

ANDREAE FACHINEI

Iurisconsulti Foroliuiensis,

EQVITIS ET COMITIS LATERANENSIS,

IN CELEBERRIMO PISANO GYMNASIO

Iuris Cæsarei Professoris Ordinarij,

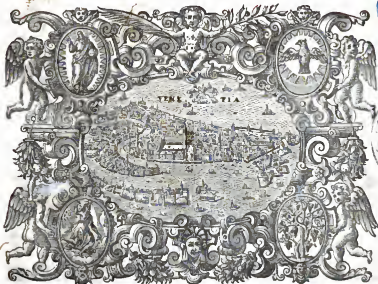
CONTROVERSIARVM IVRIS LIBRI DECEM:

Quibus omnes ferè Quæstiones præcipuæ; vt sunt, Iudiciales, Contractuum, Vltimarum Voluntatum, Feudales, Criminales, & aliæ miscellaneæ, mira breuitate, & perspicuitate discutiuntur.

NVNC PRIMVM IN ITALIA EXCVSI, cum additionibus & emendationibus:

ADIECTO LIBRO DECIMO NVNQVAM ANTEHAC EDITO.

AD SER.MAM CHRISTINAM A LOTHARINGIA MAGNAM HETRVRIÆ DVCEM.



VENETIIS, Apud Societatem Venetam. M DC II.

Permissu Superiorum, & Priuilegijs.



SER.[MA] CHRISTINAE A' LOTHARINGIA MAGNÆ DVCI HETRVRIÆ



ANDREAS FACHINEVS S. D.



T libri huius frontem Serenissimi nominis tui splendore illustrarem complures causæ effecerunt: Beneficia accepta; Dignitas & amplitudo tua; Operis argumentum. Ex innumeris autem beneficijs, quæ in me contulisti, nullum animo meo insidet altiùs, aut obuersatur crebriùs, quàm cum me ex Germania honorificè euocasti, ac inter iuris professores ordinarios Pisanæ Academiæ benignè cooptasti, nouaque in dies beneficentia auxisti. Erat igitur æquum, vt tibi publicè gratias agerem, & meam erga te obseruantiam omnibus deprædicarem, atque istud qualecunque grati animi testimonium exhiberem. Amplitudinis tuæ tanta est Maiestas, quantam verbis exprimere nequeo. Tu non fœmina, sed vero verbo Heroina es, Caroli Lotharingiæ Ducis filia Henrici II. Galliarum Regis neptis; Et quæ inter maiores tuos Carolum Imperatorem cognomento Magnum, Goffredumque Hierosolymæ liberatorem, ac Regem summo annalium consensu numerare potes. Tu magni Ducis FERDINANDI vxor es: quæ omnia & singula, quàm excelsam atque Augustam præseferant Celsitudinem, omnes facile intelligunt, nemo facile explicare valet. Operis denique argumentum est iustitiæ & æquitatis; quæ illustria sunt sidera in amplissimo præclarissimarum virtutum choro qui te circundat: quod si ars ulla fauore tuo digna est, hæc certè dignissima videtur, quæ ad iustitiæ cultum pertinet. Præclarè Agapetus, qui postea Romanus Pontifex, Imperatorem Iustinianum allocutus, Regna, inquit, atque Imperia fato dantur, & qui ea obtinent, plus ipsi Deo debent, quia plus acceperunt, cum honore super cæteros homines præcellenti ab eo sint ornati. Hoc autem modo gratiam Deo referent, si ad regni cęlestis similitudinem subiectos regant; Tradidit enim (inquiebat ille) tibi Deus huma-

næ potestatis sceptra, vt homines iustitiæ cultum edoceas, vt & legibus obtemperent, & secundum ius regantur: ita Summus ille & Sanctissimus Pontifex.

Cum igitur hæc omnia tibi curæ sint, quis non fateatur auream esse in Hetruria ætatem, quam philosophi regunt, & in qua magni Principes philosophantur? Sed vt ad tua in me beneficia reuertar, etsi facile intelligo, longè maiora esse, quàm vt studijs ac obsequijs meis compensari valeant, solatur tamen me, quòd socium habeo eisdem obstrictum beneficijs Mercurialem socerum meum, qui tanquam parens longè plura pro me, ac maiora semper præstabit. Sic & munus hoc Celsitudini tuæ impar, tua subleuabit benignitas: tuarumque virtutum pulchritudo ac magnitudo, quam Elucubratio hæc Scholastica vix adumbrare potest, sanctis & perfectis cordibus nota erit, cum quibus tu illa ineffabili pulchritudine perfrueris, cuius visio est summa fęlicitas. Pisis. 1601.

CARMEN
IN NOBILIS, MAGNIFICI, ET CLARISSIMI VIRI, D.
ANDREAE FACHINEI I.V.D.

Et in celeberrima Academia Ingolstadiensi Iuris Cæsarei Professoris Ordinarij, Librum Controuersiarum Iuris.



AVCTORE GASPARO HELL I.V.D.
Et in Eadem Academia legum Professore Ordinario.



Ncipites si quando logos, distortaque sensa
Passa MINERVA fuit, vel adhuc discrimine aperto
Fluctuat: aut quãdo terras ASTRAEA reuisens
Discordi rapitur mente in contraria; sursum
Auctores multi vertunt, multique deorsum
Dogmata quæ quondam sunt vestigata peritis
Contra extollentes præsentis temporis acta;
Sic opus hoc auro plenum gemmisque refertum
Forsan Mome putas, alienum ætate, nec esse
Alterius studio corradere parta, laboris;
Hincq; carere suo fructu, nec digna videri
Nocturnis quæ versentur manibusue diurnis,
Auctori decus hinc nullum nec cedere honorem.
Falleris Aegypti tenebris confusus, & erras
Toto, Mome, polo; ratio diuersa prioris
Est æui: non illa Sophis industria quondam
Quæ nostris, vbi tanta viget discordia Patrum:
Sufficiebat ijs, legum si sensa tenerent,
Quarum pensabant facili dictamine causas;
Iure secus nostro: rimari cuncta Sequaces
Scrutarique solent aditus, indagine quorum
Iuit in immensum diuina scientia legum,
Atque inuenta Patrum dociles auxere nepotes,
Hinc legum primos veluti cognoscere fontes
Non satis est: Pollet grauium censura virorum,
Ardua dum dubio pendet sub Iudice rixa:
Euoluisse igitur fas est monumenta priorum
Consilioque acri falsis discernere verum.
Ventos ergo feris solertem siue laborem,
Vtraque siue fori variantia tempora spectes
Iudiciumque noua pereant quo Iudice lites,
FACHINEI amplectenda recens mirandaq; Proles
Nobilis ingenij; obscuras quæ lumine miro
Ambages legum, bifidi simul abdita Iuris
Irradiat dubios nodos, agitataq; soluit
Acta foro ancipiti (quæ vera atque vnica Virtus
Consulti) facili, plano & sermone diserto:
Materies vsuque frequens iactataq; Rostris
Hactenus innumeris, rutilat modo sydere claro
Et discussa patet Titane micantior ipso.
Perge animi pars magna mei Collega, proculq;
Nubila pelle; recens surgentesq; excute nubes:
Es potis. Ingenij dotes mihi prodidit vsus
Quo fruimur: tua me dudum facundia cœpit
Attonitumq; dedit grauis experientia rerum.
Ergo legalis si cui sapientia cordi
Qui cupit elucere foro, qui lubrica fata
Causarum facili studio vult esse dirempta,
Hosce legat versetque libros, hos somniet, alto
Pectore rimetur, limam grauitate seueram,
Iudiciumq; viri secum mirando, fruatur.

CARMEN ALIVD
AVTHORE PHILIPPO MENZELIO D.
ET IN ACADEMIA
Ingolstadiensi Professore Medico.



Omanis rerum dominis, quum sceptra subacti
Orbis, & Imperium longè, lateque tenerent
Terrarũ, immensiq; maris, sapientia Legum
Bissenas intrà tabulas fuit omnis: & inde
Dicere ius populis; & ad hanc reuocare stateram
Pondera causarum, dextra librante, solebant.
At dum secla, malis crescentibus, altera semper
Deteriora ineunt, scelerumq; licentia gliscit,
Inque dies varium grassans caput altius effert:
Emersere bonæ, prauis de moribus ortæ,
Iuridicæ leges, sapienteq; pectore prompta
Tot responsa patrum, noua tot consulta Senatus,
Tortilia in sensus dubios, & cerea flecti,
Ter centum quot non, spatiosa fronte patentes
Comprendant tabulæ: ac tantum lustrare legendo,
Sit labor, ærumnas indefessi Herculis æquans.
Vsque adeò Iuris, tenui qui fonte cadebat,
Riuus in Oceanum, superantem littora, creuit.
Ergò summa tuis debetur gratia Musis,
Ausoniæ, FACHINAEE, decus, Boijq; Lycei,
MERCVRIALE gener socero dignissime magno

Morborum domitore, & nostri Hippocrate secli.
Namque procellosum, ventis pugnantibus, æquor
Legiferæ Themidos multumque diuque remensus,
Dulcis aquæ puras salso de gurgite venas
Elicis, inq; bonum totus commune laboras.
Scilicet illa dies, noctesque terenda, nec vnquam
Assidua sat trita manu, memorique cerebro,
Vestra interpretibus stipata volumina mille
Codicibus, tenuem dudum rimatus ad vnguem,
Versasti: & succi, quod inest, vescæque medullæ
Expromptum in media ponis iam luce fruendum.
Quis rabulas nescit, quibus ars, vberrima quæstus,
Per fora, prætextu, & ficta sub imagine legum,
Tutari fas, atque nefas, in vtrunque paratis,
Venali lingua, & calamo complere tribunal:
Et contestatas in secula ducere lites?
At te; inconcussi quò vis adamantina veri
Pressa diu, & victrix tandem bona causa triumphet;
Te decuit tantis, FACHINÆE, occurrere monstris,
Pandentem latebras, geminiq; sacraria Iuris,
Omnibus ingenij numeris, atque omnibus artis
Perfectum: & serie concinna, & luce docendi
Illustrem: & Latio decorantem dicta lepore.
O studij felix, o fortunate laborum,
Atque operum; cuius, candentibus aurea bigis,
Non moritura, fores, dudum iam gloria pulsat,
Illa manu palmamque ferens, Laurumque perennem.

BALTHAZARI ROERII
LOTHARINGI I.C.
ET SACRÆ THEOLOGIÆ BACCALAVREI.

Ad Auctorem Controuersiarum Iuris.

IAMBICI TRIMETRI ET DIMETRI.


Rcana plures Iuris ausi tradere
Docta manu nepotibus.
Legumque sacra interpretari oracula
Tentare multi antiquitùs.
Aetate nostra nobiles scientia
Viri fuere plurimi,
Qui digna cedro, digna magno nomine,
His sunt locuti in artibus.
Magis secundis ausus est conatibus,
Sed nullus his te seculis.
Aequas supremos, vt præis minoribus,
Scientia par omnibus.
Polles lepore, verba fundis mellea:
Sermonis elegantia
Pulchrè venustus: rebus elegantior:
Vtroque laudatissimus.
Sed quis stupebit? cui nouum videbitur?
MERCVRIVS est tibi pater:
Magis disertum quem solum audit Italum,
Ipso DEORVM nuncio.
Quo sol renascens non videt, vel occidens
Excultiorem in artibus
PHOEBI? Quis ergo posse te mirabitur
Auctore tanto maxima?
Nam pulchra doctè, docta promis pulchriùs:
Tuique cote roboris,
Subtile si quid, difficile, vel arduum,
Hoc efficis facillimum.
Nodosa soluis, & facem obscuris geris,
Nil te moratur abditum.
In alta ducis, quæ fuere voragini
Immersa inextricabili
Quæcunque dubia erroribus demerserat
Opinio, multiplici:
Interpretum sensu, tenebris vindicas,
Claroque donas lumine.
Contentiosius, luce controuersia
Contentiosa liberas.
Obscura, clara reddis, inuia peruia,
Iuri polo missum iubar.
Pergas, labore fac tuo ne posteri
Optent, deest quod nomini.
Plenum ingeni des hoc opus, quod secula
Tollant futura laudibus.
Iniuriosa nulla quod silentio
Obuoluat ætas: vel petat
Liuor maligno dente: pulchrum viuere
Aeuo perenni gloria.
ASTRÆA meritam grata tanti muneris
Soluet ministro lauream.
Reddetque nomen post sepulchra cognitum,
Honore casus nescio.
Gaudebit ITALA te superba filio,
Gens maximo BOARIA
Doctore: quicquid clauditur laboribus
Telluris ambobus polis.
Ductore tanto Iura quod percurrerim
Apud meos superbiam.
Frequens magistri nomen vsurpabitur
Tuum mihi: leporibus
Cùm par scientijs vel esse non queam
Potero fide esse mutua.

GLi Eccellentissimi Signori Capi dell'Eccelso Conseglio di X. infrascritti, hauuta fede dalli Signori Reformatori del Studio di Padoa, per relation delli tre à ciò deputati, cioè del Reuerendo P. Inquisitor, del Circ. Secretario del Senato Zuane Marauegia, & de D. Lucio Scarano Lettor publico, che nel libro intitolato il Decimo libro delle Controuersie del Sig. Andrea Fachineo, non si troua cosa contra le leggi, & sono degno di stampa, concedono licentia, che possi essere stampato in questa Città.

Dat. Die iiij. Februarij 1601.

D. Bertucci Bondumier.
D. Piero Moresini.
D. Anzolo Bragadin.
} Capi dell'Illustrissimo Conseglio di X.

Excelsi Cons. X. Secret.
Bonifacius Anselmi.

INDEX LIBRORVM ET CAPITVM, QVO MATERIA

& ordo totius operis vna ferie demonſtrantur.

LIBRI PRIMI.

De

LIBRI SECVNDI.



Vtrum

LIBRI TERTII.

lacere

LIBRI QVARTI.



Quo-

Alia

†† 2 Legato

LIBRI SEXTI.

Vtrum

LIBRI SEPTIMI.

Sitne

LIBRI OCTAVI.

Ædificans

LIBRI NONI.

LIBRI DECIMI.



INDEX RERVM ET SENTENTIARVM

QVAE IN HIS DECEM CONTROVERSIARVM Iuris libris continentur.

A

Adiu-

B

C

†††   2   Con-

D

E

Eman-

I N D E X.

F

Fructus

I

Inter-

M

Ma-

N

O

P

Poſthu-

Pro-

Q

R

nem

S

T

V

Vis

I N D E X.



INDEX
CANONVM ET LEGVM
QVAS AD GENVINAM QVAESTIONVM AC Tractatuum intelligentiam, Author Controuersiarum Iuris vel accuratiùs enodat, vel ingeniosa interpretatione passim illustrat.

. Ex Iure Canonico.

Ex ff Veteri.

L.Quod

L.Si

Ex Codice.

Ex Authenticis.

Ex Nouellis.

Ex Constitutionibus Feudalibus.

Ex Institutionibus.



ANDREAE FACHINEI

I.C. FOROLIVIENSIS, &c.

CONTROVERSIARVM IVRIS

LIBER PRIMVS.

CAPVT PRIMVM.

Vtrum venatio prohiberi à Principibus posit, eorum subditis, & de iustis causis, & pœnis.



ENATIONEM à Principibus prohiberi non posse, multa eaque præclara argumenta demonstrant. Quorum illud primum est, quod ipsa venandi potestas, Iure diuino data sit hominibus, vt habetur Genes. 1. *Faciamus hominem ad imaginem, & similitudinem nostram, & præsit piscibus maris, & volatilibus cæli, & bestiis vniuersis*, &c. & Genes. 9. *Crescite, & multiplicamini*, &c. *Terror vester, ac tremor sit super cuncta animalia terræ, & super omnes volucres cæli*, &c.

Secundum argumentum, quia, vt Arist. in Politic. tradit, homini naturaliter concessus est dominatus in belluas, ideoque eas venando capere potest. Et Caius noster in l. 1. ff. de Acquir. rer. dom. *Quarundam rerum*, inquit, *dominium nanciscimur Iure gentium, quod ratione naturali inter omnes gentes peræquè seruatur.* & post pauca. *Omnia igitur animalia, quæ terra, mari, cælo capiuntur, id est, feræ, bestiæ, volucres, pisces, capientium fiunt*, & in l. 3. ff. eod. tit. *Quod enim nullius est*, inquit, *id ratione naturali occupanti conceditur. Nec interest, quod ad feras, bestias, & volucres, vtrum in suo quisque fundo capiat, an in alieno?* Idem docet Imperator Iustinianus in §. feræ igitur. in Instit. de rer. diu. & Isidor. in c. Ius naturale. 1. distin.

Tertium argumentum est ex l. Iniuriarum 13. §. vlt. ff. de Iniurijs. Vlp. *Et sæpissimè* (inquit) *rescriptum est, non posse quem piscari prohiberi; sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis agrum alienum prohiberi potest.*

Atque ita responderunt Anton. Butr. Hostien. & Io. Andr. in cap. Non est. de Decimis. Dec. in consil. 197. num. 1. & 271. num. 1. Ias. in consi. 119. lib. 4. August. Berous in consi. 81. nu. 30. lib. 1. Thom. Grammat. decis. 67. num. 9. Bartol. Cassan. in consuet. Burgundiæ, rubr. 13. §. 7. nume. 4. Guil. de Benedict. in cap. Raynut. de Test.

A in verbo, *Vxorem nomine Adelasiam*, in quinta decis. num. 313. Bossi. in titu. de Regal. num. 42. Purp. in consil. 535. & 392. lib. 1. Francis. Marc. decis. 530. num. 16. in 1. par. Tiraquel. de Nobil. cap. 37. num. 149. Natta in consil. 375. Rolan. à Valle in consi. 9. lib. 2. Hieron. Schurph. consil. 1. cent. 1. Kirchou. commu. opin. cent. 4. c. 99. Iacob. Menoch. in consil. 298. nume. 18. lib. 3. Crauetta in consil. 643. lib. 4. & 945. lib. 5. Iacob. Cuiac. lib. 4. Obser. cap. 4.

Quibus tamen non obstantibus, eorum sententiã magis probo, qui existimant, Principes, iusta causa subsistente, venationes prohibere posse, quæ sanè sententia non
B paucos, neque obscuri nominis authores habet. Inprimis tredecim, quos refert, & sequitur Didac. Couuar. in relectione c. Peccatum. de Reg. Iur. par. 2. §. 8. & præterea Nattam in cons. 604. Hyppolitum Riminal. cons. 35. num. 15. lib. 1. & in consi. 68. nu. 25. eod. lib. Francisc. Zoanet. ad l. 2. C. de pact. int. emptor. & vendit. nume. 145. vsque ad nume. 192. & nouissimè Sebastianum Mediceum in tractatu de Venatio. Piscatio. & Aucupio. in 5. quæst. 1. partis.

Probatur autem hæc sententia. Primum ex c. Nemo rena. in tit. De pace tenenda, & eius violatoribus, in vsibus feudorũ. *Nemo retia*, inquit Fridericus Imperator,
C *aut laqueos, aut alia qualibet instrumenta ad capiendas venationes tendat, nisi ad vrsos, apros, vel lupos capiendos.* Quibus verbis patet, venationem à Friderico prohibitã fuisse, pacis seruandę gratia: sicuti adnotarunt ibi, Mart. Laudensis, & cæteri Doctores.

Secundò probatur ex argumẽto, quo vsus est Couuar. loco superius annotato. *Licet Iure Naturæ*, inquit, *omnia sint communia, possunt tamen à Repub. & Principibus, qui eorum, quæ in nullius bonis sunt, dispensationem habẽt, quædam priuatis ita concedi, vt in posterum, ea priuata, non communia, sint. §. Singulorum. Instit. de rer. diu. l. 1. ff de acquir. rer. dom. & sicut occupatio rerum, quæ nullius sunt*

priuatim, iure naturali efficit illud, quod prius commune erat, proprium ipsius occupantis: ita ipsa Respub. eiusve Rector poterit, quæ communia prius erant, nullius⁊ in bonis habebantur, in priuatum, Iure dominij, transferre. Iure si quidem naturali omnia fuere ab initio communia, & tamen humana lege facta est rerum distinctio inter priuatos: post quam distinctionem, non licet cuiquam occupare distinctam rem, & alicui priuatim Lege humana addictam, sicut eleganter tradit Corrad. De contract. quæst. 10. & seq. His accedit, quòd humana Lex vel Princeps facere potest, vt dominium rei priuatæ, absque traditione transferatur in alterum, &c. Ergo earum rerum, quæ nullius sunt, & Principis dispensationi subiacent, poterit Princeps dominium, absque apprehensione corporali in priuatum transferre. Hinc etiam constat, Principem posse harum rerum, quæ communes sunt, ex causa, occupationem priuatis interdicere, & sic venationem prohibere. Hactenus Couuar.

Qui eodem in loco respondet ad illud argumentum, quo dicitur, venandi potestatem iure naturali, vel gentium, hominibus esse concessam, ac proinde à Principibus prohiberi non posse. *Respondetur,* inquit, *feras, volucres, & cætera animalia Iure naturæ non esse communia positiuè, & affirmatiuè, quia omnium propria sint, communis dominij causa, sed negatiuè, quia nullius sunt, & iure naturali nulli sint applicata; secundùm D. Thomam 1. 2. quæst. 94. art. 5. Idcirco lex humana potest vni potius quàm alteri, ex causa, concedere. Ex quibus infertur, venationem iure naturali omnibus permissam, ex variis causis posse per Principes prohiberi. Hæc denique collectio, seu argumentatio parum valida est. Hoc iure naturali permissum est: Ergo per legem humanam prohiberi non potest: cum multa sint iure naturæ licita, quæ, inspecta Reipub. vtilitate; & iuxta æquissimum communitatis regimen, per legem humanam prohiberi possunt. Quod si ita argumentetur, Hoc est iure Naturæ prohibitum, ergo lege humana permitti non potest; valida omnino est, & firmissima probatio.* Hæc ferè Couuaruuias. Ex cuius dictis, clara patet responsio ad omnia argumenta prioris sententiæ, Etsi enim Deus animalia subiecerit hominum potestati ac imperio, eosdẽ tamen homines, Regum & Principum potestati subiecit: quibus cum iusta imperantibus obedire cogantur, sequitur, eisdem obtemperandum esse venationes prohibentibus, iustas & legitimas ob causas.

Sunt autem ex communi omnium sententia iustæ causæ septem potissimùm. Prima, cùm ex consuetudine antiqua potestas ipsa venandi solis Principibus concessa est. Nam tunc meritò alijs interdicere possunt venationes: quemadmodum in Germania obseruatur. Vide Guidonem Papium, decis. 514. Francis. Marcum, decis. 530. num. 14. vers. Veruntamen in talibus. Purpuratum in consil. 534. num. 8. lib. 2. Hyppol Riminal. in cons. 35. num. 17. lib. 1. Zoanet. in d. l. 2. C. de pact. int. emptor. & vend. num. 174.

Secunda est causa. Vbi ea potestas Principi ab Imperatore concessa est in inuestitura ipsa Ducatus, Comitatus, vel Marchionatus. Vide Iacop. de S. Georg. in Trac. Feudor. in verbo, Et cum venatio. nu. 9. & Zoanet. loco proximè citato, ante num. 70.

Tertia est causa, cùm subditorum consensus adest, qui prohibitioni à Principe factæ acquiescunt, & longum tempus præterlabitur. Vide Iacop. loco annot. proximè, & vide text. in l. Si quisquam, ff. de diuers. præscription. Francis. Marcum, & Cassanæum locis superius allegatis.

Quarta est causa, si temporis vetustas adsit, cuius initij memoria non extet, ex quo Principes venationem subditis suis prohibuerint. Tanta enim temporis diuturnitas pro iure, & causa sufficeret, tametsi ius non probaretur, argument. l. 2. & l. vlt. ff. de aqua pluuia arcen. Vide Zoanet. loco citato, num. 165. Decium in consil. 271. Ruin. cons. 28. lib. 1. & Balb. de præscript. 4. par. 5. part. princ. quæst. 6.

A Quinta est causa. Si Principes quædam loca sibi eligant, in quibus venationes exerceant, cæteris eam interdicendo. Hanc esse causam iustam, vt se Principes recreare possint, quibus maximæ curæ circa Reipub. administrationem incumbunt: tradunt Tiraquell. de Nobil. cap. 37. num. 139. Dominic. Sot. de Iust. & Iu. lib. 4 quæstio. 6. artic. 4. Sebast. Medice. in d. Tract. de Venatione, in 1. part. quæst. 5.

Sexta est causa, si prohibeatur Venatio à Principe, ne Agricolæ, Artifices, Mercatores, Operarij, & Mercenarij, venandi studio nimis dediti, Agriculturam, & cætera officia, & ministeria deserant, quibus ciuitates, & populi magnoperè iuuantur, & conseruantur. Tale immoderatum venandi studium olim in Germania extitisse ex Tacito, & Suetonio constat. Et huic sententiæ suffragatur, quòd Iure nostro videmus interdici quibusdam officia, & exercitia, alioquin iusta, & honesta, quò magis proprio officio, & artificio vacare possint, vt B in titul. C. Ne rustici ad vllum officium deuocentur, & in titul. C. Negotiatores ne militent. & in l. penultima, & vltima, C. de cohortalibus, libro 12. Vide Tiraquell. loco annotato, numero 150. & Guil. de Benedict. in cap. Rainut. in verbo, *Et Vxorem nomine Adelasiam,* decis. 5. numero 338.

Septima est causa, ne prætextu venationis arma subditi ferant, rixæ excitentur, homicidia & latrocinia committantur, atque adeo publica pax turbetur. Vide tex. in d. c. Nemo retia, in tit. De pace tenenda, & eius violatoribus. Guilielmum Benedictum loco proximè citato, vbi multa in hanc sententiam adfert.

Superest, vt de pœnis, quibus affici contra Principis edictum operam venationi dantes iure possunt, breuiter disseramus. Etenim variè hac de re Prudentes respondisse constat. Iacob. Aluarot. in d. c. Nemo retia, eos esse puniendos, tanquam pacis violatores, dixit. Guido Papa decis. 218. pœnis corporalibus affici consueuisse testatur, C Dominicus Sotus lib. 4. de Iust. & Iu. quæstio. 6. artic. 4. pœnas esse moderandas, docet. Mart. Nauarr. non esse multandos morte, aut membri abscissione, semel delinquentes respondit, in Manual. Confessor. capit. 17. §. 11. num. 221. Alfon. à Castro, libro 1. de potest. legis pœnalis, capit. 6. Tyrannos appellat Principes eos, qui morte multari iubent quenquam ex leuissima causa, vt puta: quia ceruum, in sylua sua inclusum, occidit; pluris ceruum, quàm hominem æstimantes. Varias denique constitutas fuisse pœnas contra venatores, à Regibus & Principibus Galliarum, testis est Guilielmus de Benedictis, in d. capit. Rainutius, verbo, & vxorem, decis. 5. numero 353. Et autor est Valer. Max. lib. 6. tit. de Seuerit. Domitium Prætorem Romanum olim Siciliæ Rectorem, cùm ad eum eximiæ magnitudinis aper allatus esset, duci ad se Pastorem iussisse, à quo esset interfectus, & posteaquàm inuenit, eum venabulo vsum esse, mandasse eum crucifigi: quia ipse ad exturbanda latrocinia, D quibus prouincia vastabatur, ne quis telum haberet, edixerat.

Ego hanc disputationem quinque conclusionibus expediri posse commodè, existimo. Quarum prima hæc est. Venantes semel aduersus Principis edictum, morte multari non possunt. Hæc conclusio est Dominici Soti, & Nauarri, necnon Alfonsi à Castro, locis proximè citatis: & probatur: quia, licet scriptum sit, libro primo Regum, capit. 14. & in capit. 2. de Maioritate & Obedientia, *Qui Principi non obedierit, morte moriatur*: & idem ferè in l. Vniuersæ, C. de Veteris numismat. potestate, libro 11. Hæc tamen est ab omnibus recepta sententia, illud esse accipiendum, cùm in re magni momenti, ac præiudicij, vnde scilicet, & Deus, & Respub. magnoperè offendatur, mandatum Principis negligitur. Cæterùm si de leuioribus causis agatur, pœna mortis locum non habet, sed alia mitior, Iudicis arbitrio, personarum, & rerum circumstantijs

conti-

conſideratis, ſtatuenda eſt: vt declarant optimè Menoch. de Arbitr. Iud. Caſu 365. Proſper Farinatius, commu. concl. & quæſt. criminal. titu. de delict. & pœnis. quæſt. 19. nu. 22.

Secunda eſt concluſio. Semel venantes contra Principis edictum membri abſciſſione multandi non ſunt. Hæc concluſio eſt Nauarri, & Soti, locis proximè citatis: & confirmari poteſt ex eo, quòd pœna abſciſſionis membri grauiſſima reputatur. Vide Alexand. conſil. 13. nume. 17. & in conſil. 55. nume. 4. lib. 7. & in l. Tranſigere, C. de Tranſactio. & Alciat. ibid. nume. 42. Quare huic delicto, quod non adeò graue eſt, & Reipub. perniciosum, haudquaquam conuenire videtur tam grauis pœna.

Tertia concluſio. Venantibus primò contra Principis edictum indicenda eſt pœna carceris, vel pecuniaria, aut alia ſimilis. Hæc concluſio eſt ex mente Nauarri, & Soti, locis ſupradictis. & probatur eo argumẽto, quòd cum pęna mortis, aut abſciſſionis membri locum habere non poſſit, neceſſe eſt, vt aliqua alia leuior ac mitior adhibeatur, ex his quæ dicta ſunt. Vnde Eſdræ cap. 7. in fine dicitur: *Omnis qui non fecerit legem Regis diligenter, erit iudicium in eo, ſiue in mortem, ſiue in exilium, ſiue in condemnationem ſubſtantiæ eius, vel certè in carcerem.*

Quarta concluſio. Venantibus contra Principis edictum non ſolum ſemel, ſed etiam iterum, & ſæpius, pęna grauior eſt infligenda, non ſolum pecuniaria, aut relegationis, ſed etiam corporalis, ſi ita facti, & perſonarum qualitas exigat. Hæc concluſio non repugnat traditis à Martino Nauarro loco ſuperiùs annotato. Dum enim negat ſemel peccantem ea pœna coerceri debere; ſatis affirmare videtur, coercendum eum, qui ſępius peccauerit. Ab eadem ſententia facit, quod tradit Sebaſtian. Mediceus d. Tract. part. 1. q. 5. nu. 7. & quod legibus noſtris paſſim conſtitutum eſt: nempe crimina iterantem, ac frequentantem grauiori animaduerſione dignum eſſe, l. 3. C. de Epiſcopali Audientia. l. Capitalium, §. Solent, & §. Graſſatores ff. de Pœnis, l. 3. verſ. Si plures, ff. de re militari, l. Seruos, C. ad l. Iul. de Vi.

Cæterum illud in quæſtionem vocari poteſt, ſitne neceſſe eum qui ſe ſemel deliquit, punitum fuiſſe, vt ſi iterum delinquat, atque iterum, grauiùs ac ſeueriùs puniri poſſit. Et quidem Franciſcus Herculanus in Tract. de Cautione de non offendendo, cap. 39. nu. 10. illud exigere videtur, vt ſemel ſit punitus authoritate Decij, & Cagnoli in l. Bona fides. ff. de reg. Iur. qui hoc non dicunt. Quamobrem contrariam ſententiam probabiliorem eſſe iudico, quia leges, quæ ob frequentiam & conſuetudinem delinquendi, ſeueriores pœnas indicunt, hanc circumſtantiam non requirunt, vt reus ſemel pœna affectus ſit; Atque ita docent Anton. Gomeſ. comment. Iu. Ciu. tom. 3. cap. 6. tit. de furto, nu. 9. & Proſper Farinatius commu. opin. & quæſt. crim. q. 23. nu. 9. & 10. Quibus adſtipulantur, qui docuerunt ſeueriori animaduerſioni locum eſſe ob delicti frequentiam & iterationem, vbi is, qui primò delictum perpetrauit, eius à Principe indulgentiam obtinuerit. Vide Caſſ. in conſuet. Burgund. in rubr. 1. §. 5. verſ. Simplex, nu. 20. Couuar. lib. 1. variar. reſol. cap. 10. nu. 2. Menoch. de Arbitr. Iud. caſu 295. num. 19.

Quinta & poſtrema concluſio. Venantes contra Principis edictum, non ſolùm ſemel, verùm etiam ſæpius, ita vt Principem contemnere videantur, & incorrigibiles, vt vulgò loquimur, facti ſint, pœna capitali plecti poſſunt. Hæc concluſio probatur ex alia communi ab omnibusque approbata ſententia, eum ſcilicet, qui ſæpiſſimè delictum aliquod committit, capitali pœna afficiendum, licet delictum per ſe capitale non ſit, ſcilicet propter maximum contemptum Principis. Vnde locum habet hoc in caſu, quod dicitur, *Qui Principi non obedierit, morte moriatur.* Facit ab hac ſententia text. in l. prima, C. de ſuperexactoribus, lib. 10. in illis ver-

A bis: *Capitali periculo cupiditas eius amouenda & prohibenda eſt, ſi in iiſdem ſceleribus perſeuerer.* Vide Grammat. in conſi. 17. nume. 16. Marſil. ſing. 378. Ioſeph. Maſcard. de Probatio. vol. 2. concl. 838. num. 4. Proſper Farinat. commu. opin. & quæſt. crim. q. 23. num. 2. & ad rem noſtram Nauarr. loco ſuprà citato, quatenus dicit, pœnam mortis & mutilationis membri, non eſſe pro prima vice, vt ipſe loquitur, ſtatuendam; quia huiuſmodi ſeueritas inquit, non eſt exercenda niſi in ſolitos id facere, & contumaces.

CAPVT II.

Quomodo ſit accipiendum quod dicitur, Principem legibus ſolutum eſſe; ad interpretationem l. Princeps, ff. de legibus.

B QVatuor hac de re Doctorum ſententias animaduerto. Prima eſt Ioannis Coraſij lib. 2. Miſcellan. c. 25. & Ferdinandi Vaſquij Controuerſ. illuſtr. lib. 1. c. 26. nu. 15. Principem ijs legibus ſolutum eſſe, quæ ad Iuris ſolennia pertinent, puta in contractibus, teſtamentis, & ſimilibus. Cæterùm, ijs legibus, quæ bonum publicum reſpiciunt, & ex Iure naturali, vel gentium proficiſcuntur, veluti fidem eſſe obſeruandam, contractus obligationes parere, ac ſimiles, nequaquam ſolutum eſſe. Huius rei argumento eſt l. Ex imperfecto. C. de teſtam. ibi, *Licet enim Lex imperij, ſolennibus iuris Imperatorem ſoluerit*, &c. Neque enim Populus Romanus, qui in Imperatorem omnem contulit poteſtatem, eundem ſoluere Legibus naturalibus ac Iuris Gentium potuit.

Secunda eſt interpretatio ac ſententia, Iacobi Cuiacij lib. 15. Obſeru. cap. 30. hoc, quod dicitur, Principem Legibus eſſe ſolutum, non generaliter accipiendum eſſe, C ſed referendum ad leges caducarias, nempe Iuliam & Papiam. Cuius rei argumento eſt inſcriptio ipſius legis. Sic enim habet Vlpianus lib. 14. ad legem Iuliam & Papiam. *Nam & lege Falcidia ſolutum non eſſe Principem, demonſtrat l. 4. C. Ad legem Falcid.* & lege Glicia non eſſe ſolutum, patet ex l. Papinianus, §. Si Imperator, ff. de Inofficioſo Teſtam.

Tertia eſt ſententia Gulielmi Budæi, in annotatio. ad Pandect. quem & Zaſius ſecutus eſt in Comment. huius legis. Is ex Ariſt. lib. 3. Politic. docet, in Rep. bene conſtituta, Ciues quadam æqualitate teneri, & vt regant, & vt regantur. Cæterum, ſi vnus ſit, vel plures, qui virtutis præſtantia alios antecellant, Heroaſque æquare, aut debeant, aut credantur, manifeſtum eſt, legibus in ciues, hoc eſt, in populum latis, ſacroſanctos homines non teneri, auguſta illa dignatione eximios. Ad hæc cùm inter Patrem & liberos, dominumque & familiam, nullum ius ciuile intercedat, & earum ratio ſit inter Principem & populum, ſequitur, Principem legibus non D teneri.

Quarta & poſtrema eſt ſententia D. Thomæ, q. 96. artic. 5. in 1. parte. Soti, de Iuſt. & Iu. lib. 1. q. 6. art. 7. & Didaci Couuar. in Relect. c. Alma Mater, par. 1. §. 1. nu. 4. Principem legibus eſſe ſolutum, quoad vim coactiuam, quia videlicet cum nemo cogere poteſt ad leges obſeruandas; ſed non quantum ad vim directiuam, quia tenetur eas ſeruare. Hanc eandem ſententiam nouiſſimè ſecutus eſt R. P. Gregorius de Valentia, huius Vniuerſitatis Ingolſtadianæ, immò totius Catholicæ Eccleſiæ ſplendor maximus, quem honoris cauſa nomino, in 2. Tomo Comment. Theol. Diſp. 7. quæſtio. 5. par. 4. Et hæc quoque mihi videtur probabilior expoſitio & ſententia.

Probatur primò ex l. Digna vox, C. de legib. vbi Theodoſius, *Digna vox Maieſtate regnantis, legibus alligatum ſe profiteri, & reuera maius Imperio eſt, ſubmittere legibus*

Principatum. Vide hic vim directiuam. Vim autem coactiuam habes ex d. l. Princeps, ff. de legib.

Secundò ex l. Ex imperfecto, ff. de legat. 3. ibi. *Decet enim tanta Maieſtas, eas ſeruare leges, quibus ipſe ſolutus videtur.*

Tertiò ex l. 3. C. de Teſtam. ibi. *Nihil tamen magis proprium eſt Imperij, quam legibus viuere.*

Quartò ex §. vlt. in Inſtit. quib. mod. teſtam. infirmentur. *Licet*, inquit, *legibus ſoluti ſimus, legibus tamen viuimus.* hic habes vim vtramque.

Quintò probatur ex cap. 3. D. Matthæi, vbi reprehenduntur à Chriſto illi, qui dicunt, & non faciunt, & imponunt alijs onera grauia, ipſi autem ne digito volunt ea mouere.

Sextò probatur authoritate Platonis, lib. 4. de legibus, ita dicentis: *Paratum exitium illi ciuitati video, in qua non lex Magiſtratibus, ſed leges Magiſtratus præſunt: ſalutem verè illi, vbi lex ſeruientibus Magiſtratibus dominatur.* Probatur & alijs argumentis, quæ diligentiſſimè adfert R. P. Gregorius loco annotato. Cæteræ expoſitiones videntur mihi magnoperè incommodæ: nam prima docet Principem ſolutum eſſe legibus, quantum ad ſolennia Iuris: non rectè, quia ſolutus eſt quoad omnia, ſi ſpectes vim coactiuam. Secunda verò ſententia, leges claras & generales, quibus dicitur, Principem legibus non teneri, ad leges caducarias, non rectè reſtringit. Tertia nimis liberum & ſolutum Principem facit, cùm tamen ipſe lubens ſe ſubijciat, & maius Imperio exiſtimet, ſubijcere legibus Principatum. Vide hac de re etiam Connanum lib. 1. Comment. Iuris, cap. 16.

CAPVT III.

Quomodo accipiendum ſit, quod dicitur, æquitatem præferendam eſſe rigori, ad interpretationem l. Placuit, C. de Iudicijs.

PLacuit in omnibus rebus præcipuam eſſe æquitatis, quam ſtricti iuris rationem. Ita ſcriptū reliquit Conſtantinus, in l. 8. C. de Iudicijs. Neque enim illud verbum, *æquitatis ſcripta*, quod in pleriſque codicibus habetur, agnoſcunt amplius viri docti, vt patet ex Antonio Auguſtino, lib. 4. Emend. cap. 8. ex Connano, lib. 1. Comment. Iuris, cap. 11. & alijs pleriſque, quos ſciens prætereo. Cæterum, hæc ſententia legis in dubium reuocatur, nec immeritò. Nam inprimis pugnare videtur cum l. 1. C. de legib. vbi idem Conſtantinus: *Inter æquitatem*, inquit, *& Ius ſcriptum interpoſitam interpretationem, nobis ſolis & oportet, & licet inſpicere.* Deinde contrarium reſpondit Vlpianus, in l. Proſpexit, ff. Qui & à quibus, ibi, *Perquam durum eſt*, inquit, *ſed ita lex ſcripta eſt.* Tertiò aduerſatur Sanctus Auguſt. diſtinct. quarta, cap. 3. dum reſpondet: *Poſtquam leges conſtitutæ ſunt, non de ipſis iudicare oportere, ſed ſecundum ipſas.* Quartò Ariſtot. lib. 1. Rhetor. cap. decimotertio, vbi hanc inter Arbitrum, & Iudicem differentiam eſſe ſtatuit, quòd Iudex legem ſcriptam ſequi debeat, Arbiter verò æquitatem. Poſtremò & Cicero in Oratione pro Ligario, vbi dicit, Populo, & Senatui permiſſum eſſe, non autem Iudicibus, à verbis legis recedere. Contra verò, æquitatem eſſe amplectendam, & ſequendam, præter Conſtantinum, hoc in loco, reſponſa extant Iuriſconſultorum frequentiſſima, vt in l. In omnibus, ff. eodem titulo, in l. Et ſi quis, §. Idem Labeo, ff. de religioſis, & ſumpt. fun. in l. Quod Epheſi, §. Interdum, ff. De eo quod certo loco. in l. Si ſeruum, §. Sequitur, ff. de verb. oblig. in l. Si me, & Titium, ff. Si certum petatur, & alijs ſexcentis locis. Tractant hanc quæſtionem ac controuerſiam præter interpretes claſſicos, ſanctus Thomas, 2. 2. quæſt. 120. art. 1. Franciſcus Connan. lib. 1. Comment. Iur. cap. 7. & Illuſtriſſimus Cardinalis Bolognetus, in

A ſuis doctiſſimis ac elegantiſſimis Commentarijs, de Lege, Iure, & Aequitate, cap. 34.

Ego hanc rem explicare ſoleo tribus Concluſionibus, quarum Prima hæc eſt. Vbi verba legis adeo clara ſunt, vt ſalua ratione recti ſermonis recipere nequeant interpretationem, quę ex bono & æquo adhiberi poteſt, ſeruanda eſt lex, quantumuis dura eſſe, & æquitati repugnare videatur. Atque huc Vlpiani reſponſum pertinet in d. l. Proſpexit: nam in ea ſpecie, verba legis erant ſatis clara, vt perpendit ibi Vlpianus, dicens: *Quia ita verba faciunt, vt ne eum quidem ſeruum, qui extra miniſterium eius mulieris fuit, vel in agro, vel in prouincia, poſſit manumittere, vel alienare.*

Secunda Concluſio. Vbi verba legis non ſunt adeo clara, atque adeo generalia, vt excludant interpretationem ex bono & æquo, tunc ea interpretatio valere debet, ac ſtrictio Iuri præferenda eſt. Ita ſunt accipiendæ leges ſuperiùs commemoratæ, quibus potiorem æquita-
B tis, quàm ſtricti Iuris rationem habendam eſſe demonſtratur. Sanè, exemplis ab Ariſtotele & D. Thoma allatis, hanc ſententiam illuſtrare poſſem, ſed ſuperſedeo, cum libri ſint vulgares, & omnibus in promptu eſſe poſſint.

Tertia eſt Concluſio. Quoties verba legis tam clara & præciſa non ſunt, vt interpretationem ex æquo & bono reſpuant, veruntamen non adeo certum & expeditum eſt, quid bonum, quid æquum exiſtat, tunc Princeps conſulendus, & adeundus eſt, atque ita accipienda eſt l. 1. & vlt. C. de legibus, & ſi quæ aliæ ſunt, vel leges, vel authoritates, quibus eſt Iudicibus prohibitum, ne à verbis legis recedant. Neque enim Iudicibus recedere permiſſum eſt abſque Principis reſcripto & cōſilio. Non ignoro, aliter hanc rem interpretatum fuiſſe Illuſtriſſimum Cardinalem Bolognettum, ſed mihi magis probatur quod dixi, & niſi fallor, magis communiter receptum eſt.

C

CAPVT IIII.

De petitione hæreditatis, contra titulo poſſidentem intentanda, Controuerſia vna.

INter omnes conuenit, eum regulariter petitione hæreditatis teneri, qui pro hęrede, vel pro poſſeſſore poſſidet, l. Regulariter, ff. de petit. hæred. Quare, ſi quis bona fide, & iuſto titulo rem poſſideat, nequaquā tenetur. Cæterùm, ſi titulum conſecutus ſit ab eo qui petitione hæreditatis conueniri poterat, vtrum eo in caſu conueniri poſſit, non eſt eadem omnium ſententia. Sunt enim qui affirmant conueniri poſſe, eo argumento, quòd abſurdum eſſe videtur, eum, qui in alterius ius ſuccedit, plus Iuris habere, quàm authorem ſuum, vt in l. Si mulier, §. 1. ff. ad Velleianum. Ita reſponderunt Bartol.
D in l. Cogi, C. de petitio. hæredit. & in l. Neratius, ff. eod. tit. Angel. & Imola, in l. Si is, qui bonis, ff. de acquiren. hæredit. Caſtr. in l. vlt. ad fin. C. de edicto D. Hadriani tollendo. & ibid. Iacopi. de S. Georgio, idem Caſtr. in conſil. 138. nu. 4. lib. 2. Alex. in conſil. 184. col. 2. lib. 5. Iaſ. in l. 1. nu. 10. C. de Inoffic. teſtam. Oſaſcus deciſ. Pedemont. 55. vbi alios citat: quibus accedant Ruin. in conſil. 54. col. vlt. lib. 4. Dominus meus Cephal. in conſil. 386. lib. 3. Pancirola, in conſil. 119. Marzar. de fideicommiſſi. quæſt. 60. Vrſill. ad Afflictum, Deciſ. 218. Angel. Aret. in conſil. 93. in fine, Corn. in conſil. 207. lib. 1. D. Menoch. de Adipiſcenda poſſeſſ. remed. 1. nu. 62.

Alij verò docuerunt, eum teneri petitione hæreditatis, qui titulum conſecutus eſt ab eo, qui conueniri ea actione poterat, ſi lite pendente, titulum conſecutus fuerit, aliàs ſecus. Talis enim titulus lite pendente acquiſitus, videtur eſſe iniuſtus, l. 5. ff. de petit.

hære-

hæreditat. l. Alienationes, ff. Familiæ Erciscundæ. & tradit optimè Bart. in l. 3. §. Opus, ff. de Alienatio. Iudicij mutandi causa facta. Ita docuerunt Alex. ad l. vlt. col. penult. C. de Edict. D. Hadri. toll. Francisc. Aret. in l. Is, qui bonis, col. vlt. ff. de Acquir. hæred. Corn. in consil. 201. lib. 1. Iaf. in §. Actionum, nu. 220. in Instit. de Actio. Voertinus Zuchardus, in d. l. vlt. num. 218. Couuar. practic. quæst. cap. 12. Natta in consil. 15. Hieronym. Gabriel. consi. 31. nu. 45. Rota Bononiens. apud Petrum Benintendium decis. 35.

Hæc posterior sententia videtur mihi verissima, authoritate l. Etiam si putauit, 35. §. 1. ff. de petit. hæred. vbi Iurisconsultus respondit de hac ipsa facti specie, cùm scilicet titulum quis habet ab eo, qui petitione hæreditatis tenebatur, & ait, eum, qui titulum acquisiuit, duobus casibus posse conueniri, si videlicet hæreditatis venditor non extet, vel modico pretio vendiderit; ex quo argumentum sumitur, in alijs casibus secus esse statuendum. Reddam ipsius Iurisconsulti verba: *Quod si quis* inquit, *hæreditatem emerit, an vtilis in eum petitio hæreditatis debeat dari, ne singulis Iudicijs vexetur? Venditorem enim teneri certum est!* (hic ergo titulus acquiritur ab eo, qui tenebatur) *sed finge non extare venditorem, vel modico vendidisse, & bonæ fidei possessorem fuisse, an porrigi manus ad emptorem debeant? & putat Caius Cassius dandam vtilem actionem*, &c.

Solidius mihi videtur hoc argumentum, quàm contrariæ sententiæ, ex ea regula desumptum. Successorem melioris conditionis esse non posse, quàm Authorem, vt in l. Si mulier, vlt. §. 1. ff. de petit. hæred. quoniam argumenta ex huiusmodi regulis generalibus valde sunt periculosa. In specie quidem d. l. Si mulier, regula sibi locum vendicat summa ratione, nempe, mulierem, pignora repetere posse per intercessionem data, non solùm ab ipso Creditore, verùm etiam ab Emptore. Meritò: nam plus Iuris Emptor non habet, quàm Creditor haberet. Nec ex eo, quòd pignora vendita fuerint, mulier actionem amittit. An in specie, de qua nostra est disputatio, Is, qui titulum iustum & bonam fidem habet ante litem institutam, plus Iuris habet, quàm Author eius, neque enim titulum is habuit, & cùm nec pro hærede, nec pro possessore possideat, conueniri hæreditatis petitione non potest.

CAPVT V.

De tertio ad Iudicium veniente, Controuersia vna.



CVm inter duos litigatur de rei alicuius dominio, vel possessione, si tertius ad Iudicium veniat, ac petat sibi rem adiudicari, atque ita se litigatoribus opponat, constat inter omnes, eum admittendum esse, & audiendum, ex l. Bona fides, ff. Depositi, & ex alijs legibus permultis. Cæterùm, illud est controuersum, An Iudicium inter priores litigatores inchoatum, impedire ac retardare possit, ita vt Iudex debeat vna sententia omnium trium personarum controuersiam ac litem dirimere. Etenim Alciat. in d. l. Bona fides, respondit, vna sententia omne negotium terminandum, authoritate Baldi, in c. 1. §. Si duo, De pace tenenda, & eius violatoribus, vbi Baldus ita docet, authoritate Innocentij, in c. Veniens, 2. de testib. & sequuntur Alexand. ad Bart. in l. Is, à quo, ff. de rei vendic. Felyn. in c. Cum super, num. 11. in 3. limit. de sententia & re iudicata, & ibi etiam Imola, necnon Afflict. in d. §. Si duo, Vrsillus ad Afflictum, Decis. 235. Nouissimè D. Iac. Menoch. in consi. 488. lib. 5. vbi eiusdem sententiæ alios authores commemorat, nempe Bat. in l. Si quis libertatem, nu. 1. ff. de petit. hæred. Petrum Anton. Angussolam, in consi. 62. & Vincentium de Anna Neapolitanum, in Allegat. 76. nu. 6. lib. 2. affirmantem, sic obseruatum fuisse in causa Illustrissimorum fratrum de Gonzaga. & ibid. Menoch. multa præclarè, & eruditè disputat, ad consultationem suam pertinentia: in qua quidem causa ego aliquando Iudex fui Placentię. Vertebatur enim coram Placentino Consilio, cui & ipse vnà cum alijs adsidebam; Sed quod attinet ad punctum quęstionis, eo vtitur potissimum argumento, quòd cum tertius, qui se opponit, impediat eum, qui primo egit, quò minus rem, seu possessionem consequatur, meritò impedire quoquę processum causæ debet: Sed non est mihi animus ea confutare, quæ vir præstantissimus deducit, præsertim, cùm mihi constet, eam causam & litem, nondum esse definitam. Illud duntaxat hic admonendum putaui, nec mihi, nec alijs Consiliarijs supradictam Doctorum sententiam probari potuisse: existimo enim, tertium comparentem, ac se opponentem, audiendum quidem, & admittendum esse, & si meliorem causam habuerit, rem illi adiudicandam fore. Cæterùm, si post inchoatum iam iudicium sit admissus, nihil proponi video, cur processum iam inchoatum retardare possit, & expectare Iudex debeat, vt & ipse causam instruat, antequam sententiam inter priores litigantes proferat. Etenim, quid in tali specie Iudicem seruare oporteat, præclarè docet Iurisconsultus, in l. Is à quo, ff. de rei vendic. & in l. penult. ff. de petit. hæred. nempe, vt priori, qui actionem instituit, per sententiam res adiudicetur, ea cautione præstita, vt si alter fundum euincat, illum restituat. Legis verba hæc sunt: *Is, à quo fundus petitus erat, ab alio eiusdem fundi nomine conuentus est: Quærebatur, si alteri eorum fundum Iudicis iussu restituisset, & postea secundùm alterum petitorem res iudicaretur, quemadmodum non duplex damnum traheret. Respondi, vt priori Iudex adiudicaret, eum oportere ita petitori fundum restitui iubere, vt possessori caueret, vel satisdaret, si alter fundum euicisset, eum præstare.*

Respondet D. Menoch. loco annotato, hanc legem loqui, quando agitur de sententiæ executione, ex Andr. Geyll. lib. 1. Obseru. cap. 70. nu. 15. Sed tanti viri pace, non rectè, quia repugnant legis verba, ibi: *Quærebatur, si alteri eorum fundum Iudicis iussu restituisset*, &c. *Respondi, vt priori Iudex adiudicaret*, &c. Hæc verba indicant sententiam proferendam, non autem executionem sententiæ latæ, prout & sequentia. *Eum oportere ita petitori fundum restitui iubere*, &c. quæ quidem verba conueniunt sententiæ dictioni, non autem executioni.

Atque ita hanc rem interpretati sunt repudiata priore sententia, Anton. Butr. Belamera. Felyn. & Angel. quos refert, & sequitur Couuar. practicar. quęst. cap. 14. nu. 4. Rota, Decis. 4. tit. de Iudicijs, in antiquis, incipiente: *Tres veniunt ad causam*. Iosephus Ludouicus, Decis. Perusina 26. nu. 26. Ioan. Marc. Aquilin in l. Naturaliter, §. Nihil commune, nu. 84. in 1. parte, ff. de acquit. possess.

Quæ verò adferuntur pro contraria opinione, facilè confutari possunt, quia etsi tertius admittendus sit, & audiendus, non tamen sequitur, eum impedire ac retardare posse causæ prius institutæ exitum. At impedit restitutionem rei ipsius. Concedo, si de iure suo docuerit, antequam sententia a Iudice proferatur inter priores litigatores: nam si tardè ad Iudicium venerit, non eum expectare, donec causam instruat, Iudex tenetur, sed petitori rem adiudicare cautione præstita. Alia hic argumenta contrariæ opinionis non commemoro, neque refello, quia nullum animaduerti, quod speciem probabilitatis præseferat, nititur enim ea sententia, sola Innocentij authoritate, ita docentis, ex quadam textus Canonici interpretatione, quam nec ipse secutus est, nec alij.

CAPVT VI.

Vtrum compenſatio locum habeat, vbi quantitas ex vna parte debetur, ex altera verò quantitas debetur, quæ ſe habet ad inſtar ſpeciei.



CVm certum corpus nummorum deſignatur, veluti centum, quæ in arca habeo, quantitas videtur deberi tanquam ſpecies quædam, vnde in controuerſiam venit, An ſi talis quantitas ex vna parte debeatur, compenſatio locum habeat cum quantitate ſimpliciter debita ex altera parte; & locum habere, affirmarunt Vltramontani Doctores, quos Barr. Alex. Corn. Iacopin. Socin. Iaſ. & quidam alij ſecuti ſunt, in Comment. ad l. Cum fundus, §. Seruum tuum imprudens, ff. Si certum petatur. Quorum illud eſt argumentum, quòd compenſationi hoc in caſu obſtare non poſſit, quòd ex vna parte quantitas debeatur, ex altera verò quodammodo ſpecies, ſicuti aliàs regulariter obſtat, ut in l. Si conuenerit, ff. de pignoratitia actio. nam ideo obſtat ſpeciei, quòd in eam cadit affectio, propter quam Creditor ad compenſandum compelli non poteſt. Cæterum, in nummis affectio conſiderari non poteſt, l. Nummis, ff. de in litem iurando. Conſequenter, nullum eſt impedimentum, quò minus compenſationi ſit locus. Huc accedat, quòd in depoſito ſpecialiter conſtitutum eſt, vt compenſatio locum non habeat, l. vlt. C. de compenſat. & tamen pecunia depoſiti nomine reſtituenda, videtur conſideranda, non ut ſimplex quantitas, ſed ut ſpecies, quia idem corpus nummorum reddi debet. Hoc igitur argumentum eſt, in cæteris caſibus, in quibus hoc modo quantitas vtrinque debetur, compenſationi locum eſſe, alioquin Iure conſtituto in depoſiti cauſis opus non erat.

Secunda eſt ſententia: Compenſationi locum eſſe, ſi quantitas ſit deſignata & expreſſa, quamuis ſub certo nummorum corpore, ſi verò expreſſa non ſit, locum non eſſe Authores huius ſententiæ commemorantur ab Alex. & Aret. in d. §. Seruum tuum. Pro cuius ſententiæ confirmatione nihil allatum inueni.

Tertia eſt ſententia Tyndari, in Tract. de Compenſationibus, colum. 5. Vt ſiquidem pecunia, quæ debetur vt ſpecies, extet, locus compenſationi non ſit, quia debitor præciſè cogitur ad eam ſoluendam, ſi verò non extet, ſecus.

Quarta & poſtrema eſt ſententia, quæ mihi omnium veriſſima videtur, compenſationem non admitti in propoſito caſu. Authores ſunt Accurſius, Aretinus, Ludouicus Romanus, & Decius, in d. §. Seruum tuum imprudens.

Adfertur pro hac ſentẽtia text. in d. §. Seruum tuum, quatenus ibi Iuriſconſultus docet, peculiares nummos vendicari poſſe, licet is, qui vendicat, deberet quantitatem, quaſi peculiares nummi certam ſpeciem conſtituere videantur, quæ proinde cauſa ſit impediendæ compenſationis. Sed mihi magis hanc ſententiam probat text. in l. Sed ſi certos, de legat. 1. vbi Iuriſconſultus: *Sed ſi certos nummos, veluti quos in arca habet, aut certam lancem legauerit, non numerata pecunia, ſed ipſa corpora nummorum, vel res legata continentur, neque permutationem accipiunt, & exemplo cuiuslibet corporis æſtimanda ſunt.* Hactenus Iuriſconſultus. Si permutationem non accipiunt tales nummi, & vt certum corpus æſtimandi ſunt. Ergo compenſatio locum habere non poteſt.

Reſpondet Alexander, id non eſſe generaliter accipiendum, ſed in illis tantum caſibus locum habere, de quibus in præcedenti lege, non rectè, quia Iuriſconſulti reſponſum generale eſt, nec verba adeo generalia, ita ſunt coarctanda contra eorum proprietatem & naturam.

A Nec prioris ſententiæ fundamẽtum eſt ſatis ſolidum, quia in nummis affectio non conſideratur, quantum ad hoc, vt iuramentum in litem deferatur, pro eo, quod intereſt, certa eſt enim nummorum æſtimatio, vt inquit Iuriſconſultus in d. l. Nummis; Sed quoad alios effectus, ad excludendam ſcilicet compenſationem, ſeu permutationem, quin affectio conſiderari queat, negari non poteſt, vt patet ea d. l. Sed ſi certos.

Quod verò dicitur, in depoſito ceſſare compenſationem quodam iure conſtituto, & ſpeciali, & conſequenter in alijs ſecus eſſe ſtatuendum, nihil obſtat: quia in depoſito ceſſat compenſatio, quomodocunque fiat, ſiue nummi deponantur vt certum corpus, ſiue vt certa quãtitas: cum tamen aliàs regulariter debita quantitas, compenſationem cum alia debita quantitate ſimili recipiat.

Porrò illa diſtinctio, vtrum certa deſignetur quantitas, nec ne: confutatur ex l. Planè, 34. §. 7. de leg. 1. ibi: B *Si non certum nummorum corpus ſit ſæpius relictum, vt puta centum, quæ in arca habet, ſæpius legauit. Tunc enim fundo legato eſſe comparandum credo.*

CAPVT VII.

Vtrum debitor, qui iurauit ſe ſoluturum, obijcere compenſationem poſſit.



IVratus debitor compenſationem obijcere an poſſit, vulgaris eſt controuerſia. Sunt enim qui affirment, ſunt qui negent, nec deſunt, qui diſtinctione vtantur. Affirmant Bar. in l. Amplius, ff. rem ratam haberi. Bal. & Panormitan. in capit. Ad noſtram, de Iureiuran. & alij, quos refert Oſaſcus, Deciſ. Pedemont. 92. Couuar. in capit. Quamuis, de pact. lib. 6. in 2. parte, §. 4. nume. 9. C Negant verò Innocent. Ioan. Andr. Hoſtienſ. & Imola, in dicto cap. Ad noſtram, & alij quos commemorant Couuar. & Oſaſc. locis annotatis. Et latiùs Seraphinus Senenſ. de priuilegijs iuramenti, priuil. 74. nume. 36. Denique, hac diſtinctione vtuntur Panormit. in dicto cap. Ad noſtram, num. 3. & alij à Seraphino & Oſaſco citati, vt ſi quidem ante iuratam obligationem illud debitum contractum fuerit, quod in compenſationem deducitur, tunc nequaquam locus ſit compenſationi, ſi verò poſtea contractum ſit, compenſatio locum habeat.

Prioris ſententiæ argumenta ſunt iſta. Primum, ex l. 4. §. Soluiſſe, ff. de re iudic. vbi Iuriſconſultus: *Soluiſſe*, inquit, *accipere debemus, non tantùm eum, qui ſoluit, verùm omnem omnino, qui ea obligatione liberatus eſt.* Sed is, qui compenſat, liberatur, l. Si ambo, ff. de compenſat. Ergo is, qui compenſat, ſoluit. Exceptio autem ſolutionis proculdubio opponi poteſt, ergo & exceptio compenſationis.

D Secundum argumentum eſt ex l. 2. C. de compenſatio. vbi is, qui Iudicati conuenitur, pecuniæ ſibi debitæ compenſationem implorare poteſt. Si locum habet compenſatio, vbi debitum eſt ex re iudicata, ergo locum etiam habere debet, vbi deſcendit ex obligatione iurata, quia res iudicata, & iuramentum æquiparantur, l. 2. ff. de Iureiuran. l. Poſt rem iudicatam, ff. de re iudic.

Tertium eſt ex l. Si debitor, ff. Qui potiores in pignor. habeant. ibi: *Nec enim intereſſe, ſoluerit, an penſauerit.*

Quartum argumentum eſt huiuſmodi: Inutilis eſt actio eius, qui in cauſa eſt, vt quod ſibi debetur, non ſoluatur, l. Potior, §. vlt. ff. qui potior. in pignor. habeant. Sed creditor hoc in caſu, eſt in cauſa, quia ipſe non ſoluit creditori ſuo, eidemque debitori, ergo inanis eſt actio, & compenſatio locum habet.

Quintum argumentum eſt ex l. Dediſſe, ff. de verborum

borum signific. ibi: *Dedisse intelligendus est, qui compensauit.*

Sextum argumentum: Quod sub conditione debetur, compensari potest, l. Si peculium, §. De illo, ff. de statu liber. l. Iulianus, ff. de Conditio. & Demonstrat. & tamen conditiones in forma impleri debent, l. Mæuius, l. Qui hæred. ff. eodem titu. ergo similiter id compensari potest, quod Iureiurando intercedente, debetur.

Postremum argumentum: Iuramentum sequitur naturam actus super quo interponitur, c. Quemadmodū, de Iureiuran. Sed compensatio regulariter locum habet in omni debito, l. 2. ff. de compensat. ergo locum habet etiam in debito iurato.

Negantis autem sententiæ argumenta hæc sunt. Primum ex c. Ad nostram, de Iureiuran. vbi fructus ex pignore percepti, in sortem debitam non imputantur, quia debitor Iureiurando obstrictus erat.

Secundum est ex c. Debitores, eod. tit. vbi patet, debitorem qui iurauit Vsuras se soluturum, ad eas soluendas cogi, licet solutas repetere possit.

Tertium argumentum: Nemo potest iuramentum commutare authoritate propria, etiam in melius, capit. Peruenit, 2. de Iureiuran. ergo qui iurauit, compensare non potest, quia videretur iuramentum commutare.

Quartum argumentum: Iuramentum seruari debet, vbi absque dispendiu salutis æternæ seruari potest, capit. Cum contingat, de Iureiuran. ergo seruandum est etiam hoc in casu, & sic debitori soluere debet.

Quintum argumentum: Compensatio locum non habet in causa depositi, l. penult. C. Depositi, l. vlt. C. de compensat. Ergo nec locum habere debet in causa debiti iurati, quia maior est ratio.

Fundamentum autem tertiæ opinionis, quæ distinguit, illud est: quoniam omnis promissio debet intelligi rebus sic stantibus, capit. Quemadmodum, de Iureiur. l. Quod Seruius, ff. de condict. indeb. ergo is, qui se soluturum iurauit, intelligitur iurasse rebus ita stantibus, non autem, si postea ipsemet etiam creditor efficiatur alterius.

Ego existimo priorem sententiam æquiorem, & probabiliorem esse, authoritate Iurisconsulti, in l. 2. ff. de compensat. *Vnusquisque*, inquit, *creditorem suum, eundemq́ debitorem repellit, si paratus est compensare.* Id ratio ipsa æquitatis suadet, quia nostra interest, potius non soluere, quàm solutum repetere, l. 3. ff. eodem titu. Iuramentum autem iniquitati fauere non debet, neque solet, sed æquitati, vnde hanc recipere debet interpretationem, quæ ex ipsa lege, & æquitate deducitur, vt scilicet is, qui iurauit se soluturum, compensare possit; & compensationem implorando, creditorem suum, eundemque debitorem repellere. Quod si debitum hinc inde sit liquidum & clarum, nec res altiorem indaginem requirat, dolo facere videtur is, qui petit, quod postea restituturus est, l. Dolo facit, de regul. iuris.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis respondeo, in specie d. capit. Ad nostram, non illud quæri, an debitor possit compensare, fructibus in sortem imputatis, sed vtrum iuramento non obstante, res oppignoratas vindicare possit, antequam soluat. Ratio dubitandi erat: quia creditor ex re pignorata fructus perceperat. Ratio decidendi, quia nondum tot fructus perceperat, qui deductis expensis sortem æquarent, id patet ex illis verbis text. *Licet autem de possessionibus illis & reditibus, nondum sortē deductis expensis receperis*, &c. Aliam adfert responsionem Couuar. loco annotato, sed mihi hæc planior videtur.

Ad secundum ex capit. Debitores, respondeo: Nil agi eo in loco de compensatione, sed debitor iuramen-

A tum seruare tenetur, nec potest illud authoritate propria contemnere, quanquam Ecclesiastica authoritate compelli possit creditor ad vsuras restituendas.

Ad tertium respondeo: Authoritate legis id fieri, non propria ipsius debitoris, quia lex compensationem inducit ex æquitate, ne quis cogatur soluere, & postea repetere.

Ad quartum respondeo: Iuramentum hoc in casu seruari, quia is, qui compensat, legis interpretatione soluere dicitur.

Ad postremum argumentum respondeo, negando consequentiam; Licet enim in deposito specialiter constitutum sit, vt locum non habeat compensatio, ob certas quasdam causas, nempe, propter singularem fidem, quam depositum requirit, in alijs tamen obligationibus aliter est constitutum.

B

CAPVT VIII.

Ad interpretationem l. Transigere, C. de Transact. Controuersia duæ.

Transigere, vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est, in alijs autem publicis criminibus, quæ pœnam sanguinis non ingerunt, transigere non licet, citra falsi accusationem. Ita Diocletianus & Maximianus, in l. 18. C. de Transact. Ad cuius legis interpretationem discutiendæ sunt nonnullæ controuersiæ in hoc & in sequenti capite. Prima est, quomodo verum sit, quod primo loco dicitur, de crimine capitali prohibitam non esse transactionem, cùm & publicæ vtilitatis ratio, quæ, vt delicta puniantur, exigit, & Senatusconsulti Turpiliani authoritas repugnare videantur, quo transigentes, & paciscentes de criminibus, grauissimè puniantur. Secunda, quomodo ab hac regula cri-C men adulterij excipiatur, cum inter capitalia recenseri tempore legis conditæ non potuerit, exceptio autem debeat esse pars regulæ? Tertia, quid de criminibus priuatis statuendum sit, quæ pœnam sanguinis non ingerunt, an sit de illis transactio permissa? Quarta, quis sit sensus verborum illorum textus: *Citra falsi accusationem*. Postrema, vtrum is, qui transigit de crimine capitali, accusari & puniri possit, transactione non obstante? Priores duas, hoc in capite tractabimus, tres posteriores, in sequenti.

Quod igitur ad primam attinet, quidam Doctor ita se expedit, vt existimet, verba textus sic concepta olim fuisse ab Imperatoribus: *Transigere, vel pacisci de crimine non capitali, excepto adulterio, prohibitum non est*; sed nouam legem ille condit, non antiquam interpretatur. Repugnat omnium Codicum fides & testimonium, cui vir doctus acquiescere debuit.

Accursius, ex parte Rei, existimat prohibitam non es-D se transactionem, vt is, quomodocunque possit, sanguinem suum redimat, quod permissum esse, patet ex l. 1. ff. de bonis eor. qui mor. sibi consciu. & ex l. vlt. ff. de Præuaricatorib. Cæterum, ex parte Actoris, secus existimat, propter Senatusconsulti Turpil. prohibitionem, l. Ab accusatione, l. In Senatusconsult. ff. Ad Turpilian. Quæ sententia satisfacere non potest, cùm verba legis conueniant tàm Reo, quàm Actori: nam si Actor transigere non posset, Reus autem posset, id sanè reticendum non erat, sed exprimendum ab Imperatoribus.

Bartolus, Castrensis, & Alexander, ita hanc rem explicant, vt in summa velint, Reum impunè transigere posse, Actorem verò non adeo impunè, sed ita tamen, vt pœnam talionis euadat, quæ illi perperam accusanti imminere solet, vt in l. vltim. C. de Accusationib. Quæ sententia similiter satisfacere non potest, quia Transactio simul esset prohibita, & non prohibita: non prohibita

hibita quidem, vt in hac lege, prohibita verò propter pœnam in Actorem transigentem constitutam, licet capitalis non esset.

Alciatus & Iason in ea sunt sententia, vt existiment, Transactionem esse permissam, tàm Reo, quàm Accusatori, nec aliquem ex eis alicui pœnæ obnoxium esse; quæ videtur mihi verissima interpretatio; Nam quod legitimè fit, pœnam non meretur, l. quarta, C. ad legem Iuliam de adulter. & qui permissu Principis ab accusatione desistit, non punitur, l. Destitisse, ff. ad Turpilianum. Ergo nec is punitur, qui authoritate legis transigit.

Ad argumentum verò, quod ex Senatusconsulti Turpiliani authoritate sumitur, & ex his legibus, quibus dicitur, Priuatorum pactiones de his tantum valere, quæ ad rem familiarem pertinent, non autem de his, quæ publicam continent læsionem, l. Iurisgentium, §. Si paciscar, l. Si vnus, §. Pacta, ff. de Pactis. Respondeo, non obstare: quia Turpiliani authoritas, hoc in casu locum habere non potest, in quo iustas ob causas est transactio permissa; & læsionis publicæ ratio hic habenda non est, cùm omnis ratio honesta sit expediendæ salutis, nec prorsus is, qui delictum admisit, transactione facta liberatur, imò verò, & accusari ab alio, & puniri potest à Iudice, l. Qui cætu, §. vlt. ff. ad legem Iuliam de vi publica, vt & inferiùs dicetur in postrema Controuersia sequentis capitis.

Venio ad secundam, in qua illud difficultatem facit, quod Diocletiano & Maximiano imperantibus, adulterium non erat capitale, vt patet ex l. Si quis viduam, ff. de quæstionibus, & tradunt Alciat. lib. 5. Paradox. c. 8. Cuiacius, Modernus Doctor Gallus, & Balduinus, in §. Item lex Iulia, in Instit. de publicis Iudicijs. Brissonius libro singulari ad legem Iuliam de Adulterijs, in verbo: *Qui stuprum, adulteriumve.* Couuar. in Epitome de spõsalib. par. 2. c. 7. nu. 16. & optimè omnium Cuiac. lib. 21. Obseru. cap. 17.

Respondet Antonius Faber lib. secundo, coniectur. Iuris, capit. 20. illa verba; *Excepto adulterio*, addita fuisse ab imperito interprete, ad id respiciente, Adulterij crimen sanguinis pœnam irrogare, neque tamen de illo transigere, aut pacisci licere, nec animaduertente, Diocletiani, & Maximiani temporibus capitale non fuisse.

Verum obstat elegantissimo Doctori, non solùm authoritas omnium Codicum Latinorum, verùm etiam Græcorum, nam & in Basilicis, & apud Constantinum Hermanopulum totidem verbis hæc lex habetur, sicuti testatur præcitatus Modernus Doctor Gallus, d. q. 23.

Mihi hæc interpretatio probatur, quam & Iacobo Cuiacio lib. 6. Obseru. capit. 11. & lib. 19. cap. penult. probari video, nempe Tribonianum ea verba posuisse, ad posteriores leges respicientem, quod & aliàs eum factitasse constat ex traditis à Francisco Duareno, Anniuersariarum disputationum lib. 2. cap. 9. Immò, in hac ipsa specie, de qua agitur, textum habemus in Institutionibus, de publicis Iudicijs, §. Item lex Iulia, de Adulterijs, vbi dicitur, Temeratores alienarum nuptiarum lege Iulia gladio puniri; quod sanè dictum accipi debet, secundum leges posteriores, nempe Cōstãtini, l. Quamuis, C. Ad legem Iuliam de Adulterijs: non autem secundùm legem Iuliam, quæ, vt dictum est, pœnam capitis non imponebat.

Sed & illa interpretatio mihi non improbatur, Adulteros sæpe olim capite plexos fuisse, & idcirco inter capitalia crimina adulterium hic esse relatum. Adulteros, autem capite fuisse non rarò mulctatos, constat ex his, quę refert Iacobus Cuiacius lib. 20. Obseru. cap. 18. & Iacobus Menoch. de Arbitr. Iudic. casu 419. num. 40. Cuius sententiæ acerrimus propugnator est Ioãnes Corasius, lib. 2. Miscellaneor. cap. 1.

At his replicat Antonius Faber, Adulterium omni-

A no excipiendum à Triboniano non fuisse, sed pòtius crimen Raptus, quod eo tempore erat capitale; Nam cùm ex posterioribus legibus adulterium factum sit capitale, ratio postulare videtur, vt etiam de eo, sicut de alijs capitalibus transigere liceat. Ita olim in adulterij crimine abolitioni locus non erat absque permissu Præsidis, l. Abolitionem, C. Ad legem Iuliam de Adulterijs; vbi verò factum est capitale, simul est permissum, vt qui de adulterio accusant, illud, si voluerint, abolitione compescant, l. Quamuis, 30. C. eod. tit.

Respondet Iacobus Cuiacius lib. 6. Obseru. cap. 11. in hæc verba: *Caeterùm*, inquit, *adulterio capitali effecto, consequens est, de eo transigi posse, quod tamen nequaquam dicemus. Nouæ enim constitutiones strictius accipiendæ sunt, adeo, vt & necessariò ex eis consequentia contra ius vetus admittenda non sint, nisi exprimantur. Cuius rei innumera exempla suppeditant Nouellæ Iustiniani, & mores singularum Ciuitatum. Olim Adulterium*
B *capitale non fuit, hoc abrogatum est nominatim. Olim de Adulterio transigi non potuit, l. De crimine, C. De Adulteriis, hoc abrogatum non est nominatim, Manet igitur. Quod intelligens, volensq́; Tribonianus, adiecit rectè, excepto adulterio.* Hactenus ille, qui idem docet, quod scholastici Doctores tradunt in Authent. Quas actiones, C. de sacrosanctis Ecclesijs, licet verbis paulò rudioribus, correctionem legis inducendam non esse ex identitate, vel etiam ex maioritate rationis, ita enim ipsi loquuntur, nec ideo sunt ridendi, quia res ornari negat, contenta doceri.

CAPVT IX.

Tractantur tres aliæ Controuersiæ ad interpretationem eiusdem l. Transigere, C. de Transact.

C CONtrouertitur præterea, An de priuatis criminibus, quæ pœnam sanguinis non ingerunt, transigere liceat; & licere, docuit olim Ioannes antiquus interpres, Iacob. Butrigarius, & alij, quos commemorat Albericus hoc in loco. Argumenta sunt ista.

Primum est; ex eo, quòd lex dicit, de publicis criminibus, quæ pœnam sanguinis non ingerunt, transigere non licere, Ergo de priuatis secus videtur.

Secundum argumentum illud est; quia publica crimina seuerioribus pœnis vindicantur, & omnibus est permissa accusatio; quæ ratio facit, vt transactio permissa non sit: vnde cùm in criminibus priuatis cesset, videtur etiam transactio permittenda.

Tertium argumentum; Nam in priuatis criminibus, videtur esse in potestate nostra, ne actio oriatur, vt patet in crimine iniuriarum, §. vlt. in Instit. de Iniurijs. Ergo, & vbi actio competit, permissum esse videtur, eam transactione auferre & extinguere.

D Sed contraria sententia mihi magis probatur, quæ etiam magis communiter recepta est, vt scilicet de priuatis criminibus prohibita sit transactio, vbi criminaliter agitur, secus autem, si ciuiliter: quę distinctio ciuilis, & criminalis Iudicij, optimè declaratur à Duareno, lib. 1. Anniuers. disputat. cap. 34. atque ita docent Accurs. Bartol. Ias. Alciat. & alij. Quæ sententia probatur ex l. Si quis repetere, ff. ad Turpil. vbi patet, eum, qui desistit ab accusatione in causa furti, stellionatus, & simili, officio Iudicis puniri; & desistere dicitur, qui cum aduersario suo transigit, vt in l. Ab accusatione, ff. eod. tit. Quod si ciuiliter agatur, permissam esse transactionem, patet ex l. Interdum, §. qui tutelam, ff. de furtis, ex l. post decisionem, C. eod. titu. ex l. Si pro fure, ff. de condictione furtiua, & alijs similibus.

Ad primum argumentum contrarię sententię respondeo; non rectè colligi ex d. l. Transigere, permissam esse transactionem de priuatis criminibus, ex eo, quod de publi-

publicis prohibita sit, quia publicum & priuatum crimen, non ita inuicem opponuntur, vt quod de vno negatur, de altero affirmari videatur.

Ad secundum, licet maior ratio sit prohibendi transactionem de publicis criminibus, non tamen efficitur, de priuatis transigi posse, quia, & in priuatis criminibus publicæ vindictæ ratio postulat, vt legitimis pœnis vindicentur, non autem, vt transactionibus & pactionibus aboleantur.

Ad tertium argumentum, licet in potestate nostra sit, actionem iniuriarum, & similes paciscendo remittere, quatenus ea res priuatum nostrum commodum concernit, non tamen sequitur, id etiam nobis licere, vt criminalem institutam accusationem paciscendo deseramus.

Altera est controuersia; Quis sit sensus verborum illorum, *Citrà falsi accusationem*. Veterum interpretum communis est expositio ac sententia, his verbis crimen falsi exceptum esse, ita vt sententia legis sit, de crimine falsi transigi posse; Adstipulantur huic interpretationi Iacob. Cuiac. lib. 6. Obseru. Iur. cap. 11. & Anton. Gouean. lib. 1. variar. lection. cap. 30. quibus & ipse lubens subscribo, & idem sensit Connanus lib. 5. c. 7.

Probatur autem de crimine falsi transigi posse, ex l. penult. C. de transact. ex l. 7. C. Ad legem Corneliam de falsis, & ex l. 2. C. de his, quibus vt indig. Porrò illud verbum (*Citrà*) idem aliquando valere, quod præter, satis patet ex l. vlt. ff. de calumniator. & ex l. vnica, §. Extraneum, C. De rei vsoriæ actione.

Cæterùm, ab hac communi sententia discesserunt Anton. Faber, lib. 2. coniectur. cap. 20. & Alciat. in Comment. huius loci, qui existimant, sensum esse, neminem transigere posse de publicis criminibus, quę pœnam sanguinis non ingerunt, sine accusatione falsi, quia scilicet de falso accusari poterunt. Illud verbum (*Citrà*) idem aliquando significare quod (*Sine*) probat l. 2. C. Sententiam rescindi non posse, l. 6. ff. de Curat. furios. & satis notum & certum est. Porrò, calumnia & præuaricatio, quæ ex transactione detegitur, falsi speciem habere videntur, l. 1. §. 1. & §. Præuaricatorem, ff. ad Turpil. & lex fallaciter accusantes hos appellat, l. vlt. C. de Abolitionib.

Pro confirmatione autem huius sententię Anto. Fab. adsert hæc argumenta.

Primum, quia falsi crimen dicitur esse capitale, l. prima, & l. 5. C. ad legem Corneliam de falsis. Vnde inter crimina non capitalia, hoc in loco recenseretur, si prior expositio valeret, quia videlicet exciperetur crimen falsi ab alijs criminibus non capitalibus, quod cùm absurdum sit, nec bona videtur esse illa prior expositio.

Secundum argumentum est ex l. 1. §. An accusationem, vers. At quin Papinian. ff. ad Turpil. vbi mulier ad falsi accusationem non admittitur, quæ suam, vel suorum iniuriam non persequitur, etsi desistat, non tamen punitur. Ergo, si ad accusationem admitteretur, punienda esset, si desisteret, iuxta l. Si fœmina, C. eod. tit.

Tertium argumentum est ex l. Quæsitum, ff. ad Turpil. vbi is, qui minatus est se falsi crimen obiecturum, etsi postea non obijciat, non punitur. Ergo à contrario sensu, si obijciat, & postea desistat, puniendus est.

Ad leges, quæ afferuntur ad probandum de crimine falsi permissam esse transactionem, respondet Faber, eas loqui cùm de falso instrumento agitur, hoc est, ciuiliter, non autem cùm de crimine falsi, scilicet criminaliter. Ad quam responsionem ita Cuiacius loco annotato: *Circumscribor*, inquit, *nisi subueniant synceri Iudices. Quid sit de falso transigere intelligo. Quid sit de instrumento dubiæ fidei transigere, si hoc non est de falso instrumento transigere, sane non intelligo*. Cui Faber. *Reprehendendi*, inquit, *sunt, qui scribunt se non intelligere,*

A *quid sit de crimine falsi transigere, si aliud sit, quàm de falso instrumento transigere*, & paulò post, *aut si hæc differentia non sunt, ego planè non intelligo, quid sit illud, quod scriptum est in l. De fide, C. de falsis, vt qui de fide instrumenti quærat, duplicem litigandi viam tributam esse, per accusationem, & per priuatam disceptationem*.

Respondeo, hæc argumenta non obstare. In primis enim, vt dicebat Cuiacius, Iure non probatur, eum de falso accusari posse, qui de crimine transigit, quòd si accusari posset, cur non & puniri? An puniri tales transigentes pœna falsi nullibi cautum videtur. Vnde planior est prior expositio. Nec obstat id, quod dicitur, leges, quibus transactio de crimine falsi permittitur, loqui, cùm ciuiliter agitur, quia etiam accusatio criminalis per transactionem tollitur, vt patet ex d. l. 7. C. de falsis, ibi, *Facta igitur transactione, difficile est, vt is, qui pronunciam regit, veluti falsum, cui semel acquieuisti, tibi accusare permittat*. Illud verum est, calumniatores, tergiuersatores, & præuaricatores, fallaciter agere, nec syncera, vt decet, fide ac mente crimina tractare, & accusationes institutas. Cæterùm, eos de falso accusari posse hanc ob causam, haud facilè demonstrari potest.

B

Ad primum argumentum contrariæ opinionis respondeo, falsi crimen capitale non esse, eo sensu, quo capitale accipitur in hac lege, nempe, cum pœna mortis infligitur. Etenim pœna falsi est deportationis & publicationis bonorum, l. 1. §. Pœna falsi, ff. Ad legem Corneliam de falsis, nec mortis pœna locum habet, nisi magnitudo rei id exigat, vt in l. Vbi crimen, 22. C. eodem titu. & in l. prima, ff. ad legem Cornel. de Sicar. & similibus.

Ad secundum respondeo, non posse illud argumentum à contrario sensu rectè sumi, quia repugnat text. in l. 4. ad Turpilianum, vbi expressè dicitur: Mulierem, quæ proprię iniurię causa falsi crimen denunciauit, desistentem, Turpiliano Senatusconsulto non teneri. Ex quo argumentum aliud sumitur, transactionem de crimine falsi valere.

C

Respondet Faber, textum dictæ l. 4. corrigendum esse, deesse enim illi negationem, quia scilicet Papiniani lex est, qui à Martiano in d. l. 1. vers. At quin Papinianus, in eam sententiam citatur, Mulierem desistentem non puniri, si falsi accusationem non iniuriæ propriæ, nec suorum causa instituerit. Verùm huic emendationi repugnat fides omnium librorum, & quæ aduersus eam emendationem latè disputat Robertus Aurelianus, Receptæ iuris Ciuilis lection. lib. 1. cap. 25.

Non obstat text. in dicta l. Si fœmina, C. ad Turpilian. quia non loquitur de crimine falsi, sed de fœmina, quæ suam, vel suorum iniuriam accusatione prosequitur.

Ad tertium respondeo, licet textus in l. Quæsitum, illud velit, vt qui minatus est se crimen falsi obiecturum, deinde non obiecit, non pertineat ad Senatusconsultum Turpilianum, non tamen infertur, istud quoque velle, vt qui illud obiecerit, & postea transegerit, ad illud Senatusconsultum pertineat, quia huic interpretationi & argumento, leges omnes aduersantur, quibus de crimine falsi transigi posse constitutum est.

D

Tertia est controuersia. Vtrum facta transactione de crimine, Reus accusari, & puniri possit pœna sanguinis. Etenim Bartol. in d. l. Transigi, num. 7. id negare videtur, necnon Curt. iun. nume. 29. Sed in contrarium se habet communis Doctorum sententia. Vide Clarum, in §. fin. q. 58. vers. Sed pone. Anto. Gomes. de delictis, c. 3. nu. 55. & nouissimè Farinatium lib. 1. commun. quæst. criminal. q. 4. nu. 34.

Probatur hęc communis sententia ex l. Qui cœtu. §. vlt. ff. ad l. Iuliam, de vi publica, ibi. *Etsi Pater iniuriam suam, precibus exoratus, remiserat, tamen extraneus sine quinquennij præscriptione Reum postulare poterit*, & ex l. 2. C. de Abolition. ibi. *Redempta miserationis vox mini-*

me

mò admittatur, ſed aduerſus nocentem Reum, inquiſitione facta, competens pœna ingeratur.

Vnum autem hoc adferri poteſt argumentum pro contraria ſententia: Cùm tranſactio de crimine capitali ſit permiſſa, eam potiſſimùm ob cauſam, vt ſanguinem ſuum quis redimere poſſit, conſequens eſſe videtur, tranſactione facta, pœnam ſanguinis euitari, alioquin fruſtrà facta eſſe videbitur.

Reſpondeo, hoc non ſequi ſimpliciter, & abſolutè, ſed eo duntaxat in caſu, quo nemo alius de crimine inquireret & accuſaret: nam, tranſactio facta ad hoc valet, vt primus accuſator, qui tranſegit, nec proſequi ſemel inſtitutam accuſationem, neque nouam inchoare poſſit, obſtat enim ei tranſactio. Cùm itaque non ſemper Accuſatores noui reperiantur, nec ſemper ex officio Iudex inquirere poſſit maleficia, non rarò accidet, vt ad euadendam ſanguinis pœnam plurimum tranſactio profutura ſit, cum ſcilicet nullus alius erit accuſator, nec Iudex inquiſierit ex officio.

CAPVT X.

De conciliatione l. Cum mota, C. de tranſactionibus. cum l. ſi conſtituta, ff. de Inoffic. Teſtam. & an ex tranſactione oriatur actio.

SI *inſtituta de inofficioſo teſtamento accuſatione, de lite pacto trāſactum eſt, nec fides ab hærede tranſactioni præſtatur, inofficioſi cauſam inte grā eſſe placuit.* Sic Vlpianus. At cōtra Imp. Alex. *Cum mota inofficioſi querela,* inquit, *Matrem veſtram cū diuerſa parte trāſegiſſe, ita vt partem bonorum ſuſciperet, & à lite diſcederet, proponatis. inſtaurari quidem ſemel omiſſam querelam per vos, qui Matri hæredes extitiſtis, Iuris ratio non ſinit. Verùm ſi fides placitis præſtita non eſt, in id, quod intereſt, diuerſam partem rectè conuenietis.*

Prima eſt ſolutio nonnullorum interpretum; Vlpianum loqui de eo, qui tranſigit, vt nempe querelam inſtaurare poſſit, ſi tranſactionis fides non ſeruetur. Alexandrum verò de tranſigentis hærede. Quæ ſolutio non ſatisfacit, quia ex perſona hæredis conditio non mutatur obligationis, l. 2. §. Ex his, ff. de verb. oblig.

Secunda eſt ſolutio, in ſpecie de qua loquitur Vlpianus, tranſactionem factam fuiſſe ſub conditione, ſi ſcilicet id, quod promiſſum erat, ſolueretur: Ideo ſi non præſtetur, integra manet actio. In ſpecie verò Alexandri, non ſub conditione factam fuiſſe, ſed ſub modo, ideo querelam inſtaurari non poſſe, licet quod promiſſum eſt, non detur.

Non mihi probatur hæc ſolutio, quia meram continet diuinationem.

Tertia eſt ſolutio. Vlpiani legem correctam eſſe ab Alexandro, quæ ſolutio minus eſt probabilis; tùm quia Vlpianus à Conſilijs Alexandri Cæſaris fuit, ſicuti author eſt Lampridius; tùm quia non eſt inducenda legum correctio, niſi exprimatur, l. Præcipimus, in fine, C. de appellationibus.

Quarta eſt ſolutio Alciati, lib. 5. Paradox. c. 6. Vlpianum loqui de tranſactione facta nudo pacto, vt patet ibi, *de lite pacto tranſactum eſt.* Alexandrum verò loqui de tranſactione, quæ renunciationem continet, vt patet ex illis verbis: *Et à lite diſcederet.* Videtur autem efficatior eſſe renunciatio, quàm nudum pactum, vt notatur in l. Poſtquam liti, C. de pactis.

Hæc ſolutio non videtur mihi ſolida, quia omnis tranſactio, etiam nudo pacto interpoſita, hoc efficit, vt à lite diſcedatur, & ſic renunciationem continere videtur. Quare Angelus à Sancto Ioanne, meritò in Antiparadox. hanc ſolutionem impugnat.

Quinta ſolutio deduci poteſt ex diſtinctione Duareni, in Comment. ad tit. C. Si aduerſus venditionem. *Cum*

A *quæritur,* inquit, *qua actione ſubueniatur actori, ſi reus tranſactionem ſeruare nolit, diſtinctionem ſeruandam eſſe, qua eſt in l. Siue apud, & l. Vt reſponſum, & in l. Cum mota, C. de Tranſact. Aut enim acceptilatione actio ſublata eſt, & tunc ſi aduerſarius nolit conuentis ſtare, non ideo poteſt actor agere actione veteri per acceptilationem extincta, quia in perpetuum ſublata obligatio reſtitui non poteſt; ſi verò pactum ſit, ne peteretur ſine acceptilatione, ſi debitor nolit conuentis ſtare, tunc actor poteſt agere prima actione.* Itaque ſic dicere poſſumus, Vlpianum loqui, cùm nudo pacto facta eſt tranſactio, quod veriſſimum eſt, Alexandrum verò cùm tranſactio facta eſt interueniente acceptilatione.

Cæterùm, vt non prorſus huic expoſitioni aſſentiar, illud efficit, quòd nullum verbum obſeruare licet apud Alexandrum, quo ſignificetur in ea ſpecie acceptilationem interpoſitam fuiſſe.

Poſtrema igitur ſolutio, quæ mihi cæteris probabilior B videtur, eſt Hieronymi Tornielli, ad Rubr. de Verbor. oblig. nu. 144. quam & Angelus à S. Ioāne loco annotato excogitaſſe videtur, nempe, in ſpecie Vlpiano propoſita, ita fuiſſe tranſactum & conuentum, vt à querela inofficioſi teſtamenti recederetur, aduerſarius verò aliquid daret; ſed in ſpecie Alexandro propoſita, cōuentum fuiſſe, vt certa bonorum pars tranſigēti, & querelam remittenti, daretur, de quibus agebatur in accuſatione inofficioſi teſtamenti, ideo hoc poſteriori caſu querela inſtaurari non poteſt: Nam querela ipſa inofficioſi teſtamenti, quæ vniuerſa bona vindicabat, per tranſactionem factam, reſciſſa eſt, ac diuiſa in hūc modum, vt ſcilicet pars bonorum debeatur querelam remittēti, altera verò pars poſſeſſori cedat. Quare, ſi accuſatione inſtaurata, omnia bona peterentur, pacti obſtaret exceptio, ex quadam æquitate, quemadmodum in l. Si maior, 36. C. de tranſact. habetur, Exceptionis æquitatem proficere, vt nil amplius peti poſſit, quàm quod tranſactionis placito promiſſum C eſt; quæ ratio in priore caſu locum non habet. Etenim, vt Torniellus dicebat, in ſpecie iſta, is, contra quem inofficioſi querela fuit inſtituta, promittendo actori partem bonorum, de quibus agebatur, aliquid actori præſtitit, quia iam non amplius exceptionibus ſuis vti quo ad illam partem, poteſt, & ideo actor debet eum conuenire, vt partem bonorum promiſſam tradat, non autem ipſam tranſactionem infringere. At in ſpecie d. l. Si inſtituta, nihil reus conuentus præſtitit, ideo dicta ratio ceſſat, & iure tranſactio reſcindi poteſt.

Porrò Alexander dicit, *ad id, quod intereſt, actionem præſcriptis verbis competere, ſi tranſactioni verborum obligatio ſubiecta non eſt,* quod quemadmodum conſiſtere poſſit, ſumma ratione controuertitur, ſiquidem ex tranſactionis placito actionem non competere, procuIdubio fit ex l. Cum proponas, 21. C. de pact. & ex l. Siue apud acta, C. de Tranſact.

Reſpondet Bart. in d. l. Siue apud acta, tranſactio- D nem actionem parere ex parte Rei cōuenti, vt ſi quid ei promiſſum fuerit, actionem habeat ad illud conſequendum: ex parte verò Actoris, actionem non competere, quia non adimpleuit contractum ex parte ſua, etſi enim tranſigendo promiſerit ſe amplius non acturum, agere tamen ſemper poteſt, ſaltem de facto. Si dicatur: immò ipſi Actori datur actio in ſpecie d. l. Cum mota, & in l. Si pro fundo, C. eod. tit. Reſpondet Bart. primò, actionem illam datiuam eſſe, non natiuam; quæ ſolutio nihil valet, vt bene explicat Alciat. in d. l. Cū proponas, ad finem, C. de Pactis. Secundò reſpondet, eas leges intelligendas eſſe, cum Actor tranſigendo aliquid promittit, quod perfectè adimpleri poteſt, vt puta, ſi promittat Reum liberare, & eum liberet.

Sed nihil valet hæc ſolutio, aut ego fallor, nec enim habenda eſt ratio eius, quod de facto fieri poteſt, & quātumuis actor reum liberauerit, poteſt ſemper de facto agere, & meram continet diuinationem iſthæc expoſitio,

tio. Quare si ego respondendum iudicarem, ex transactione quidem actionem regulariter non dari, sed excipiendum esse ab hac regula hunc casum, cùm scilicet Actor ad primam, & veterem actionem redire non potest, vt in specie d.l. Cum mota. Ratio euidentissima est; quia si actionem non haberet ad petendum id, quod sibi transactione facta promissum fuit, omni prorsus remedio destitutus esset, ipseque transactioni stare cogeretur, & Aduersarius nil omnino seruaret, nec enim actione veteri conuenin posset, nec actione vlla ex placito transactionis compelli ad standum transactioni, quæ quidem esset maxima iniquitas, & iniustitia: Iure igitur hoc in casu ex transactione ad id quod interest, agitur.

CAPVT XI.

Controuersiæ duæ ad interpretationem l. Si quis maior, C. de Transactio.



On leuis neque parui momenti controuersia est, An quod in l. Si quis maior. C. de Transactio. constitutum est, in omni contractu locum habeat.

Affirmant autem locum habere in comment. d.l. Bart. Alexand. Ias. Iacop. & Corn. quorum fundamentum est, quia textus non solùm de transactione loquitur, verùm etiam de omni alia pactione, vt patet ex illis verbis: *Si quis maior*, &c. *aduersus pacta, vel transactiones*, &c. Item ex illis: *Restituat pœna quæ pactis probetur inserta*. Item ex illis: *Careat emolumento, quod ex pactione, vel transactione fuerit consecutus*. Item ex illis: *Qui nomina nostra placitis inserentes*, &c. Omni autem contractui pactum inesse videtur, quia nihil aliud est, nisi duorum pluriumve in idem placitum & consensus, l. 1. ff. de pact. Huc accedat, rationem legis ad omnem alium contractum extendi, illa enim est ratio, quia veniens contra transactionem Iureiurando confirmatã, periurus est, atque adeò infamis, & consequenter omnibus pœnis in lege expressis obnoxius. Quæ ratio simili modo obtinere debet in cæteris contractibus, in quibus iurisiurandi religio contemnitur, & violatur.

Sed contrariam sententiam secuti sunt Riminal. Purpurat. & Alciat. in comment. eiusdem loci, sequentibus argumentis.

Primum, quia lex odiosa est, & pœnam continet valdè grauem, vnde ad transactionem, de qua principaliter loquitur, restringenda esse videtur. Odia enim restringi oportet, & fauores ampliari, capit. Odia, de reg. iur. libro sexto, & interpretatione legum pœnæ molliendæ sunt, non autem exasperandæ, l. Interpretatione, ff. de pœnis.

Secundum argumentum. Lex intelligenda est ac interpretanda, ita vt titulo congruat sub quo est posita, l. Imperatores, ff. de in diem addictio. Sed hæc lex posita est sub titulo de Transactionibus. Ergo de Transactione accipienda est, non autem de alijs contractibus.

Tertium argumentum est ex eo, quod inter cæteras pœnas in eum à lege constitutas, qui contra Transactionem fecerit, illa connumeratur, vt ea, quæ accepit, restituat. Hæc autem pœna Transactioni potissimum conuenire videtur, quæ semper fit aliquo dato, vel retento. l. Transactio. C. de Transact.

Quartum argumentum est ex l. penultima, C. de dignitatibus, libro duodecimo, vbi patet, eum, qui contra iuramentum fecit, in pecuniarijs causis, infamiæ pœnam non incurrere, quam tamen incurreret, si locum haberent pœnæ huius legis in omni promissione iurata.

Quintum argumentum est ex eo, quod in Transactione quædam specialis ratio suadere videtur, vt locus sit huiusmodi pœnis, vt scilicet pœnarum metu, Transactionum placitis stetur. Nullus enim erit litium finis, si à Transactionibus bona fide interpositis, cœperit facilè discedi. l. Fratris, C. de Transact.

Ego hac in re non ignoro, sententiam priore loco relatam frequentioribus Doctorum suffragijs receptam esse, vt patet ex notatis à Mathesilano, singul. 50. ab Alexandr. consil. 85. libro primo, Decio 451. Corneo 40. libro quarto, Guido. Papa, consilio trigesimoprimo, & singul 620. Ruin. consilio 198. libro primo. Cassiodor. decis. secunda, titu. de Iureiurando. Roland. à Valle in consi. 31. lib. secundo, Hyppol. Riminald. in consil. 124. & alijs passim.

Cæterùm, in acerrima disputatione crediderim posteriorem sententiam fortioribus argumentis nixam esse. Aut enim hanc constitutionẽ ad cæteros contractus porrigendam esse existimamus, quia verba id suadeant, vtpote cæteros contractus amplectentia; aut verò, quia ratio legis id à nobis exigat. Primum vix demonstrari poterit, quia verbum, pactionis, cuius in textu frequens est mentio, sua natura omnem contractum non complectitur, sed solam ipsam transactionem, nudamque conuentionem significat, non autem eam, quæ in speciale nomen contractus transit. Id tam luculenter demonstrat Duarenus in comment. ad l. primã, ff. de pactis, & lib. secundo Anniuersariar. disputat. cap. 8. Vt cæteris id demonstrandi facultatem præripuerit. Vnde ad omnem contractum illud verbum pertinere non potest, sed ad transactionem tantum, vt & in l. Vbi pactum, C. eod. titu. Si verò ipsam legis rationem contemplemur, nihil minus cogitandum nobis videbitur, quàm de ea ad cæteros contractus omnes extendenda, siquidem lex dura est, perquàm seuera, & pœnalis, vt uocant, & ideo non ita temerè in consequentiam trahenda. Adde, quòd Alciatus commemorat, summa ope legum authores niti, ut transactiones ratæ sint, ne lites finitæ suscitentur, vt nihil mirum sit, si tot propositis pœnis ad eas implendas, ac seruandas homines inducendos procurauerint, præsertim Iureiurando accedente. Quod verò in alijs contractibus & causis eædem sint pœnæ constitutæ aduersus Iurisiurandi cõtemptam religionem, nec in legibus nostris adnotaui, nec adduci possum vt credam, propter elegantem, & præclaram cõstitutionem l. 2. C. de Reb. cred. & Iureiu. & l. vlt. ff. de crimine stellionatus. Quibus ita se habentibus, argumenta contrariæ sententiæ refutatione particulari opus non habent, vt patet.

Secunda est controuersia. Vtrum ea constitutio Mulieres quoque transigentes comprehendat? Negant Fulgos. in comm. huius legis, & alij quos commemorat Gabrielius commun. conclus. titu. de Transact. conclus. prima, nume. 3. quia vt locum habeat hæc lex, dolus requiritur, secundum communem omnium sententiam. Nam periurium non committitur absque dolo: Ream enim linguam non facit, nisi rea mens. cap. Homines, cap. vlt. §. Episcopus, 22. quæstio. 2. cap. 2. ead. cau. c. quæritur. §. Item opponit, ead. cau. & quæst. Omnes autem pœnæ propter periurium ab ipsa lege constitutæ sunt. A dolo autem præsumpto mulier excusatur, l. prima, §. vlt. ff. de edendo. Cùm itaque dolus requiratur, & in muliere non præsumatur, sequitur dicendum, eam lege ista non comprehendi. Huc accedat, quòd iuris ignorantia excusat à dolo, l. Sed si lege, §. Scire autem, ff. de petit. hæred. l. Si quis in graui. §. Si quis ignorans, ff. ad Syllan. Mulier autem præsumitur ignorare iura, l. Regula, ff. de iuris & facti igno. Castr. in consil. 132. lib. 1. Decius in consil. 351. in fine. Menochius de præsumpt. lib. 2. Præsumpt. 3. Denique mulier propter sexus fragilitatem plerumque mitius quàm vir punitur, l. Sacrilegij, ff. ad legem Iuliam peculatus, Tiraquell. de legibus connubial. lib. 1. num. 69.

Cæterùm & mulierem hac lege teneri, affirmant Iason hoc in loco, & alij ab Antonio Gabrielio commemo

rati



rati loco annotato, quorum argumenta duo sunt præcipua. Alterum ex illis verbis legis: *Si quis maior*, &c. quæ verba tàm masculum quàm fœminam comprehendunt. l. 1. ff. de verbo. sign. Alterum; quia mulier non excusatur in ijs, quæ sunt contraria iuri naturali, leg. 2. C. de in ius vocan. Iason in l. vlt. ad finem, C. de iuris & facti ignor. Sed promissa non obseruare, iuri naturali repugnat, l. 1. ff. de constit. pecun. Similiter & iurisiurandi religionem violare, argumento l. Veluti, cum lege antecedẽti, ff. de iust. & iure.

Tertia est sententia Hieronymi Cagnoli ita distinguentis. Aut mulier directò venit contra Transactionem, litem instaurando, seu aduersus eam Principi supplicando: & tunc prior sententia locum habeat. Aut non directè contra Transactionem venit, sed non obseruat ipsum Transactionis placitum, & tunc posterior sententia locum habeat.

Ego verò eorum sententię magis accedo, qui affirmãt, mulierem hac lege teneri. Sicut & aliàs legibus tenetur, vt in l. Si quis id quod, ff. de iurisd. om. iud. & declarat ibi Iason & Menochius de recuperaod. possess. rem. 9. numero 9.

Nec iuris ignorantia mulierem excusat, præterquàm in casibus à lege expressis, l. vlt. C. de iuris & facti ignor. Tiraquell. de pœnis legum, causa 9. in fine, & causa 11. numero 23. Præsertim verò, vbi aliquid delinquit contra ius naturale, vel ius ciuile, clarum & manifestum, sicut illud est, pacta & conuenta esse seruanda, vt declarat Alciatus de Præsumpt. reg. 3. Præsumpt. 30. Quòd verò dicitur in leg. prima, §. vlt. ff. de Eden. non Edenti ex mandato Prætoris, esse subueniendum, sexus & rusticitatis habita ratione, nihil obstat: quia iussus Prætoris in ea specie, non iuris rigori, sed æquitate sola nititur, ex his quæ tradunt Alciatus reg. 1. præsumpt. trigesimanona, & Menoch. de recup. possess. rem. 9. numero 22. 23. Quare non ita durè aduersus muliebrem sexum agendum fuit, vt aduersus alios, cum qualisqualis ratio sit pro muliere eo casu, nempe iuris ipsius rigor.

CAPVT XII.

Aliæ duæ controuersiæ de eadem re.



NOn desunt qui existiment, ea quæ sancita sunt in supradicta l. Si quis maior, C. de Transactio. etiam ad Vniuersitatem transigentem pertinere, ita enim docuit Ias. in Comment. d. l. Et ita etiam respondit in consil. 118. libro 1. Eo argumento, quod illa verba, *Si quis*, Vniuersitatem quoque continere videantur, vt in l. Nihil, ff. ad Macedonianum, iuncta l. 1. ff. eod. tit. & in l. Item ait Prætor, iuncta l. Ergo sciendum, ff. ex quibus causis maiores. Nam Vniuersitas vicem sustinet personæ, l. Mortuo, ff. de Fideiussoribus, & cum agatur de periurio coercendo, facilè extendenda esse videtur hęc lex, ex traditis in Authen. Sacramenta puberum, C. Si aduersus venditionem.

Sed istis ego non assentior, quemadmodum neque Hieron. Cagnolus in interpretatione eiusdem legis, neque Decius in l. Si familia, ff. de iurisdict. om. iud. neque August. Berous in consil. 8. nu. 36. lib. 3.

Fundamentum meum est, quia lex loquitur de maiore vigintiquinque annis, Vniuersitas autem minori cõparatur, l. Respublica, C. ex quibus causis Maiores, l. Rempublicam, C. de Iure Reipub. libro 10. Item quia periurium, propter quod omnes pœnæ imponuntur, ligat ipsam animam, Vniuersitas autem vt sic, non dicitur habere animam. Vnde nec excommunicari potest, cap. Romana, de sententia excommunicationis libro sexto, & declarat Ludo. Roman. in consil. 400. Denique aut Transactio facta est per Procuratorem Vniuersitatis, aut per ipsosmet homines Vniuersitatis. Vtroque casu dici-

A tur esse facta, nõ solum à maiorib. vigintiquinque annis, verum etiam à minoribus, siue nomine, tam maiorum, quàm minorum, cum in Vniuersitate sint tam maiores quam minores. Sed minores vigintiquinque annis cõprehendere non potest hæc Constitutio. Ergo comprehẽdet duntaxat maiores; Si maiores tantum comprehendat, Ergo non Vniuersitatem, quia Vniuersitas constat ex maioribus & minoribus. Ex quibus patet, nec locum esse extensioni, quia verba non patiuntur, nec obstare leges in contrarium allegatas, quia loquuntur in casibus, in quibus eam extensionem nihil impedire potest.

Magis dubia est altera controuersia, in qua disputari solet, Vtrum hæc lex locum habeat, vbi iuramentum Transactioni non accessit, sed fides tamen data est & interposita, vt plerumque in Germania fieri solet.

Prima est sententia affirmantium ita Specul. in tit. de Arbitr. §. vlt. versic. *Sed pone quod compromissum, & ibi* Ioan. Andr. & Bald. Felyn. in cap. 2. de Sponsalib. Alex.
B Ias. & Cagnol. ad d. l. Si quis maior. Andr. Geyll. lib. 2. obseru. cap. 59.

Fundamentum est, quia iuramentum, & promissio sub fide æquiparantur, capit. Ad aures, extra de his, quæ vi metusve causa fiunt, ibi. *Nisi fortè iuramento, vel fide interposita*, &c. c. Peruenit, de Fideiussorib. c. Querelam. Ne Prælati vices suas, &c.

Contrariam sententiam secuti sunt Ioan. Imola, in c. Cum tempore. De Arbitris, numero 2. Alciat. & Aret. in d. l. Si quis maior. Rota Romana decis. 1. incipiente: Vtrum violator. titu. de pact. in decis. Bisignetti, & decis. 138. in antiquis. Ant. Gabriel. commu. concl. titu. de Transactio. conclu. 1. nume. 19. & ante omnes Glos. in c. penult. de Iureiu. Quibus adstipulatur text. in cap. Commissum, extra de sponsalibus, ibi. *De contrahendo matrimonio fidem dedit, & se cum ea intra biennium, per verba de præsenti contracturum, præstito iuramento firmauit*, &c. Quibus verbis insinuari videtur, non esse idem omnino
C iuramentum, & fidei præstationem. Huc accedat, quod textus loquitur de Transactione facta inuocato diuino nomine, & cùm de pœnis grauissimis agatur, videtur lex esse restringenda ad eam speciem, de qua expresse loquitur, iuxta l. Interpretatione, ff. de Pœnis, quamuis alioqui iuramentum & fidei pręstatio pariter obligarent.

Mihi hac de re cogitanti semper placuit doctrina Alciati, ad rub. extra de Iureiu. numero quinto, & Couuar. ad rub. de Pactis, in 1. parte, §. 2. post num. 2. Nempe fidem duobus modis accipi, Vno modo pro fide Nobilitatis, nempe pro dictorum, conuentorumque constantia, ab eo dicta, quòd fiat, quod dictum est, Alio modo accipi pro fide Christiana; si primo modo accipiatur, fidesque in Transactione interponatur, proculdubio est ad eum casum l. Si quis maior, non pertinere, quia loquitur, vbi Iuramentum est interpositum. Fides autem sic accepta non est iuramentum. Si verò secundo modo accipiatur, tunc crediderim eam vim habere iuramenti, &
D ideirco ad eam speciem producendam esse Constitutionem, de qua agitur. Quod si in obscuro esset, An fidei interpositio iuxta priorem, an verò iuxta posteriorẽ sensum Transactioni subiecta fuisset, nihil proponi video, cur exequendæ essent pœnæ huius legis, apertè loquentis eo casu quo iuratum est, in eum, qui fide præstita, transegisset, quinimò ad periurium euitandum, benigniore interpretatione adhibita, ad priorem sensum referrem ipsam fidei interpositionem, sicuti Couuar. loco annotato diligenter explicat. Porrò Canones allatos pro priore sententia, sic accipio, vt loquantur de fide, secundum posteriorem sensum, quo in casu eam iuramẽto comparari, ipse quoque affirmo, atque contendo.



CA-

CAPVT XIII.

Alia Controuersia de eadem re.



Ontrouertitur etiam, Vtrum pœnæ huius legis committantur ab hærede transigentis. Affirmat enim Castrin. in consil. 13. lib. 2. & Socin. in consi. 38. lib. 3. eo argumento, quòd cùm obligatio principalis in hæredem transeat, videatur etiam transire debere accessoria, quæ ex iuramento contrahitur, ac consequenter omnis pœna, quæ infertur ex iuramenti violatione, præsertim, quia hæres videtur esse vna, & eadem persona cum defuncto, vnde, & Iusiurandum à defuncto præstitum seruare tenetur, vt in §. 1. in Auth. de Iureiurando à moriente præstito. Denique, hæres oneribus hæreditarijs est obstrictus, l. Si duo, ff. de Acquir. hered. Illud autem est onus in præsenti, vt transactioni pareatur, aut si non pareatur, locus sit pœnis, de quibus in hac lege.

Cæterùm, contrariam sententiam veriorem esse iudico, quam Cagnol. hoc in loco defendit, & latè D. Iacob. Menoch. in consi. 355. lib. 4.

Fundamentum autem illud est solidum, quoniam iuramentum est personale, id est, obligat animam & personam ipsius iurantis, quoad effectum periurij, ita scilicèt, vt is, qui iurat, iuramentū obseruare teneatur, alioqui periurus sit, & grauiter peccet, hæres autē iurantis, huiusmodi vinculo periurij non tenetur: quia ipse non iurauit, consequenter Iurisiurādi religionem non contemnit. Ita docent Canonistæ omnes, in cap. Veritatis, de Iureiur. sicuti declarat optimè. Couuar. in c. Requisiuisti, sub nu. 2. extra de Testamentis. Quare, licet hæres teneatur seruare ipsum iuramentum à defuncto præstitum, & omnia alia subire hæreditatis onera, sicuti optimè probat contrariæ sententiæ argumentum, non tamen sequitur, eundem obstrictum esse periurij vinculo, atque adeo ijs pœnis, quæ propter periurium sunt impositæ. Quæ cùm ita sint, palàm est, eas pœnas aduersus hæredem locum non habere, quę hac lege exprimuntur, Omnes enim ad periuriū vindicandum constitutæ sunt in contractu transactionis.

Postremò cōtrouertitur, sitne locus purgationi moræ, saltem ex Iuris Canonici æquitate ad euadēdas huius legis pœnas. Et locum esse respondit Alex. hoc in loco, Iason nu. 26. & Ruin. in consi. 133. col. vlt. lib. 1. quibus adstipulatur, quòd Cagnolus hoc eod. loco scribit, nu. 156 hanc legem scilicèt, iure Canonico inspecto, locum non habere. Sic & nimis rigidam esse, ac propterea in praxi non obtinere, respondit post alios Franciscus Becius, in consi. 106. nu. 24. & Menoch. in d. consi. 355. nu. 1 lib. 4.

A qua sententia facit, quod habetur in c. Suam, De Pœnis, & quod notatur in c. Apud misericordem, 32. quæst. 1. & in c. Beatus, 12. quæst. 2.

Verùm istis nil morantibus, contrariam sentētiam amplector, cui adstipulantur quæ tradunt Alexander, in l Si Insulam, nu. 38. ff. de verb. oblig. Dec. in consil. 452. Rom in consi. 457. & alij à Gabrielio citati, Cōm. Concl. tit. de Transact Concl. 1. num 13. quibus adde Hippol. Riminal in consi. 124. nu. 69. lib. 2. & Ruin. in consi. 20. lib. 4.

Fundamentum verò illud solidum mihi videtur, quod non sit inducenda diuersitas, ac dissensio inter ius Canonicum & Ciuile, nisi expressum sacris Canonibus reperiatur, nam & leges non dedignātur sacros Canones imitari, & Sacrorum Statuta Canonū principū Constitutionibus adiuuantur, vt in cap. 1. de operis noui nunciat. Cùm igitur inter omnes constet, Iure Ciuili inspecto, locum non esse purgationi moræ, non debet Iure Canonico contrarium decerni Iurisconsultorum interpretatione. Et parum mouet, quòd

A dicitur, Ius Canonicum ęquitatem amplecti: nam & Ius Ciuile illam sequitur, in omnibus ferè causis, l. in omnibus, de Reg Iur. l. Placuit, C. De Iudicijs. Quòd verò dicitur in c. Suam, de Pœnis, huc non pertinet, quia de transactione iurata non loquitur ibi Pontifex, illud non diffiteor, idem respondendum esse in transactione iurata, quoties quis in minimo deficeret, vt in d. c. Suam, ne videlicèt ob minimam rem incidat quis in tam graues pœnas. Quæ verò notantur in d. c. Apud misericordem, & in c. Beatus, locum sibi vindicant in foro pœnitentiali, sicuti optimè declarat Alexan. Dec. Roman. & alij superius à me citati.

CAPVT XIIII.

Sitne aliqua pœna constituta ex Iure Ciuili peieranti, Diuino nomine inuocato.

B 

Væ sit pœna constituta aduersus eos, qui transactiones & pactiones Iureiurando firmatas violauerint, satis vt arbitror, explicatum est in præcedentibus. Nunc se offert insignis controuersia, quid statuendum de alijs speciebus, in quibus Iurisiurandi religio contempta sit: videlicèt, Vtrum aliqua pœna afficiendus sit periurus? Tractat prolixè hanc controuersiam D Iacob. Menoch. de Arbitr. Iud. Casu 419. ibiq; commemorat Authores, tam qui affirmantem, quàm qui negantem sententiam sunt amplexi. Ego breuiter argumenta referam, tum quid ipse sentiam, paucis declarabo.

Qui periurio pœnam esse impositam censuerunt, adducti in hanc sententiam sunt authoritate l. vlt. ff. de Crimine Stellionatus, *De periurio*, inquit lex, *si sua pignora esse, quis instrumento iurauit, crimen Stellionatus fit, & ideo ad tempus exulat.*

C Secundò moti sunt ex l. Nam sufficit, ff. de Dolo. *Nam sufficit*, inquit, *periurij pœna.*

Tertiò eo argumento moti sunt, quòd exploratum est, eum, qui per Principem falsum iurauerit, puniri, vt in l. Si duo, §. vlt ff. de Iureiur. Quare etiam arbitrati sunt, puniendum eum, qui per Deum peierauerit, cùm *longè grauius crimen sit, æternam, quam temporalem lædere maiestatem.*

Denique authoritate Constātini Hermanopuli adducti sunt, in Epitome, seu Promptuario Iuris Ciuilis, lib. 1. tit. de Iureiur. in hæc verba scribentis: *Si quis iurauerit in re pecuniaria, per genium Principis, & peierauerit, fustibus castigatus dimittitur. Quisquis autem ex decreto Iudicis, aut Aduersario postulante, Iusiurandum in Ecclesia receperit, sacris inuiolatisq; contactis Euangelijs, postea periurij conuictus, lingua abscindatur, idemq; in testibus obseruetur.*

D Cæterùm, qui contrariā sententiā amplexi sunt, vnū eum fundamentum posuerunt in l. 2. C. de rebus creditis, & Iureiur vbi Alex. Imperator: *Iurisiurandi contēpta religio* (inquit) *satis Deum vltorem habet.*

Respondent contrariæ sententiæ Authores, Imperatorem loqui, vbi calore iracundiæ periurium cōmittitur, vt patet ex sequentib. verbis, ibi: *Et si per Principis venerationem quodam calore fuerit peieratum*, &c.

Ego ergò omnibus diligenter pensatis, huic posteriori sententiæ magis accedo, cuius authores habeo, præter Iacob. Cuiac. lib. 2. Obseru. c. 19. & alios quàmplurimos, quos refert Menoch. loco annotato, habeo inquam, authorem, celeberrimum Iurisconsultū, Præceptorem, ac Promotorem meum Tiber. Decian. in Tract. rerum criminalium nuper edito, lib. 6. c. 13. Ita enim Iure nostro Ciuili constitutum opinor, vt qui per Deum peierauerit, Deum vltorem habeat, qui verò per Principem, vltorem habeat ipsum Principem, præterquam in eo casu, quo quis inconsulto quodam

calore per Principem peierauerit, sicuti eleganter explicat ipsemet Imperator, in d. l. 2. Cuius hæc planè sententia mihi videtur.

Nec difficile est ad argumenta contrariæ sententiæ respondere: nam quòd attinet ad l. vlt. ff. de Crimine Stellionatus, non ea est eius legis sententia, eum, qui in instrumento iurauit, sua esse pignora, idcircò puniri, quod falsò iurauerit: nam & absque Iureiurando crimen Stellionatus committitur, vbi quis hoc modo mentitur, rem alienam velut propriam obligando creditori. Sed sensus est, de periurio effici crimen Stellionatus, hoc est, periurium eo in casu puniri, tanquam crimen Stellionatus effectum, quemadmodum dicimus, de meo fit tuum. Itaque non disputat ibi Iurisconsultus, An periurium sit puniendum, vt periurium, sed vt annexum habens aliud crimen, ac in aliud crimen transitum faciens, nempè Stellionatus, id quod ante me dixerunt Cuiac. & magis prolixè Dominus Dec. loco annotato.

Quòd verò dicitur in l. Nam sufficit, ff. de Dolo, nihil obstat: quia hoc tantum dicit sufficere periurij pœnam, scilicèt, apud Deum luendam, quem periurus satis vltorem habet, vel si per Principem falsò iurerit, pœnam sufficere, quam Princeps ipse constituet.

Quare nihil obstat, quòd dicebatur tertio loco, eum puniri qui per Principem peierauerit, quoniam id fatemur, & puniendum etiam à Deo grauiter non dubitamus eum, qui per Deum peierauerit.

Anthoritas denique Hermanopuli nihil mouet: quia loquitur de periurio in Ecclesijs commisso. Secundò, quia legem non habemus, cuius ipse meminit. Tertiò, quia eius sententia vim legis non obtinet, magisq; deferendum est Imperatori Alexandro, satis apertè pronuncianti, Iurisiurandi contemptam religionem, satis Deum vltorem habere.

CAPVT XV.

Vtrum in causis criminalibus iuramentum in supplementum probationis deferri possit à Iudice.



IN causis criminalibus decidendis, vtrum iuramento suppletiuo sit locus, variæ ac diuersæ sunt Doctorum sententiæ. Prima est Accursij, in l. In bonæ fidei, C. de reb. credit. & Iureiur. etiam in causis criminalibus locum esse huiusmodi iuramẽti: nam cùm textus dicat, in bonę fidei contractibus, & cæteris causis, inopia probationum per Iudicem causa cognita rem decidi oportere, is interpretatur illa verba, vt & delictorũ causas comprehendant. Pro cuius sententiæ confirmatione adfert text. in l. 3. ff. de Iureiur. vbi Iurisconsult. ait: *Quacunque autem actione quis conuenietur, si iurauerit, proficit ei Iusiurandum, siue in personam, siue in rem, siue in factum, siue pœnali actione, vel quauis alia agatur*, &c.

Secunda est opinio Bartoli, Castrensis, Iasonis, Sichardi, & aliorum communiter, in Comment. eiusdẽ l. In bonæ fidei, in causis criminalibus non esse locum huiusmodi iuramento. Fundamentum est: quia in criminalibus probationes debent esse luce meridiana clariores, l. vlt. C. de probat. & necesse est, vt quis confessus, vel conuictus sit, ad hoc, vt condemnari possit, l. Qui sententiam, C. de Pœnis. Et nemo ex suspicionibus damnandus est, l. Absentem, ff. de Pœnis.

Tertia est sententia Ludouici Romani, in l. Admonendi, nu. 104. ff. de Iureiur. & aliorum, quos commemorant Menoch. de Arbitr. Iud. Casu 464. nu. 7. & Dominus meus Cephalus, in consi. 141. nu. 21. lib. 1. Si actor semiplenè tantum, aut minus quàm semiplenè probauerit, non esse deferendum iuramentum in supplementum probationis: si verò plusquàm semiplenè

A probauerit, deferendum esse. Fundamentum est in c. vlt. de Iureiur. in illis verbis: *Nisi Iudex inspectis personarum, & causæ circumstantijs, illud actori videat deferendum.*

Quarta est sententia Cyni, in d. l. In bonæ fidei, Butrij, in d. c. vlt. de Iureiur. & aliorum, quos commemorat Dominus Cephalus, in d. consi. 141. nu. 20. Si de pęna corporali agatur, iuramentũ non esse deferendum, secus autem, si de pœna pecuniaria. Argumento text. in d. l. In bonæ fidei, ibi: *Et in cæteris causis.*

Quinta est sententia; In causis criminalibus Reo deferendum esse iuramentum, ad suam innocentiam purgandam, non autem Actori, Argumento text. in d. c. vlt. de Iureiur. ibi: *Præsumptione verò faciente pro illo Reo deferri potest ad ostendendam suam innocentiam, iuramentum.* Idem probat text. in Authent. Nouo Iure, C. de pœna Iudic. qui malè iudicauit. Huius sententiæ Authores diligenter à Menochio commemorantur, B de Arbitr. Iud. d. Casu 464. nu. 10.

Postrema est sententia Angeli, in d. l. In bonę fidei, si de crimine criminaliter agatur, instituta scilicèt accusatione ad publicam vindictam, nõ esse locum huic iuramento, secus autem si ciuiliter agatur, instituta scilicèt actione ad priuatam vtilitatem.

Hanc postremam sententiam Iuri magis consentaneam existimo, atque ita interpretor l. 3. ff. de Iureiur. & c. vlt. eod. tit. de causa criminali ciuiliter intentata, intelligantur, id quod significat verbum *(actionis)* vtroque in loco vsurpatũ, nempè, in d. l. 3. ibi *(Pœnali actione)* & in d. c. vlt. ibi, *(Famosa actione.)* Vbi enim criminaliter agitur, dicitur potius accusatio quàm actio, l. de crimine, C. Ad legem Corneliam de falsis. Et sanè, in causis criminalibus ita seruatur, vt siquidem Reus sit confessus, vel conuictus, condemnetur, l. Qui sententiam, C. de Pœnis. Si verò non sit confessus, neque cõuictus, sed tamen multis argumentis oppressus, subij- C ciendus est tormentis, ad eruendam veritatem, l. 1. ver. Ad tormenta, ff. de quæst. Quod si torqueri nõ possit, tunc vel pœna extraordinaria afficitur, si argumenta, & indicia sint magna, vel absoluitur. Illud non diffiteor, & purgationis iuramentum hoc in casu aliquando deferri, sicuti declarat optimè Iul. Clar. in § fi. q. 63. & latè de hoc iuramento purgationis Andr. Geyll, lib. 2. de pace publ. cap. 7. Porrò verba illa textus d. l. In bonę fidei, *& in cæteris causis*, de similibus causis pecuniarijs accipienda esse non dubito.

CAPVT XVI.

Vtrum, vt iuramentum possit in supplementum deferri, necesse sit, idipsum à litigatoribus peti.



D SEd vtrum necesse sit, à litigatoribus id peti, vt iuramẽtum suppletorium deferatur, non est eadem omnium sententia. Etenim petendum id esse à litigatoribus, Authores sunt Bart. in l. Admonendi. col. vlt. & ibid. Ias. in Repetit. num. 316. ff. de Iureiur. & alij, quos refert Ioseph. Maschard. de probat. vol. 2. Concl. 956. nu. 46. Fundamentum est in ea Regula, quæ docet, Iudicem officium suum non impertiri, nisi petenti. l. 4. §. Hoc autem Iudicium, ff. de damno infecto.

Sed contrariam sententiam, nempe necesse nõ esse, vt id petatur, imò verò peti nõ debere, sed à Iudice ex officio deferendum esse, probare videtur Panorm. in c. vlt. §. Sanè, de Iureiur. Et fundamentum est in d. §. Sanè, & in l. In bonæ fidei, C. de Reb. cred. & Iureiur. necnon in l. Admonendi, ff. eod. tit. quibus in locis dicitur, Iudices in causis dubijs probationum inopia, iuramentum deferre solere, & secundùm eum pronunciare, qui iurauerit. Quod si à litigatore petatur, deferendum non videtur, quoniam vltrò id petens reddit

se su-

se suspectum, argumento l. Quæ omnia, § 1. ff. de Procuratoribus, & l. Vxori §. 1. ff. Ad l. Corneliam de falsis.

Tertia est sententia, & id peti à litigatoribus posse, & à Iudice deferri debere, licet non petatur, si id expedire, & æquitati consentaneum esse cognouerit. Ita Alexan. in consi. 53. colum. vlt. lib. 1. Et hęc sententia videtur mihi verissima. Probatur autem, tùm ex legibus superiùs allegatis pro confirmatione secundæ sententiæ, tùm ex eo, quòd Iudex interrogare potest litigatores in Iudicio, vbicunque æquitas id postulauerit, l. Vbicunque, ff. de Interrogatorijs actionibus. Tale autem Iuramentum perquam simile videtur esse interrogationi, etenim Iudex petit ab altero ex litigatoribus, an iureiurando affirmare velit verum esse, quod ipse in iudicio contendit. Quare nihil obstat regula l 4 § Hoc autem Iudicium, ff. de damno infecto, cùm ad eruendam veritaté sans constet, Iudicem multa ex officio decernere posse. Vide Alexan. in d. §. Hoc autem Iudicium, nume. 18. Natam in consi. 166 num. 23. & Ias in l. Vbi pactum, nume. 11. & 12. C. de transact. Quòd verò litigator id petere possit, mihi videtur satis certum & exploratum, ea ratione, quòd nulla lege id prohibeatur, & quòd Iuris æquitati consentaneum appareat. Neque verò suspectum se reddit id postulans, cùm de causa propria contendat & litiget, nec peieraturus præsumatur, & idipsum ex legibus didicerit, causas inopia probationum iureiurando decidi solere.

CAPVT XVII.

De tempore quo huiusmodi iusiurandum deferendum sit, controuersiæ duæ.

CÆterum vt intelligatur, quo tempore deferendum sit huiusmodi iuramentum litigatoribus, duæ sunt breuiter expediendę Doctorum controuersiæ. Vna, An post conclusionem in causa peti à litigatoribus possit, vt deferatur. Altera, si ante conclusionem in causa petitum id non fuerit, vtrum à Iudice nihilo minus deferri possit. Tractant has quæstiones Bart. Bald. Salicet. & alij, in l. In bonæ fidei, C. de reb cred & Iureiur. Ias. in l. Admonendi, in Repent. nu. 318. ff. eod. tit. Andr. Geyll. Practicar. Obseru. lib. 1. c 108. Mascard. de Probation. vol. 2 Concl. 956. nu. 46. & 47.

Quòd attinet ad primam, duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ; altera affirmans, altera verò negans. Affirmat Salicetus, quem multi alij sunt secuti. Negant Bartolus & Baldus, quibus non desunt adstipulatores.

Fundamentum Saliceti est in l. Generaliter, C de rebus cred. & Iureiur. *Omne igitur iuramentum*, inquit, *siue à Iudicibus, siue à partibus illatum, vel in principio litis, vel in medio, vel in ipsa definitiua sententia, sub ipso Iudice detur*. Huc accedat ratio: quia litigator ante conclusionem in causa, scire non potest, An iuramento suppletorio sit opus, sed id demum intelligit, cùm nil amplius probari & produci potest, quia videlicèt in causa conclusum est.

Fundamentum autem Bartoli, Baldi, & sequacium, illud est: quia post conclusionem in causa, nil amplius produci potest ad probandum, c. Cum dilectus, de fide instrum. Authent. Atqui semel, C. de probation. Ergo nec tale iuramentum offerri posse videtur, quia offertur ad supplendam probationem.

Ad d. l. Generaliter, respondent, eam loqui, quando ante conclusionem in causa petitum est à litigatore tale iuramentum deferri. Id suadetur ex illis verbis textus: *Omne iuramentum, siue à partibus, siue a Iudicibus illatum*, &c. Ad rationem Saliceti, respondent, nihil impedire litigatorem, quò minus post publicatas attestationes, deliberare possit, an tali iuramento suppletorio indigeat.

A Mihi Saliceti sententia verissima esse videtur, non tamen eo argumento, quod ipse sumit ex dicta lege Generaliter, quia non deciditur in ea lege, Iuramentum peti posse, vt deferatur post cōclusionem in causa, sed de hoc deciditur ea lege, siue initio causæ offeratur iuramentū, siue in medio, siue in fine, illud esse ab eo subeundum, cui est delatum, ne si moriatur, hæres, qui iurare non potest, ea probatione destituatur. Moueor itaque altero argumento, quo ipse vtitur, nempè, ante conclusionem in causa, deliberare non posse litigatorem, an tali iuramento opus habeat. Non obstat quòd dicitur, eum deliberare posse post publicatas attestationes, quia id falsum est, cùm & post publicatas attestationes vsque ad conclusionem in causa multa produci possint. Moueor præterea hoc argumento. Omni tempore litigatori licet Iudicis officium implorare, vt id decernat, quod æquitatis ratio postulat, præsertim, cùm initio litis, omnis litigator petat sibi iustitiam administrari. Sed æquitatis
B ratio hoc postulat, vt in dubijs causis inopia probationum, causa, iureiurando delato decidatur, vt patet ex d. l. In bonæ fidei, ex d. l. Admonendi, & ex d c. vlt. de Iureiurando. Ergo nihil proponitur, cur omni tempore litigator id petere non possit.

Ad contrariæ sententiæ argumentum respondeo. Nihil noui producere eum, qui iusiurandum sibi deferri postulat, implorat enim Iudicis officium, & eum admonet, si causa dubia sit, & iureiurando decidenda, sibi potius, quàm Aduersario deferendum esse iusiurandum.

Quòd attinet ad alteram quæstionem, duæ similiter sunt contrariæ Doctorum sententiæ, altera affirmans, altera negans. Ego affirmantem sententiam, quæ in ipsa Imperiali Camera magis est recepta, teste Andr. Geyll, loco superius annotato, verissimam esse iudico. Primò, quia, vt & in præcedenti dictum est, nec litigatores, neque Iudices scire possunt ante conclusionem in
C causa, vtrum iuramento suppletorio sit opus. Secundò, quia vbicunque æquitas suadet, Iudex interrogare potest, lege, Vbicunque, ff. de Interrogatorijs action. Tertiò, quia Iudex cuncta rimari & perquirere debet, vt pro Iustitia causæ finem imponat, lege, Iudices, C. de Iudicijs, cap. Iudicantem, 30. quæst. 5. Quartò ex eo, quod habetur in cap. Cùm Ioannes, de fide instrument. in illis verbis. *Non obstante, quod interrogatio a Iudice facta fuerit, postquam a partibus extitit in causa conclusum, cùm Iudex vsque ad prolationem sententiæ debeat vniuersa rimari, & possit interrogare de facto, quoties dubitationis aliquid occurrit.*

Contrariæ sententiæ argumenta nihil obstant. Primum est; nisi à parte petatur, tale iuramentum deferri à Iudice non posse. Sed hæc sententia falsa est, & confutata in præcedenti capite. Alterum est argumentum, quòd post conclusionem in causa, non sit amplius locus
D probationibus. Respondeo, id verum esse, si agatur de probationibus testium, vel instrumentorum: sed quò minus Iudex Iureiurando causam decidere possit, nihil impedire potest conclusio in causa, neque enim hæc est probatio litigatoris, sed Iudicis potiùs ad veritatem inuestigandam prouisio.

CAPVT XVIII.

Cui deferendum sit Iuramentum suppletorium, Reo, an Actori.

NOn est prætereunda quęstio illa, satis olim, & nunc etiam controuersa, cui sit deferēdum iuramentum ex litigatoribus, quod suppletorium appellamus, Reo, an Actori. Sunt enim qui Actori, sunt qui Reo deferendum putant, sunt qui Iudicis arbitrio id mandent. Vide Iaso-

nem copiosè differentem hac de re, in l. Admonendi, in A Repent. nu. 314. ff. de Iureiur. & Francis. Duaren. lib. 2. Anniuers. Disput. cap. 35.

Qui esse deferendum Reo censuerunt, sequentibus argumentis vtuntur. Primum est ex d. l. Admonendi, vbi patet, Iuramentum delatum fuisse Reo. Secundum est ex cap. vlt. eod. tit. vbi similiter Reo ad purgandam innocentiam deferendum esse S. Pontifex mandat. Tertium illud est, quia fauorabiliores sunt Rei, quàm Actores, l. Fauorabiliores, de reg. Iur. Quartum est, quia post publicatas attestationes, non licet Actori nouos testes producere super eisdem capitulis, vt in Authent. At qui semel, C. de Probat. & in Clement. 2. de Testibus. Ergo multò minus producere seipsum in testem licebit, quod fit, cùm iuramentum Actori defertur, & is iurat, videtur enim esse testis in causa propria, iuxta l. vlt. C. de Fideicommiss.

Qui verò Actori putant deferendū, illud fundamentum habent, quòd defertur tale iuramentum ex inopia B probationum, l. in bonæ fidei, C. de reb. cred. & Iureiur. Hoc autem sic interpretantur, cùm videlicèt Actor semiplenè probauit, ita vt magna sit præsumptio contra Reum, tunc Actori deferendum est iuramentum in supplementum ipsius probationis, quæ illi deest.

Tertiæ denique opinionis fundamentum est in c. vlt. §. Sanè, de iureiur. in illis verbis: *Nisi Index facti, & personarum circumstantijs consideratis, Actori deferendum esse putauerit.* Vnde S. Pont. indicare videtur, hanc rem ex arbitrio Iudicis pendere.

Ego hac in re sic statuo, Actori, qui semiplenè probauit, deferendum esse iuramētum in supplementum probationis, in causis pecuniarijs, si Reus nil probauerit, quo Actoris intentio excludatur, vel obscuretur; & in locis, in quibus sum versatus, ita semper obseruari, & ab alijs obseruatum vidi, & hoc summam habet æquitatem, & rationem, quia ex semiplena probatione, facilè Index inducitur ad opinandum, meliorem esse Actoris, quàm C Rei causam, cùm videt Reum nihil prorsus præstitisse, sed duntaxat Actoris intentionem negare. Absoluere Reum non potest, nec debet, quia est penè conuictus; eundem condemnare simpliciter non debet, quoniam Actoris intentio plenè probata non est. Quid ergo faciet? Ex probationis inopia iureiurando causam decidet, d. l. In bonæ fidei. At cui deferet Iusiurandum? Reone? Nequaquam, Primò, quia iam suspicatur ipse Iudex, ac penè certus est, eum mentiri, & Actorem vera dicere; Secundò, quia nulla est ratio, vt potius Reo iuranti in causa propria credat, quàm Actori, qui iam de suo Iure aliqua ex parte docuit, & pro quo maior est præsumptio, quàm pro Reo. Deferet ergo Actori potius. At contrà inquit Duarenus, Actore non probante, Reus absoluitur, l. Qui accusare, C. de edendo. Concedo; si nil probauerit Actor; At hic probauit, licet non plenè. Quare, si & iusiurandum eius accesserit, plena & sufficiens erit probatio, aut Duarenus cum legibus pugnet, quæ in D dubijs causis ex inopia probationum iureiurando rem decidendam esse statuunt. Sed inquit Duarenus, Reo potius deferendum est, ex d. l. Admonendi, quæ hoc probat, non autem vulgarem illam opinionem, iuramenti suppletorij, vbi Actor semiplenè probauit. Respondeo illam legem hanc vulgarem opinionem non probare, sed alias leges, nempe regulam generalem, d. l. In bonæ fidei, & tex. in d. cap. vlt. §. 1. de Iureiur. quatenus ibi Pontifex dicit: *Nisi Iudex Actori potius deferendum putauerit.* Si enim Actori deferendum aliquando est, hoc sanè in casu, quo semiplenè probauit, deferendum erit, sicuti communis sententia, & forensis vsus docent. Quod si pares hinc inde sint probationes, & reus aliquid præstiterit, quo causa dubia reddatur, non dubito, quin reo potius, quàm Actori deferendum sit, authoritate d. l. Admonendi, & d. cap. vlt. §. 1. de Iureiurando.

CAPVT XIX.

De iuramento delato à parte parti, in Iudicio, An recusari possit, si illud deferens nil probauerit.



Olent etiam litigatores, iusiurandum inuicem offerre in Iudicijs; Vnde controuertitur, si Actor nil probauerit, & Reo iusiurandum obtulerit, an is iurare compellatur, aut soluere, nisi iusiurandum referre maluerit. Affirmant Paul. Castr. in l. Iusiurandum & ad pecunias, §. Ait Prætor, ff. de Iureiur. Alex. & Ias. in l. Manifestæ. ff. eod. Duarenus in Comment. ad tit. de Iureiur. cap. 3. Negant verò Specul. Socin. & alij, quos commeB morat Mascard. de probat. vol. 2. Conclus. 957. num. 7. Ego affirmantem sententiam amplectendam censeo, multarum legum authoritate. Imprimis, ex l. Tutor, ff. de Iureiur. *Tutor Pupilli*, inquit Paulus, *omnibus probationibus deficientibus, iusiurandum deferens, audiendus est.* Secundò, ex l. vlt. C. de fideicommiss. vbi hæres iurare compellitur, si fideicommissum aliundè probari non possit. Tertiò, ex l. Generaliter, C. de rebus cred. & Iureiur. vbi dicitur, etiam in principio causæ (quo sanè tempore, nondum est probatum) iusiurandum offerri posse. Quartò, ex l. vlt. §. Licentia, C. de Iure deliberandi. Quintò, ex l. Manifestæ, ff. eodem tit. vbi non distinguitur, an Actor probauerit, nec ne, sed manifestæ turpitudinis & confessionis esse dicitur, nolle iurare, aut iuramentum referre. Nam is, cui iuramentum offertur, testis, & Iudex in propria causa constituitur, vt in l. vlt. C. de fideicommiss. Quare, si iurare recuset, confiteri videtur se malam causam habere. Postremò, ex l. Delata, C. de reC bus cred. & iureiur.

Primum argumentum contrariæ sententiæ; Actore non probante, Reus absoluitur, etsi nihil præstiterit, l. Qui accusare, C. de edendo, cap. vlt. de Iureiurando. Respondeo: Verum est in hoc sensu, quòd videlicèt, Reus nil probare tenetur: Veruntamen, si ei Iusiurandum offeratur, tenetur iurare.

Secundum argumentum; Si Actor plenè probauerit, non tenetur iurare, licet ei offeratur iuramentum à Reo, cap. 2. de probat. Ergo neque Reus iurare tenetur, vbi Actor nil probauit. Respondeo, hæc esse dissimilia, quia cùm Actor plenè probauit, iam de iure suo docuit, nec iuramento Indiget, quia causa est satis liquida, sed vbi nihil probauit, & is contendit sibi deberi, Reo id negante, res est dubia, vnde Iureiurando oblato decidenda est.

Postremum argumentum; Probationes non sunt sumendæ de domo Rei, l. Nimis graue, C. de testibus. Sed D hic sumuntur, si Reus cogatur iurare, ergo. Respondeo, non sumuntur probationes, sed Iudex & Testis efficitur in causa propria ipse Reus. Quod si recuset, in manifesta turpitudine & confessione versatur, præsertim, cùm possit illud referre, vnde de iniuria conqueri non potest, l. Iusiurandum, & ad pecunias, ff. de Iureiuran.

CA-

CAPVT XX.

De eodem iuramento. Vtrum, si Reo offeratur ab Actore, qui conatus est suam intentionem aliter probare, & non probauit, sit necessariò subeundum.

SEd & controuersi Iuris est: Actor probare conatus est suam intentionem, & non probauit, quamobrem iuramentum ei detulit. Vtrum is iurare teneatur, aut iusiurandum referre. Etenim affirmant, eum teneri, complures Doctores, quos secutus est Senatus Pedemont. decis. 97. apud Osascum, & nouissimè apud Ant. Thesaur. Decis. 93. Nec non alij, quos commemorat Maschard. de probat. vol. 2. Conclus. 957. n. 9. Cæterum negãt Ripa, ad l. Admonendi, n. 65. ff de Iureiur. Deci. in c. 2. de probat. Socin. sen. in cons. 184. lib. 2. Natta, in cons. 35. & alij à Maschardo citati, loco proximè annotato.

Sed mihi verissima vř prior sententia, primò: quia leges, quibus constitutum est, vt is, cui Iuramentum defertur ab Aduersario, illud subire cogatur, aut referre, Nempe l. Manifestæ, ff. de Iureiur. l. Delata, C. eod. tit. hæ inquam leges, nulla distinctione vtuntur, vtrum is, qui iuramentum offert, nixus fuerit probare, nec ne. Secundò, quia legis ratio æquè viget vtroque casu, quòd videlicèt manifestæ turpitudinis & confessionis sit, Vbi in causa propria, testis, & Iudex aliquis efficitur, oblato sibi Iureiurando, nec iurare velle, nec Iusiurandum alteri referre.

Nec me mouet, contrariæ sententiæ fundamentum, q̃d est positum in l. Si quis iusiurandum, C. de reb. cred. & Iureiu. Etenim, ille textus loquitur de eo, qui à principio Iusiurandum obtulit, deinde pęnitentia ductus, cùm speraret se probationes habiturum, illud reuocauit, tandem cùm se probationibus quoque destitutum animaduerteret, ad iuramentum iterum redire volebat, talis inconstantia & variatio nequaquam toleranda est, vnde meritò tale iuramentum recusari potest. De hac specie nos non loquimur, sed de eo, qui simpliciter conatus est probare, nec plusquàm semel variauit, imò, ne variauit quidem, cùm & ab initio fortassis animum habuerit iuramentum offerendi, si probationes deficerent. Sanè adseruntur alia nonnulla, sed leuiora argumenta, quòd videlicèt, Actore non probante, Reus absoluendus sit, & similia, quibus ex his, quæ dicta sunt in præcedenti capite, responsio patet.

CAPVT XXI.

Vtrum, si locus relationi iuramenti non sit, delationi tamen locus esse queat.

ALiquando accidit, vt iuramentum referri nõ possit, veluti cum is, qui illud offert, veritatis, ac rei gestę ignarus est, nam si is iusiurandum Aduersario offerat, Aduersarius verò illi referat, iustam habet recusandi causam; Vnde quæritur, An sicut relatum iusiurandum recusari potest hoc in casu. ita etiam & delatum. Hæc est celebris controuersia, de qua responderunt Aymo Crauetta, in cons. 203. & Marcus Antonius Natta, in cons. 35. Crauetta respondit, iuramentum delatum recusari non posse, licet referri non possit; Contrarium respondit Natta, si referri non possit, nec deferri posse. Posterioris huius sententiæ illud est argumentum, quòd leges de tali iuramento verba facientes, plerumque delationi, relationem coniungunt, vt nempè is, cui iuramentum defertur, illud referre possit, l. Iusiurandum, §. ait Prætor, ff. de Iureiuran. l. Manifesta, ff. eod. tit. l. Delata, C. eod. Et quod caput est, ait l. Iusiurandum, & ad pecunias, ff eod. tit. *In omni causa iusiurandum permitti, quia de iniuria conqueri non potestis, cui defertur, cum possit illud referre.* Igitur si illud refer-

A re non possit, vt in proposita quæstione, nec deferri posse videtur.

Sed mihi probabilior Crauettæ sententia videtur, quæ crebriori etiam Doctorum calculo probatur, vt patet ex Menoch de Arbit. Iud. Casu 189 & in Mascardo, de probat. vol. 2. Concl. 957. nu 16.

Probatur hęc sententia primùm, argumento sumpto ex l. Iusiurandum, 34. § Nõ semper, ff. de Iureiur. vbi habetur, iurandum esse ab eo, cui offertur iusiurandum, licet illud referri non possit ad illum modum quo delatũ est: *Non semper autem* inquit, *consonans est per omnia referri iusiurandum, quale defertur*, &c.

Secundò probatur, quia etiam hoc in casu viget ratio æquitatis, nempè, quod turpiter quis recuset testimoniũ ferre in causa propria, faterique videatur, se malam causam habere, cùm iurare non audeat.

Tertiò, quia non desunt alij casus, in quibus referri nõ potest iuramentum, & tamen deferri potest, vt in l Mar-

B cellus, §. 1. ff. de actione rerum amotar. & in cap. vlt. de Iureiur.

Ad Argumentum Nattæ respondeo, regulariter quidem esse coniunctam relationi delationem, sed tamen si contingat, vt relationi locus esse non possit, non ideo tamen negandum est, locum esse delationi. Non obstat illa ratio, quòd videlicèt conqueri non possit is, cui defertur, cùm possit illud referre, quia cum referri potest, sine dubio maior est æquitatis ratio, sed tamen etsi referri non possit, illa ratio non cessat, quod turpiter recusetur iusiurandum, cum in causa propria Iudex, & testis is, cui offertur, efficiatur. l. vlt. C de fideicommiss. l. 1. ff. Quarum rerum actio non datur.

CAPVT XXII.

Vtrum Iuramentum recusari possit, vbi periculum est, ne

C *periurium detegatur.*

VBi periculum est, ne periurium detegatur, puta, si quis testes produxit, deinde Aduersario iuramentum offerat, non desunt, qui existiment, iuramentum recusari posse. Ita decidit Senatus Pedemont. Decis. 11. Osaschi, & Decis. 93. Thesauri. Fundamentum est in Bartoli doctrina, qui id notat in l. Iusiurandum, quod ex conuentione, §. vltimo, numero 4. ff. de Iureiuran. Sed pace tantorum virorum, perquàm absurda mihi videtur hæc sententia, vnde magis assentior contrarium docentibus, videlicèt Crauettæ, in consilio 207. & Maschardo, de probat. volum. secundo. Conclus. 957. circa finem. Inprimis enim satis constat, leges hoc præcipere, vt quis non falsum, sed verum iuret: quamobrem, si verum iurauerit is, cui offertur iusiurandum, non est quod metuat, ne periurium detegatur. Nam si testium depositiones

D obijciantur, respondere poterit, posteaquam iuratum est, non aliud quærendum esse, An debeat, necne, l. Quinta, §. Dato, ff. de Iureiur. Si periurij arguamr ex testibus, respondere poterit, se quoque testes, & alias probationes producere potuisse, nisi placuisset causam iureiurãdo decidi. Deinde fieri vix potest, vt post exhibitas probationes, Iusiurandum quis offerat Aduersario, nisi probationibus ipsis magnoperè diffidat, ac timeat, ne Aduersarius ipse contrarijs testibus, & probationibus eum superet. Quare magis suspicari licet, eum, qui iusiurãdum offert, metuere, ne suorum testium detegatur falsitas, quàm eũ, cui offertur, de periurio solicitum esse, ne detegatur. Authoritas verò Bartholi nihilo plus suffragatur, quàm aliorum. Nulla sanè lex à contraria opinione facere potest; Ab hac verò nostra, generalis militat ratio legis, nimirum manifestæ turpitudinis esse, nolle aut iurare, aut iusiurandum referre: & eum, cui offertur Iusiurandum, aut iurare oportere, aut soluere, nisi referre maluerit, l. Manifestæ, ff. de Iureiuran. l. Delata. C. eod. tit.

CAPVT XXIII.

Vtrum à sententia Iudicis, Iureiurando causam decidentis, liceat appellare.

CErtum est eum, qui Iusiurandum detulit, appellare non posse, vt habetur in l. Generaliter, §. Sin autem, C. de reb. credit. & Iureiur. E contrario verò constat, eum appellare posse, cui iuramentum est delatum, si videlicèt illud præstare recusauerit, ac proinde ad soluendum condemnatus fuerit, ita enim est decisum in d. §. Sin autem. Cęterùm, an si is, cui iuramentum offertur, Aduersario suo illud referat, atque is iuret, & eius iuramentum Iudex secutus, ipsum, qui retulit, condemnet, vtrum is appellare possit à sententia Iudicis, non satis constat. Etenim, appellare eum posse, censuerunt Petrus & Cynus, in d. §. Sin autem, Imola, in c. vlt. nu. 4. Iureiur. & alij, quos refert & sequitur Osaschus. Decis. Pedemont 60. Horum fundamentum est in Regula generali, quæ dictat ab omni sententia permissam esse appellationem, l. Et in maioribus, C. de appellat. Nec obstat tex. in d §. Sin autem, quia negat appellandi licentiam ei, qui iuramentum detulit; Rectè, & summa ratione. Nam is spontè elegit hanc viam, vt Iureiurando causa definitetur: is verò, cui offertur iusiurandum, non sponte illud refert deferenti, sed necessitate quadam impulsus, ne videlicèt ipse iurare cogatur, aut soluere.

Cæterùm, contrariam sententiam veriorem esse non dubito, quam Salicetus in d. l. Generaliter, post Ioãnem & Azonem, est secutus. Probatur primò: quia eadem ratio est in referente, quæ in deferente, nam & ipse elegit hanc viam sponte, vt Aduersarij testimonio & iuramento causa decidatur, cùm liberum ipsi fuisset iurare, Iudexque & testis in propria causa esse, quamobrem de se queri, non de Iudice debet. Secundò, certum est, Iusiurandum hoc, speciem esse transactionis, & maiorem Authoritatem habere, quàm res iudicata. l. 2. ff. de Iureiur. Ergo appellare non licet, quemadmodum nec licet aduersus transactionem supplicare. l. Causas & lites. C. de Transactio. Tertiò, Iureiurando præstito, nil aliud quæri debet, nec sententia retractari prætextu periurij potest. l. 5. §. Dato. ff. eodem titulo. l. 1. C. de rebus credit. & Iureiuran. Frustrà ergo appellatur. Quartò, si Iureiurando causa sit inter partes transactione finita, illa retractari non potest, etiam sub prætextu instrumenti de nouo reperti. l. Admonendi in fin ff. de Iureiuran. Ergo nec appellatione interposita retractari poterit. Legatarium iurantem excipio, quando scilicet ex testamento constat, legatum non esse relictum, tunc enim detecto periurio, sententia retractatur & repeti potest, quod solutum est. l. vlt. C. de rebus credit. & Iureiur. Ratio est, quia tale iuramentum, vt dictum est, speciem transactionis continet. De his autem, quæ ex testamento pendent, non aliter transactio valet, quàm inspectis & cognitis verbis testamenti. l. De his. ff. de transactio. Ad argumentum in contrarium, patet responsio ex præmissis, quia vt dictum est, eadem ferè ratio est in referente, quę in deferente.

CAPVT XXIIII.

Vtrum Procurator in causis criminalibus ad defendendum admittatur.

ALexander Imperator in l. 3. C de Accusationibus, scribit in hæc verba: *Reos capitalium criminum absentes, etiam per Procuratorem defendi, legibus publicorum Iudiciorum permittitur.* Sed contrarium docet Iurisconsultus in l. penultima. §. Ad crimen. ff. de public. Iudic. A *Ad crimen*, inquit, *Iudicij publici persequendum, frustrà Procurator interuenerit, multoq; magis ad defendendum*, & in l. 1. ff. An per alium causæ appellationis reddi possint. *Sin autem*, inquit, *non sit pecuniaria causa, sed capitalis, per Procuratorem agi non licet*, & in l. Miles qui. §. Ea quæ. ff. Ad l. Iul. de Adulterio. *Ea, quæ inter reas adulterij recepta est, absens defendi non potest.* Prima est solutio Accursij, reos defendi posse per Procuratores, quantum ad hoc, vt eorum absentiam excusare Procuratores possint, non autem quantum ad hoc, vt innocentiam defendere possint. Eiusdem sententiæ videri potest Iacobus Cuiacius libro quinto sententiarum Pauli, titulo 16. Dum ait in textu. l. Seruum quoque. §. Publicè. ff. de Procurator. legendũ esse: *Absentiam excusantem*, non autẽ, *Innocentiam excusantem*. Neque enim innocentia excusatione eget, & ad absentiam tantum excusandam Procurator admittitur, non ad innocentiam ostendendam.

Sed huic expositioni obstat, quod ipsemet Cuiacius B adfert, lib. 20. Obseru. cap. 20. *Quod ait*, inquit, *l. 3. C. de Accusatio. Reos capitalium criminum absentes, etiam per Procuratorem defendi, leges permittere publicorum Iudiciorum, vulgò accipiant de absentia reorum tantum, vt possint redditis iustis causis defendi & excusari, non etiam integra causa agi: quæ interpretatio coacta nimis est, & improbabilis. Nec enim, si de absentia tantum excusanda sensisset, absolutè dixisset, defendi, quo verbo significatur plena defensio.* Sic ille.

Secunda est solutio Bartoli, in d l. Seruum quoque. §. Publicè. Procuratorem admittendum esse ad innocentiam rei absentis ostendendam, sed nõ ad totam causam peragendam. Eandem sententiã probat Castrensis ibid. Nec non Menoch. de Arbitr. Iud. quæst. 80. nu 93.

Sed obstat huic interpretationi, quod tex. in d. §. Ad crimen dicit, *frustrà Procuratorem interuenire, multò magis ad defendendum*, & idem dicit tex. in d. l. Miles qui. §. Ea quæ. Defenditur autem is, cuius innocentia demon- C stratur.

Tertia est solutio Brissonij lib. singul. de Adulter. in verbo: Ne quis inter reos, circa finem: *Ad crimen publici Iudicij persequendum*, inquit, *frustrà Procuratorem interuenire, multoq; magis ad defendendum, Ciuilis constitutio est. Cui tamen refragari Alexandri rescriptum creditur, quod ita est, &c. Sed non omnia*, inquit, *capitalia crimina Iudicij publici sunt. Igitur in priuatorum criminum causis defensor rectè interuenit, in publicis Iudiciorum criminibus, non rectè interuenit.*

Verùm obstat huic sententiæ tex. in dicta lege, Seruum quoque. §. Publicè, vbi dicitur, in capitalibus Iudicijs Procuratorem admitti ad defendendum reum, vbicunque absens damnari potest. Sed in publicis Iudicijs capitalibus. Reus absens damnari potest, sicuti explicat Cuiaci. lib. 20. Obseru. cap. 20. Ergo & in his publicis criminibus defendi poterit. Obstat secundò, quòd Imperator Alexander in d. l. 3. dicit, leges Iudiciorum publi- D corum permittere, vt reus per procuratorẽ defendi possit. Si enim leges publicorum Iudiciorum id permittunt, sequitur dicendum, & in publicis criminibus id permittere.

Ego existimarem has leges sic conciliari posse, vt, quòd attinet ad dictã legẽ tertiam. C. de Accusatio. & ad l. Seruum quoque. §. publicè. ff. de Procuratoribus accipiendæ sint illæ de reis absentibus, vt videlicet in causis capitalibus per Procuratorem defendi possint, vbicunque damnari possunt. Quòd verò attinet ad tex. in lege penultima. §. Ad crimen. ille intelligendus sit de Reo non absente, sed præsente, neque enim textus mentionem facit rei absentis, sed duntaxat dicit, frustrà Procuratorem interuenire ad defendendum, quod ego sic intelligo, scilicet ad defendendum eum, qui præsens est. Nã Reus præsens auditorio adesse debet, nõ autẽ Procuratorẽ mittere, ac ipse se subtrahere, vt in l. 1. ff. an p aliũ causæ appella. reddi possint, ibi: *Sed etsi ea causa sit, &c.*

Vnde

Vnde ſtatim ſubdit Iuriſconſultus, ſed excuſationes abſentium ex Senatuſconſulto, iudicibus allegantur, & ſi iuſtam rationem habent, ſententia differtur. Nihil ergo aliud vult ille textus, niſi cauſas publicorum criminum agitari non poſſe per Procuratores, ſiue agant, ſiue defendant, id, quod etiam docet Iuriſconſultus in d.l.1.ff. An per alium cauſæ appellationis reddi poſſint. Vtrum autem in ſpecie reus abſens defendi poſſit per Procuratorem, non decidit ibi Iuriſconſultus, ſed hoc deciditur ab Alexandro Imperatore in d.l. 3. & à Iuriſconſulto, in d. §. publicè. quamobrem dictæ leges non ſunt contrariæ, ſed vna ponit regulam, altera exceptionem. Regula eſt iſta. Cauſæ publicorum criminum per Procuratorem agi non poſſunt, ſiue agant, ſiue defendant reum. Exceptio verò hæc. Reus tamen abſens per Procuratorem defendi poteſt, quoties damnari poteſt; quia publicè vtile eſt, abſentes à quibuſcunque defendi, vt in d. §. Publicè.

Quod verò attinet ad tex. in l. Miles qui. §. Ea quæ. ff. de Adulterijs. Illa eſt præclara & vera ſolutio, quam adfert Cuiacius libro 20. obſeru. cap. 20. Quòd videlicet, in capitalibus criminibus reus abſens defendi poſſit, vt in d.l.3. C. de Accuſatio. Sed crimen adulterij non erat eo tempore capitale, ſicuti optimè probat idem Cuiacius ad l.8. ff. de Tranſactio. & libro 20. Obſeru. capite 28. & libro 21. capite 27. nec non Briſſonius libro ſingul. de Adult. capite 2. & ſatis patet ex l. Si quis viduam. ff. de quæſtio.

Cæterùm Hermannus Vulteius Scholaſt. diſceptatio. lib. ſingul. cap. 11. perpendit cõtra ſolutionem iſtam textum in d.l. Seruum quoque. §. Publicè. Primò, dum inquit: *Nam & in capitalibus Iudicijs defenſio datur, &c.* Ergo inquit etiam in Iudicijs nõ capitalibus danda erit, quia illa dictio, *Et*, videtur ampliare & extendere. Secundò, dum inquit tex. *Vbicunque itaque abſens quis damnari poteſt, ibi quemuis verba pro eo facientem, & innocentiam excuſantem, audiri æquum eſt.*

Reſpondeo, ex illa dictione (*Et*) non rectè deduci illam conſequentiam, quia hæc eſt ſententia Iuriſconſulti. Publicè vtile eſſe abſentes defendi. Probatur hæc ſententia à Iuriſconſulto. Nam & in capitalibus Iudicijs inquit defenſio datur.

Quòd autem in Iudicijs non capitalibus defenſio detur, nõ infertur ex illis verbis. Quòd verò ſubdit textus: *Vbicunque ergo abſens damnari poteſt, &c.* Non ita generaliter accipiendum eſt, ſed de Iudicijs capitalibus tantum, de quibus ibi eſt ſermo. Reos enim capitalium criminum abſentes per Procuratorem defendi legibus publicorum Iudiciorum eſt permiſſum. Reos autem criminum non capitalium defendi poſſe, nulla lege demonſtrari poteſt, & contrarium indicat tex. in d.l. Miles qui. §. Ea quæ. ff. de Adulterijs.

CAPVT XXV.

Vtrum Abſens defendi per Procuratorem poſſit in criminibus publicis, quibus pecuniaria pœna eſt conſtituta.

IN criminibus publicis, quibus pecuniaria pęna eſt impoſita, defendi abſentem reum per Procuratorem non poſſe, cenſuit Angel. in leg. penult. §. Ad crimen. ff. de publicis Iudicijs. & eum ſecutus Menoch. de Arbitr. Iud. quæſt. 80. num. 5. Fundamentum eſt in d. §. Ad crimen, vbi generaliter eſt conſtitutum in publicis criminibus, fruſtrà Procuratorem interuenire, & multò magis ad defendendum. Sed iſtis ego non aſſentior, quin potius contrariam ſententiam amplector, quam ſecutus eſt Marian. Socin. in c. Veniens. num. 48. de Accuſatio. Moueor imprimis authoritate l.1. ff. An per alium cauſæ appella-

A tionis reddi poſſint, in illis verbis: *Planè ſi pecuniaria cauſa eſt, ex qua ignominia ſequitur, poteſt & per Procuratorem hoc agi.* Secundò moueor ex eo, quod habetur in l. Tunc conuenit. C. de Accuſation. ibi: *Licet in pecuniarijs cauſis per Procuratores litem ſuſtineant.* & l.3. C. vbi Senatores, vel Clariſſimi ibi: *Crimen quidem publicum, priuatumve, cui tamen non per Procuratorem reſpondere liceat.* His enim verbis innuit textus, aliqua eſſe publica crimina, in quibus Procurator interuenire poteſt. Poſtremò moueor ea ratione, quòd vbi pęna eſt duntaxat pecuniaria, ceſſat cauſa, propter quam per Procuratorem agi non poteſt, ſed ipſe reus præſens auditorio adeſſe debet. Nã illa eſt cauſa, quia vbi agitur de pœna capitis, vel alia corporali, ſententia Iudicis reddi poſſet eluſoria, nec executioni mandari poſſet: In Procuratorem enim non eſſet eſſecutioni mãdanda, quoniam ipſe non deliquit, contra Reum autem abſentem, non facilè executioni mandaretur, quoniam in Iudicis poteſtate non eſſet.

B Reſpondent contrariæ ſententiæ Authores, argumenta iſta locum ſibi vendicare in criminibus priuatis, non autem in publicis, in quibus ſpecialiter eſt conſtitutum, vt Procurator non interueniat. Sed, vt mihi videtur; tex. in d. §. Ad crimen, quod vnicum eſt contrariæ ſententiæ firmamentum, recipere hanc potius interpretationem debet, vt non procedat, vbi pœna eſt pecuniaria, quia in pœnis pecuniarijs Procuratorem admittendum eſſe conſtat, quàm è diuerſo leges, quibus probatur, in pecuniarijs pœnis cauſas agi poſſe per Procuratorem, interpretari debeant, vt non procedant in publicis criminibus. Eſt enim magis cõgruum, vt locus clarus declaret ac interpretetur obſcurum, quàm contrà.

CAPVT XXVI.

C *Quid ſtatuendum ſit in criminibus, quibus pœna relegationis eſt conſtituta.*

CÆterum in criminibus, quibus pœna relegationis irrogatur, Procuratorem admitti poſſe, ad reum abſentem defendendum cenſuerunt Marian. Socin. in c. Veniens. colum. 21. verſ. Decimò, quæro de Accuſatio. & alij, de quibus per Clarum. in §. fin. quæſtio. 32. verſ. Hinc eſt. & per Menoch. de Arbitr. Iud. quæſtio. 80. numero 86. Horum argumenta hæc ſunt. Primum, quia vbi pœna corporalis non eſt impoſita, ſecundùm communem Doctorum ſententiam, Procurator eſt admittendus, quaſi ceſſare videatur illa ratio, quæ prohibet Procuratorem admitti. Sed pœna relegationis non eſt corporalis, vt patet. Igitur, &c. Secundum, Vbicunque abſens damnari poteſt, defendi etiam per Procuratorem poteſt. l. Seruum quoque. §. Publicè. ff. de Procuratoribus. Sed abſens damnari pœna relegationis poteſt. l. Abſentem. ff. de pœnis.
D Ergo & per Procuratorem defendi poterit. Tertium argumentum ſumitur ex l. 1. ff. An per alium cauſæ appellatio. reddi poſſint, in illis verbis: *Sed etſi ea cauſa ſit, ex qua ſequi ſolet pœna vſque ad relegationem, non oportet per alium cauſas agi, ſed ipſum adeſſe auditorio debere, ſciendum eſt.* Illa dictio (*vſque*) ſtat excluſiuè, ita vt ſenſus ſit. In omnibus pęnalibus Iudicijs Procuratorem reijci, excepto Iudicio, pro quo ſola indicitur relegationis pęna. Quod ſi illa dictio ſtaret incluſiuè, pęna relegationis enumeraretur inter pęnas capitales, atque ita æquipararetur pęnæ damnationis in metallum, quod falſum eſt.

Sed horum ſententiæ ego non aſſentior, quin potius contrariam amplector, in qua fuerunt Vltramontani Doctores, quos refert, & ſequitur Rubeus Alexandrinus. in l. penult. §. Ad crimen. numero 127. ff. de publ. Iud. & Robertus Aurelianus lib. 2. ſententiar. Iur. cap. 3. Moueor in primis authoritate. l. vlt. C. de Iniurijs. vbi

ſpecialiter

specialiter est constitutum, fauore personarum illustriũ, A vt in causa iniuriarum criminaliter mota, defendi per Procuratorem possint, quo quidem in casu pęna est relegationis constituta, iuxta l.vlt.ff.eod.tit.ex hoc enim infertur, alios qui non sunt illustres, defendi non posse in tali causa.

Secundò moueor authoritate l. Miles qui. §. Ea quæ. ff. Ad legem Iuliam de Adult. vbi patet, in crimine Adulterij, reum absentem defendi non posse per Procuratorem, & tamen constat eo tempore, Adulterij pęnam plerunque relegationis fuisse, sicuti declarat Cuiac. lib.20. obseru.cap.26.& lib 28.cap.27.nec non Brissonius libro singul.de Adult.cap.2.

Tertiò moueor authoritate.l. 1.ff. An per alium causæ appellationis reddi possint. in illis verbis: *Sed etsi ea causa sit, &c.* Neque enim video, quomodo illa dictio, *Vsque*, stare possit exclusiuè, & non potius includat ipsam relegationem. Nam si relegationem non includeret, sequeretur Iurisconsultum istud velle, vt si pœna sit minor relegatione, B Procurator non admittatur; si verò imponatur pœna ipsa relegationis, velle vt admittatur, quòd certè absurdum esse videtur. Nec ex hac interpretatione sequitur, relegationis pœnam censeri capitalem, nam cùm Iurisconsultus dixisset, causas capitales agi non posse per Procuratorem: ne quis existimaret causas non capitales, quibus tamen, non pecuniaria pœna est constituta, sed relegationis, agi posse per Procuratorem, statim subdit; *Sed etsi ea causa sit, ex qua sequi solet pœna vsque ad relegationem, non oportet per alium causas agi*, postea de pecuniaria causa agens, per Procuratorem agi posse respòndit. Hic videtur mihi verus & germanus sensus dictæ legis.

Ad argumenta in contrarium, respódeo. Ad primum. Nego communem illam sententiam locum habere posse in pœna relegationis; sed locum habet duntaxat in pœnis pecuniarijs.

C Ad secundum respondeo, tex. in d. §. Publicè. accipiendum esse de causis capitalibus, sicuti dictum est in capite 24.

Ad tertium respondeo dicta l. prima, secundùm veram interpretationem, huic nostræ sententiæ, maximè fauere.

CAPVT XXVII.

Vtrum confessus se hominem occidisse ad sui defensionem, pœna homicidij condemnandus sit.

TRactant hanc quæstionem Panorm. in cap. Audiuis.de præscript.circa fi. Decius in cap. Cum venerabilis.nu.20.de exceptio. Socin. sen.in l.Non vtique.ff.de excep.Ant. Gabr. commu.concl.titu. de Maleficijs. concl.19. num.7.& Franciscus Sarmient.lib. 1. Selectar.interpret. D cap.1.nu.11.Et in summa, si probari non possit ea qualitas defensionis necessariȩ, sunt qui dicunt, confessum, esse capite plectendum, aliqui verò in mitiorem pœnam prócliuiores sunt.

Huius posterioris, atque benignioris sententiæ fundamentum stat in eo, quòd capitalis sententia, in quenquam ferri non potest, qui non sit plenè conuictus, vel confessus, ita enim Constantinus statuit, in l.Qui sententiam. C.de pœnis. Sed hic non videtur plenè confessus homicidium, quia non purè & simpliciter confessus est: sed ea adiecta qualitate, quòd nimirum illud ad sui necessariam defensionem commiserit.

Prioris autem sententiæ seuerioris illud est argumentum, quòd homicidium, vtpote grauissimum crimen præsumitur esse dolo commissum: ac proinde, qui allegat ad sui excusationem, casu, & non animo occidendi illud perpetrasse, probaret debet istud ipsum, quod est fundamentum suæ excusationis ac defensionis, vt in l.1.C. Ad legem Corneliam de Sica. ibi: *Qui probauerit non occidendi animo, hominem à se percussum esse, remissa homicidij pœna, &c.*& in c 1.præsumptio. *Sicut noxius est*, inquit, *qui mittit lanceas & sagittas in mortem, ita vir, qui fraudulenter nocet amico suo, & cùm fuerit deprehensus, dicit, ludens feci.* Idem probat tex.in l. Si non conuicij.C.de iniurijs.

Opinor ipse, vnà cum Alberico, & quibusdam alijs antiquis, quos in loco annotato commemorat Sarmientus, hanc quæstionem ex facti & personarum circumstantijs definiendam esse. Nam si is, qui hominem occidit, fuerit vir probus, non rixarum amans, sed qui cósueuerit honestè viuere, & alterum non lædere, occisus verò contrà, rixosus sit, nec vitæ admodum laudabilis, hoc in casu, nunquam in capitis pœnam consentire possem. Cæterùm, si occidens contrà, esset vir malus, vitijs & malis artibus deditus, pœnæ capitali eum facilè adiudicarem. Si coniecturæ omnes cessarent, atque in obscuro res esset, nec vlla ex parte aliquod eluceret argumentũ necessariæ defensionis, priorem sententiam, licet magis seueram, amplectendam putarem, Authoritate earum legum, quæ sunt allatæ. Nam si sola excusatio & allegatio necessariæ defensionis, absque vlla probatione sufficeret ad capitis pœnam euadendam, multi eam euaderent, non absque magno Reipub. detrimento. Pauci eñ sunt homicidæ ac sicarij, qui non aliquam prætexant excusationem suis facinoribus. Quare hominum malitijs ac sceleribus via obstruenda potiùs, quam aperienda est.

CAPVT XXVIII.

Quid si non constet de corpore delicti, vt vocant, an confessus condemnandus sit?

ET si non constet maleficium perpetratum esse, siue, vt Doctores nostri loquuntur, de corpore delicti non constet, confitentem nihilominus condemnandum esse respondit Alex.in cons.19.lib.7. & Ruin. in cons. 80.lib.4.quorum illud est argumentum, quòd leges non adhibita illa distinctione, an constet, vel non de corpore delicti, confitentem esse condemnandum, statuunt, vt in l. Qui sententiam.C. de pœnis. in l.Seruos. C. Ad legem Iul.de vi. in l.Si quis in hoc genus.C.de Episcop. & Cleri. in l.Inter pœnas.ff. de Interdict. & Relegatis. Huc accedat, quòd si hoc priùs constare oporteret, sæpe accideret, vt delicta remanerent impunita, quòd non semper delicti vestigium remanere potest. Denique in l.Inde Neratius.§.vlt.ff. Ad legem Aquiliam. Ait Iurisconsultus: *Non esse damnandum eum, qui dicitur hominem occidisse, si paratus sit docere eum viuere*, vnde à contrario sensu, damnandus erit, si id non probauerit, & sic necesse non est probare delictum ipsum fuisse commissum, sed qui confitetur est puniendus, nisi probet cótrarium, hoc est, non fuisse commissum.

Sed contraria sententia mihi magis probatur, quæ cõmunis est, vt patet ex Claro, in §.fin. q.55.vers. Potest etiam, & in Mynsingero obseru.18.cent.3.

Probatur hæc sententia primùm, ex l.1.§.Diuus.ff.de quæst. ibi: *Confessiones reorum pro exploratis facinoribus haberi non oportere, si nulla probatio religionem cognoscentis instruat.* Secundò, ex l.1.§.Item illud.ff.Ad Syllanianum, ibi: *Nisi constet aliquem esse occisum, non haberi de familia quæstionem. Liquere igitur debet, scelere interemptum, vt Senatusconsulto locus sit.* Tertiò, ex l.Inde Neratius.§.vlt.ff. Ad legem Aquiliam, ibi: *Cæterùm occisum esse hominẽ à quocunque oportet.* Quartò, ex l.4 ff.de Confessis. ibi: *Si tamen occisus sit homo, ex confessione sua tenetur.*

Ad primum argumentum respondeo, leges, quæ simpliciter dicunt, ex confessione quempiam esse damnandum,

nandum, interpretandas esse ex alijs legibus, quibus dicitur, necesse esse, vt constet, hominem scelere interemptum esse, & sic delictum fuisse admissum.

Ad secundum respondeo, sententiam communem locum nõ habere in his criminibus, quę post se vestigium non relinquunt, in quibus casibus, fama publica, querela partis offensæ, & quæuis alia coniectura sufficit, vt dicatur constare de corpore delicti.

Ad tertium respondeo, sumi non posse illud argumentum à contrario sensu, quia verba sequentia textus retragantur, dum dicit: *Cæterùm occisum esse hominem à quocunque oportet.*

CAPVT XXIX.

Vtrum ex præsumptionibus aliquis damnari possit in iudicijs criminalibus.



B Trum ex argumentis & præsumptionibus Reus, qui neque cõfessus, neque conuictus est damnari possit, & quid de eo sit statuendum, non est eadem omnium sententia. Nam sunt qui putant, eum esse damnandũ, non tamen ordinaria delicti pœna; Nec desunt, qui absoluendum putant: sunt & qui pœna ordinaria afficiendum esse docent {Vide Franciscum Sarmientum libro 1. selectar. Interpret. cap. 1 & Menoch. de præsumpt. lib. 1. quæst. 79. nu. 19. & seq.

Fundamentum prioris sententiæ positum est in nonnullis Iuris Canonici locis, quibus probatur, propter præsumptiones, ac suspiciones Reum esse puniẽdum aliqua leuiori pœna, vt in c. Accedẽs de Accusation in c. Significasti. de Adulterijs. in c. Literas. §. pen. & in c. Afferte. de præsumpt. in c. De hoc. de Simonia, & in c. Contumacia. de hæreticis, lib. 6.

Eorum autem qui absoluendum existimant, fundamẽtum est in l. Qui sententiam. C. de pœnis. in l. vlt. C. de C probatio. & in l. Absentem. ff. de pœnis. Qui verò pœna ordinaria Reum afficiendum docent, tribus potissimum Iuris ciuilis legibus adducuntur, ex quibus probatur, ex præsumptionibus reum esse damnandum, non aliter ac si de ipso crimine plenè cõstaret. l. Si qui adulterij. C. Ad legem Iuliam de Adulterijs. l. 1. C. Ad legem Corneliam de sicarijs. l. Si non conuitij. C. de Iniurijs. Ego in ea sum sententia, vt ex indicijs & argumentis non condemnari reus aliqua pœna, sed torqueri debeat. Quod si conditio personæ vel causæ id non patiatur, eum absoluẽdum esse non dubito. Moueor authoritate l. Milites. §. Oportet. C. de quæstionibus. *Oportet*, inquit text *Iudices nec in ijs criminibus, quæ publicorum Iudiciorum sunt, ad inuestigationem veritatis, à tormentis initium sumere, sed argumentis primum verisimilibus, probabilibusq;, vt etsi ijs, velut certis indicijs ducti inuestiganda veritatis gratia ad tormenta putauerint esse veniendum, tunc id demum facere debebunt, si personarum conditio patietur*. D Secundò moueor authoritate l. Vnius. §. Reus. ff. eod. vbi Paulus: *Reus*, inquit, *euidentioribus argumentis oppressus, repeti in quæstionem potest, &c.* Non dicit condemnari debet, sed iterum torqueri, si in tormenta animus, corpusque durauerit. Tertiò moueor ex l. Absentem. ff. de pœnis, vbi expressum est, neminem ex suspicionibus damnandum esse.

Ad argumentum contrariæ sententiæ, quæ extraordinaria pœna coercendum docet, respondeo, Canones ad id probandum allegatos, de personis Ecclesiasticis accipiendos esse, quæ si infamia laborauerint, purgare se debent, aut certè suspendi ab officio, siue aliter puniri, ne videlicet, qui sacra Dei administrant, occasionem vllam scandali cæteris pariant. Igitur, in consequentiam dicti Canones trahendi non videntur ita generaliter ad omnes casus, præsertim cùm in causis & personis laicis, quibus est iam disputatio præcipua, Iure ciuili sit constitu-

A tum, quæstionibus reum esse subijciendum.

Ad argumentum verò sequioris opinionis, quæ videlicet pœnam ordinariam hoc in casu indicit, respondeo, Tres leges inductas, ad id probandum sufficientes non esse. Nam quòd attinet ad l. Si qui Adulterij. ibi ita specialiter constitutum est in odium eorum, qui cognationis velamento, celare adulterium studuerunt. Vnde ad alios omnes casus generaliter id producendum non videtur. Quòd verò attinet ad alias duas leges, illæ non probant ex præsumptionibus, quenquam esse damnandum, sed istud volunt, vbi constat crimen esse commissum, reum esse condemnandum, nisi ipse probauerit, quæ ad sui defensionem allegat, veluti se casu occidisse, vel iniuriandi animum non habuisse.

CAPVT XXX.

Cùm quis allegat se occidisse ad sui defensionem, quomodo B *id probare debeat.*



Vm quis allegat, se ad sui defensionem hominem occidisse, nonnulla esse videtur cõtrouersia, quomodo testibus id probare possit. Nam sunt qui hoc exigunt, vt testes dicant, ad necessariam defensionem, hominẽ fuisse occisum. Et sunt, qui arbitrentur sufficere, si simpliciter testes dixerint, quempiam occidisse ad sui defensionem. Prioris sententiæ Authores sunt Bald. in l. 1. C. de Confess. col. 13. vers. Item tu Assessor. Roman. singul. 28. Felyn. in c. Significasti, col. 5. de Homicidio. Vasquius controuers. illustr. cap. 18. nu. 6. Andr. Geyll. de pace publica lib. 1. cap. 16. nu. 3. & 4. Posterioris autem sententiæ Authores sunt Bart. in cons. 110. Quidam Masiolus. Ias. ad l. Vt vim. nu. 3. & ibid. Deci. nume. 17. ff. de Inst. & Iur. & alij quos refert & sequitur Clarus in §. Homicidium. vers. Sed quomodo probatur.

C Prioris sententiæ argumenta sunt ista. Primum ex l. Scientiam. §. Qui cum aliter. ff. Ad l. Aquiliam. *Qui cum aliter*, inquit, *tueri se non possunt, damni culpam dederunt, innoxij sunt*. Secundum est ex l. 2. C. Ad l. Corneliam de sicarijs, ibi: *In dubio vitæ discrimine constitutus, &c.* Tertium ex Clement 1 de Homicidio, ibi: *Qui mortem aliter vitare non valens, suum occidit, vel mutilat inuasorem.* Quartum est ex c. 1. §. Si quis hominem. de Pace tenenda, ibi: *Si autem omnibus manifestum sit, quòd non necessariò, sed voluntariè illum occiderit, &c.*

Posterioris autem sententiæ argumentum est ex l. Vt vim. ff. de Iust. & Iur. ac similibus legibus, quibus dicitur, quòd quisque ob tutelam sui corporis fecerit, iure fecisse existimari, nec adiungitur illa qualitas necessariæ defensionis.

Mihi tantorum virorum pace, videtur hæc quæstio potius esse de nomine, quàm de re ipsa. Nam qui statuunt exprimendam esse qualitatem necessariæ defensionis, re- D ctè & sapienter dicunt, ac statuunt. Etenim si quis se defendere possit, ac liberare ab omni vi illata, & nihilominus aggressorem occidere voluerit, non mihi videtur ad defensionem, vt loquuntur, sed ad vindictam hominem occidisse, ac moderamen inculpatæ tutelæ planè excessisse. Quare facilè adducor ad opinandum, idem & eos velle ac sentire, qui simpliciter loquuntur de defensione, nec addunt qualitatem illam necessitatis. Quòd si secus sentiant, homicidiumque impunitum esse velint ab eo, qui se id fecisse pro sui defensione allegat, eo in casu, quo se defendere potest, licet inuasorem non offendat, tunc priori sententiæ magis accedo, posteriori repudiata. Neque enim dubito, quin ea sit Iurisconsultorum, ac legum intentio, vt tum demum excusetur is, qui occidit inuasorem, cùm id fecit ob tutelam sui corporis, cùm scilicet in dubio vitæ discrimine constitutus, aliter euadere non posset.

CAPVT

A

CAPVT XXXI.

Vtrum pro defensione rerum liceat inuasorem occidere.

PRo defensione rerum hominem occidere licere, scriptum reliquerunt Accursius in l. Vt vim, in verbo *Nam iure*.ff.de iust.& iure. Bart.ibidem nume.6.Iason.nu.23.& alij communiter, teste Decio.nu 31.

Primum argumẽtum est ex l.1. C.vnde vi.ibi: *Ad defendendum possessionem, illatam vim propulsare licet*. Secũdum ex l.3.§.Eum igitur.ff.de vi & vi arm.vbi, *is, qui armis venit, potest armis quoque repelli*, & loquitur de vi illata rebus. Tertium ex l.1.C.quando liceat sine iudice se vind. quatenus ibi textus permittit depopulatores agrorum & latrones occidi.

Quartum, ex l 4.ff.ad l.Aquil.vbi ex LL.duodecim tabularum furem nocturnum deprehensum occidere permittit. B

Cæterùm non licere pro rerum defensione aliquem occidere, docẽt Io.de Anania in c.2.de homicid.& Garzias Hispanus ad d. l. Vt vim. ff. de iust. & Iure. Quibus suffragari videtur, l.Si ex plagis. §.1.ff. ad l. Aquil.in illis verbis: *Sed si ab eo non prior vapulasset: sed cùm & lucernam eripere vellet, rixatus esset, tabernarij culpa factum videri*. Neque leges pro contraria sententia allegatæ probant, pro sola rerum defensione, licere hominem occidere, sed pro personæ defensione. ita ipsi respondent.

Tertia est sententia Felyni in c.2.nume.4. vers. sed in quantum omnes concludunt, de homicid.quem sequitur Carer.de homicidio §.6.nu.20.iure canonico non licere pro sola rerum defensione quenquam interficere, quicquid iure ciuili constitutum sit.

Huic sententiæ suffragatur primò tex.in c.2.de homicidio, ibi: *Te tuaq; defendendo*, & sic defensio rei & personæ simul coniungitur. Secundò, tex.in c.Si perfodiens. C eod.tit.vbi fur occidi non potest, cum discernitur eum ad furandum, & non ad occidendum venisse. Tertiò, textus in c.Suscepimus. eod. tit.ibi: *Verùm quoniam expediebat potius post tunicam relinquere pallium, & rerum sustinere iacturam, quàm pro conseruandis vilibus rebus & transitorijs tam acriter in alios exardescere, &c.*

Postrema est sententia, licere hominem occidere pro defensione rerum, quando aliter defendi non possunt sine vitæ periculo. Ita Decius in d.l. vt vim num. 31. ff.de iust.& iu. Couuar. in Clem. Si furiosus, in 3.par.§.Vnico, sub nu.6.vers.Secundo proponitur.de homicidio.& hæc sententia videtur mihi verissima, arbitrorque ferè omnes doctores idem sensisse, licet verbis ab ea discrepare videantur.

Probatur primò ex l.Furem.ff.ad l.Cor.de sicar.vbi Iurisconsult.ait: *Furem nocturnum ita demum impunè occidi posse, si occisor parcere illi, sine suo periculo non potuit.*

D Secundò ex l Si vt allegas. C. eod. tit.ibi: *Latrocinantem qui inferenda cadis voluntate praecesserat, iure casum videri*. Tertiò ex l.1.C.vnde vi, quatenus Imper.requirit moderamen inculpatæ tutelæ; Tunc enim res defendit quis, tali moderamine adhibito, cùm aliter eas tueri absque periculo non potest.

Quartò ex c.2.de Homicid.ibi. *te tuaq; liberando, &c.* Postremò probatur ex cap.3.eod.tit. & ex c. Dilecto, de sent.excom.lib.6.

Huic sententiæ non obstat tex. in contrariam citatus in l. Si ex plagis.§.1. ff. ad l. Aquil. Quia ibi agebatur de defendenda lucerna, quæ res est vilis & modica, de qua non est hæc sententia accipienda.

Ad tex.in c.suscepimus, de homicid. respõderi potest, in ea specie non fuisse adhibitum moderamen inculpatæ tutelæ, Nam fures ligari fuere, & metu, ne soluerentur, occisi, quod propterea summus Pontifex ait, fuisse contra mansuetudinem ecclesiasticam.

CAPVT XXXII.

Qua sit afficiendus pœna is, qui aggressorem occidit, non seruato moderamine inculpatæ tutelæ.

EVm qui aggressorem occidit, nõ seruato moderamine inculpatæ tutelæ, pœna ordinaria homicidij afficiendum censuerunt Sali. ad l.Gracchus, col.pen. C.de adult. Bald.in l. 1. C.de Emend. seru. Deci. in d.l.Vt vim, nu. 18.ff.de iust.& iure, cùm scilicet animus occidendi appareret in eo, qui moderamen excessit.

His adstipulantur primùm regula generalis textus in l. 1 §. Diuus.ff. de sicarijs, nempe eum qui occidendi animum habuerit, tanquam occisorem puniendum, vt & in ijs qui cum telo C. eod.tit.Secundò, quia seruum occidẽs dolo malo, reus est homicidij, licet eum punire leuiter possit, & sic excessus punitur ordinaria pœna. l.1. C.de Emenda.seruo.Et idem in magistro discipulum occidente statutum est.l.sed & si quemcunque. §.Si magister.ff. ad l.Aquil.

Sed contraria sententia verior & cõmunior est, nempe pœnam esse hoc in casu leuiorem infligẽdam, ita post alios Tiraquellus de pœnis legum.Causa prima nume.7. Couuar.ad Clem.Si furiosus, de homicid. parte 3.§.Vnico.num.3.Menoch de Arbitr.Iud.casu 278.Andr.Geyll. lib.2.Practicar.obser.cap.110 nu.15.

Fundamentum huius sententiæ est in eo, quòd iusto dolore is mouetur ad occidendum, qui prouocatus ab aggressore est; Quamobrem si sibi non temperauerit, puniendus quidem est, sed minùs: argumento l.Si adulterium. §.Imperatores.ff.de adult.ibi. *difficillimum est iustum dolorem temperare, & ideo pœna est mitiganda*, & l.1 §.vlt.ff. de sicarijs l.qui cum natu.§.Si libertus. ff.de bonis libertor ibi *Ignoscendum est enim ei.si voluit se vlcisci prouocatus*. l.Gracchus. C.de adult ibi. *Et nox & iustus dolor factum reuelant*. Facit reg.l.quod calore, de reg.iur.

Ad primum argumentum respondeo, animum occidendi sufficere vt locus sit pœnæ legis Corneliæ: sed tamen id non procedit, vbi quis est prouocatus, & iusto dolore motus ad occidendum: vt in l.§.Diuus, vers.sed & in eum ff.de sicarijs.

Ad alterum argumentum respondeo, nec dominum, nec magistrum iusto dolore & causa prouocatos ac motos videri, vt seruum ac discipulum occidere debeant, vnde meritò illis imputatur dolus, eosque pœna capitis dignos reddit.

CAPVT XXXIII.

Quid de reo statuendum sit, qui tormentis subiectus, negauit se maleficium commisisse.

CVm reus vehementioribus indicijs & argumentis opprimitur, quæstionibus subijci solet, ac debet. Verum aliquando accidit, vt crimen nullo modo fateatur, sed cõstanter neget. Quamobrem in controuersiam vocari solet, quid sit eo in casu decernendum? Et quatuor sunt potissimum sententiæ. Prima nihilominus condemnandum esse. Secunda absoluendum. Tertia minori pœna afficiendum, quam vocant extraordinariam. Quarta causam esse indecisam relinquendam, reo tamen ex carceribus liberato, fideiussore dato, de iudicio sisti, siue, vt nostri loquuntur, de se præsentando. Vide Iulium Clarum in §.fin.q.64.vers.Illata reo tortura. Anton Gomes. variat.resol.tom 3.cap.13.nume.28.Menoch. de præsump. lib.1.quæst.93.

Qui reum condemnandum esse existimant, mouẽtur authoritate l.1.§.quæstioni.ff. de quæst.vbi Iuriscõsultus ait, *Quæstioni semper fidem non esse adhibendam, quoniam*

res

res est fragilis & periculosa, & quæ veritatē fallit. Nam plerique patientia, siue duritia tormentorum, ita tormenta contemnūt, vt exprimi ab eis veritas nullo modo possit. A

Qui verò absoluendum putant, eo argumēto vtuntur, quòd tormentis indicia purgari videantur. Nam tormentis, verberibus, & igne fatigati quod dicunt, veritas ipsa dicere videtur, vt dicebat Glo. in l. Edictum. in verbo. efficacissimas. ff. de quęst.

Tertiæ autem opinionis fundamentū est, quia causa cognita, fides adhibenda est quęstioni, vt Iurisconsultus docet in d. l. 1. §. quęstioni. Quare cùm vehemētioribus argumentis reus vrgeretur, licet tormentis subiectus negauerit, videtur tamen afficiendus aliqua pęna, neque semper credendum quæstioni.

Quartę opinionis denique fundamētum est in l. Si qui adulterij C. Ad l. Iul. de Adulterijs. vbi patet, causam decisam non fuisse; sed suspensam, demumque argumentis ac probationibus superuenientibus reum condemnatum. B

Ego in re maximè dubia & controuersa eorum sententiam amplector, qui reum absoluēdum esse responderunt, rebus tamen sic stantibus, vt pragmatici loquuntur. Moueor imprimis, quod tormentis reus nō est subijciendus, nisi ad inuestigandam veritatem, & eo duntaxat casu, quo probabilibus argumentis, ac indicijs suspectus est delati criminis: vt in l. Milites. C. de quæst. Si ergo tormentis subijciatur; & neget, nec veritas intelligi ac sciri potest, & solæ præsumptiones aduersus eum existunt. Nemo autem ex præsumptionibus est damnandus. l. Absentem. ff. de pœnis. Secundò moueor, quia tormenta dicuntur esse efficacissima ad eruendam veritatē. l. Edictum ff. de Quæstio. Hæc autem efficacia non aliundè procedere potest, quàm ex eo, quòd plerunque nocentes fateri veritatem soleant, innocentes verò negare, licet non negauerim, secus aliquando accidere. Quod ergo plerunque fit, sequendum esse videtur. Tertiò moueor ex l. Quæstionis modum. ff. de Quæst. vbi dicitur, reum esse ita torquendum, vt saluus esse possit, vel innocentia, vel supplicio. Quæ verba sic accipienda videntur, vt videlicet saluus sit supplicio, si criminis reus deprehendatur ex confessione. Si verò negauerit, tanquam innocens liberandus sit. C

Ad argumentum prioris sententiæ respondeo. Non semper quidem quæstioni esse fidem adhibendam, sed tamen plerunque adhibendam esse, tāquam efficacissimæ ad veritatem inueniendam. Nos verò loquimur de eo, quod regulariter est statuendum; non autem de omni casu particulari, in quo singulares circumstantiæ aliud requirant. Quæ responsio valet etiam ad argumentum tertiæ opinionis, præterquam quòd consequentia non est bona. Fides adhibenda est quæstioni causa cognita. Ergo reus est damnandus. Prætertim si sequamur eorum sententiam, quam & in cap. 29. suprà firmauimus; Neminem ex suspicionibus & præsumptionibus damnandum esse. D

Ad argumentum postremæ opinionis, respondeo negando, causam indecisam fuisse relictam, in specie d. l. Si qui adulterij: Textus enim dicit. Accusatos obiecta crimina depuiisse obtentu proximitatis, ex quo sequitur, eosdem absolutos fuisse, rebus sic stantibus, quia Iudex de qua re cognouit, pronunciare quoque cogendus est. l. De qua re. ff. de Iudicijs. Vel si absoluti non fuere, noua superuenerunt indicia & argumenta, dum causa ipsa penderet. Denique vt maximè concedantur, in ea specie ita fuisse obseruatum, non tamen sequitur, ita semper obseruandum, cùm Iuris regulæ aduersentur.

CAPVT XXXIIII.

Vtrum iudex inquirere ex officio possit in delinquêntes, & eos punire.



ETsi consuetudine receptum sit, vt iudices ex officio in delinquentes inquirant, eosque puniant, non tamen alienum erit inquirere, iurene an iniuria id faciant. Est enim hac de re admodum insignis controuersia. Nam id iure fieri non posse aliqui existimāt. Aliqui verò iure canonico id permissum fatentur, iure autem ciuili negant. Nonnulli id in certis casibus concedunt. Alij iure id regulariter fieri contendunt. Vide Glo: & doctores in l. Rescripto. § Si quis. ff. de Munerib. & honorib. Bald. in c. 1. de off. ord. & ibi Imola. Decium in rub. de iud. nu. 7. Bart. in l. 2. §. Si publico. ff. de Adult. Et in l. Si maritus §. si ante. ff. eod. tit. S. Thom. 2. 2. q. 67. art. 3. Nauarr ad Rub. de iud. nu. 79. & alios, qui criminales materias tractant.

Negantis sententiæ adiutores vtantur hæc argumenta. Primum ex d. l. Rescripto. §. Si quis. ff. de Munerib. & honorib. vbi, si quis accusatorem non habeat, honoribus prohiberi non debet.

Secundum ex testimonio Dñi nostri in Euangelio. *Mulier, si nemo te accusat, nec ego te damnabo.* Tertium ex testimonio Ambrosij lib. 8. Epistolarū ad Syagriū. *Si leges publicas interrogemus, accusatorem exigūt.* Alia id genus loca refert Cuiacius lib. 1. obseru. cap. 33.

Quartum est D. Tho. loco annotato. Homines ad Iudicem confugiunt, sicut ad Iustitiam quandam animatam, vt docet Philo. 5. Ethic. Iustitia autem non est ad se ipsam, sed ad alterum, vnde oportet, vt Iudex inter aliquos duos dijudicet, quod quidem fit, cùm vnus est actor, & alter reus.

Postremum argumentum est, quia tàm lege naturali, quàm diuina pręcipitur, ne quis inordinatè detrahat, siue infamet, vel sit causa proxima detrahendi, seu infamandi alterum. Sed qui inquirit in alterius crimē, causa est vt reus, de quo inquiritur, infametur. Ergo non licet inquirere in aliorum delicta.

Qui verò putant iure ciuili permissam non esse inquisitionem, sed iure Canonico, eo argumento adducuntur, quod nullus extet Iuris Ciuilis locus, quo talis inquisitio permittat, multa verò Iuris Canonici extēt loca, quibus inquisitio approbetur, vt in c. 1. de officio ordinarij. in c. 1. Qualiter & quando, de accusationib. & inquisitionibus, & per totum ferè illum titulum.

Ego verò, ne in referendis inanibus argumētis longum faciam, eorum sententiam amplector, & veriorē esse iudico, qui legitima diffamatione præcedente, ac legitimis indicijs & argumentis, asseuerant, tàm Iure Ciuili, quàm Iure Canonico procedi per inquisitionē posse. Huius sententiæ Authores habeo Salicetum in l. Ea quidem. C. de Accus. Alciat. in c. 1. nu. 12. de officio ordinarij Anton. Gomes. Resol. tom. 3. cap. 1 tit de Delictis, nū. 49. vers. Noho & similiter, Nauarrum, & S. Thom. locis proximè annotatis.

Et quidem, quòd attinet ad Ius Canonicum, ita res certa & explorata est ex c. Qualiter & quando, de Accusatio. & Inquisitio. & ex toto ferè illo tit. Vt nulla sit prorsus difficultas.

Omnis ergo difficultas est quantum ad Ius Ciuile. Cæterum quantum ad Ius Ciuile attinet. permissam esse inquisitionem, probo. Primum ex §. Iubemus. in Auth. de Collatorib. seu in Nouell. 128. nt. de publicis Tributis, sm Holeandri translationem. *Iubemus autem*, inquit Imperator, *vt omnes Magistratus tā multa res, quā ēt Ciuiles per se requirāt eos, q latrocinia, aut violentias, raptusue rerū, aut mulierū, aut q̄cunq; alia flagitia ī prouincijs delinquūt, legitimaq; ijs supplicia irrogēt.*

Secundò

Secundò id probo ex l. Congruit. ff. de Officio Præsidis. *Congruit, ait Vlpianus, bono & graui præsidi curare, vt pacata, atque quieta sit prouincia, quam regit, quod non difficile obtinebit, si sollicite agat, vt malis hominibus prouincia careat, eosq; conquirat. Nam & sacrilegos, latrones, plagiarios, fures conquirere debet, & prout quisque deliquerit, in eum animaduertere.*

Tertiò id probo ex l. Ea quidem. C. de Accusat. vbi probatur, Magistratibus licere Apparitores & officiales habere, qui maleficia inquirant & denuncient, & subinde in eos animaduertere, quos deliquisse compererint, etiam sine solennibus accusationum. Idem probat tex. in l. 1. C. de Custodia & exhibitione reorum. dum ait: *In quacunque causa reo exhibito, siue accusator existat, siue eum publica sollicitudinis cura perduxerit, &c.* Hi Nunciatores appellabantur, vt in l. Ab Accusatione. §. Nunciatores. ff. Ad Turpilianum. Item Irenarchæ, vt in l. Diuus. ff. de custodia reorum, qui elogia scribebant, quæ notoria dicebantur. Erant autem omnium delictorum, quæ quis commiserat, annotationes, sicuti declarát Alciat. lib. 6. Parerg. cap. 19. Budæus in Annot. ad d. l. Diuus. ff. de Custodia reorũ. & Cuiac. lib. 1. obseru. cap. 33. Ex quibus tamen notorijs, seu elogijs nemo condemnari poterat, antequam veritate cognita repertus esset noxius, vt habetur in d. l. Diuus. Non tamen Accusatore opus erat, quicquid nonnulli dixerint, propter illa verba tex *Sed quasi re integra quæratur, si quis erit, qui eos arguat.* Etenim Accusatore opus nõ fuisse probat tex. in d. l. Ea quidem. C. de Accusat. Itaque illorum verborum sensus est, veritatem esse indagandam, & diligenter quærendum, An delictum cõmiserint, quos Apparitores huiusmodi denũciauerint, si videlicet ipsi nũciatores, vel quispiam alius eos deliquisse affirmauerit.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, nil obstare textum in d. §. Si quis. quoniam ibi non agitur de inquirendo, vel non inquirendo in delicta & delinquentes, sed de arcendo aliquem ab honoribus, vnde meritò respondetur arceri non posse, si nemo eum accusauerit alicuius criminis; Non tamen negat textus, si diffamatus esset de crimine, quin ex officio veritate conquisita puniri posset.

Ad secundum, cõcedo neminem damnari posse sine Accusatore, sed infamia criminis patrati, & publica vox est loco Accusatoris, vt dicebat S. Thomas loco annotato. Quæ responsio valet ad omnia reliqua argumenta. Etenim illa vires habent, vbi deficit publica vox, & fama, tunc enim nec inquisitioni locus esse potest, neque punitioni, & omnia, quæ in argumentis cõtinentur, rectè applicantur. Verùm publica voce, & fama subsistente, omnia euanescunt, sicuti idem S. Thomas præclarè docet loco citato.

CAPVT XXXV.

Ad interpretationem Authen. Bona damnatorum. C. de Bonis proscriptorum & damnatorum. Controuersia vna.



COntrouersia est inter Doctores, vtrum bona damnatorum sicut reseruanda sint ascendentibus & descendentibus, vsque ad tertium gradum, ita etiam reseruanda sint Fratribus & cæteris ex latere iunctis, vsque ad tertium gradum. Facit dubitationẽ, quod in Nouel. 134. §. vlt. tit. de Vicarijs & locũ tenentibus, vel secundùm veterẽ translationẽ, in Auth. Vt nulli Iudicum. §. vlt. His, inquã, in locis ex quibus Irnerius Authenticam desumpsit, & Codici inseruit, nulla Fratrum, & similium mentio habetur, licet habeatur expressa mentio in d. Authentica Irnerij.

Et quidem antiquorum interpretum communis est sententia, bona reseruanda esse Fratribus, & cæteris ex latere coniunctis, vsque ad tertium gradum. Ita enĩ docent Bald. Cyn. & alij in d. Auth. Bona damnatorũ, & Iulius Clarus alios cõmemorans in §. fin. q. 78. Suffragatur huic sententiæ, qui in antiquis exemplaribus nonnulli testentur ea verba contineri, quæ de Fratribus, & cæteris ex latere iunctis mentionem faciunt. Nec verisimile est Irnerium authoritate propria illa verba adiecisse. Huc accedat, ꝙ in Nouel. 17. §. oportet. Imperator docet, bona damnatorũ toti cognationi esse reseruanda. Vnde cùm in hac Nouella dicatur reseruanda esse ascendentibus & descendentibus vsque ad tertium gradum, meritò adiectum est reseruanda esse etiam ex latere iunctis, vsque ad tertium gradum.

Cæterùm Franciscus Aretinus in l. Eius, qui. §. Si cui, nu. 3. vers. sed quæritur. ff. de Testam. contrarium docuit: & eius fundamentum est, quòd in nullo exemplari illa verba habeantur in Nouella, ex qua sumpta est Authentica. Et ad tex. in d. §. oportet. Nouell. 17. respondet, id non probare, ad quod allegatur. *Hæc est intentio,* inquit, *illius textus, quòd quando committitur delictum, quod sit dignum pœna corporali, non debeat Iudex commutare pœnam corporalem in pecuniariam. Nõ loquitur de damnato pœna capitali. Id patet ex principio & fine illius textus. Ait enim in principio. Bona esse conseruanda generi & legi, id est, generi vocato à legibus ad successionem. Sed damnati capitali crimine non erat successio secundùm leges, quia bona adferebantur in fiscum. Ergo de tali damnato, non loquitur ille textus. In fine autem ait, Iudicem non debere dimittere personam delinquentis, & bona auferre, prout multi faciunt. Sed in crimine capitali hoc non fit, quia principaliter persona condemnatur, & in consequentiam bona auferuntur.* Hæc ferè Aretinus.

A cuius sententia longè discrepat Cuiacius, dum in expositione Nouellæ 12. docet, hunc esse sensum d. Nouel. 17. Vt velit damnatorum bona seruari cognationi vniuersæ in his criminibus, quibus nominatim irrogata bonorum publicatio non est.

Cęterùm mihi hanc rem diligenter contemplanti, verissima esse videtur Francisci Aretini sententia ac interpretatio: Quod vt planum faciam, reddam ipsius Nouellæ verba, 17. §. Oportet; Tùm dicam, quot incõmoda sequantur ex communi interpretatione: Et tertium quantum sit conformis textui, aptaque & commoda Aretini sententia Verba textus hæc sunt. *Oportet autem omnino & huius te rei prouidentiam gerere, vt si quis pœna dignus esse videatur, ne sumpto de illo supplicio, bona eius attingas, sed ad progeniem eius, & legem iteq; introductum ordinem inferri ea patiaris. Nam non bona, sed bonorum possessores delinquunt.*

Communis interpretatio tribus de causis est incommoda. Primùm, quia Imperator in Nouell. 134. profitetur, se eam constitutionem ordinasse, vt non solùm pœnę corporales, verùm etiam pecuniarię moderationes fierent, deinde statuit bona damnatorum reseruanda esse descendentibus & ascendentibus vsque ad tertium gradum. Sed certe longè moderatiores erant & mitiores ex dicta Nouell. 17. §. oportet. cùm per eam vniuersæ agnationi absolutè bona conseruentur. Secundò, inter vtramque Nouellam manifesta est repugnantia, altera statuit vsque ad tertium gradum esse conseruanda, altera verò absolutè conseruanda esse vniuersæ cognationi. Tertiò, si hic est sensus Nouell. 17. Altera Nouell. 134. supernacanea erit in hac parte, nisi corrigat illam, quod dici nullo modo potest, nec vlla correctionis suppetit coniectura. Quartò, aut Nouell. 134. est prior, & altera posterior, aut contrà est. Si primum, certè in posteriori Nouella, quæ absolutè docet, bona esse conseruãda vniuersæ cognationi, aliqua debuit fieri mentio de priori Nouella, per quam reser-

uatio

uatio bonorum vltra tertium gradum nõ porrigebatur. Si contrà est, certè Nouell. 134. quæ bonorum conseruationem restringit ad tertium gradum, mentionem facere debuit prioris Nouell. 17. eamq; corrigere, longè latiùs bona conseruantem.

Portò Aretini sensum ac interpretationem commodam, aptam, & textui conformem esse manifestè patet. Nam hoc vult Iustinianus, vt qui ob delictum perpetratum pœna est dignus, is corporali afficiatur, non autem pecuniaria pœna, nec corporalis in pecuniariam commutetur. Id patet ex verbis sequentibus, quæ sic habent. *Sed qui eum ordinem subuertunt*, (scilicet pœna pecuniaria delinquentem afficientes) *illi pœna quidem dignos dimittunt, bonaq; eorum auferunt. Alios verò, quos ad illorum fortè successionem lex vocabat, in illorum locum obijciunt supplicio.* Itaque harum Nouellarum sensus est talis, vt si quidem pęna capitali delinquens afficiatur, quo casu secundùm veteres leges bona fisco applicabantur, illa de cætero non applicentur fisco, sed reseruentur, vt dictum est. Istud vult Nouell. 134. Si verò agatur de crimine nõ capitali, cui tamen pœna corporalis irroganda sit, nõ debet is, qui deliquit, pœna corporali affici, & simul etiam pecuniaria, bonis ei ablatis, & multò minus ordine peruerso, loco pœnæ corporalis irrogandæ, bona sunt auferenda. Istud est quod vult Nouell. 17. in §. Oportet.

CAPVT XXXVI.

Mandans hominem vulnerari, & protestans ne occidat, si mandatarius eum occiderit, vtrum pœna homicidij teneatur.

Vm quidam hominem vulnerandum mandasset, expresse prohibẽdo ne occideretur, mandatarius verò tale vulnus inflixisset, ex quo mors secuta esset, ingens orta est disputatio & controuersia inter Iurisconsultos; num talis mandans pęna homicidij afficiendus esset. Nã nequaquam afficiendum esse homicidij pœna responderunt Antonius Rossellus, Franciscus de Capitibus Listę, & Angelus à Castro, Pauli Castrensis filius, quorum omnium responsa sunt edita à Bartholomæo Veronensi, vt patet ex eius consilijs criminalibus, in consi. 35. 36 & 37. Sequitur Decius in cons. 482. Sed contrarium respondit ipse Bartholomęus Veronensis in consi. 34. quem sequitur alios commemorans Menoch. de Arbitr. Iud. casu 352 nu. 2. Didacus autem Couuar. in Clement. Si furiosus, de Homicid. in 2 par. §. 1. nu 3. priorem sententiam probat, nisi percussio mandata ostendat, voluntatẽ mandantis in homicidium directè ferri.

Argumenta prioris sententiæ sunt ista. Primum, Qui animum occidendi non habuit, pœna legis Corneliæ nõ tenetur l 1. §. Diuus. ff. Ad l. Corneliam de Sica. Sed talis mandans animum occidendi non habuit. Ergo non tenetur, &c. Secundum, si talis mandans homicidij pœna teneretur, id non aliam ob causam esset, nisi quia cogitare debuerat ex vulnere, quod infligendum mandauit, mortem sequi potuisse, sicuti docet tex. in c. vlt. de Homicid. lib. 6. Sed hæc non est causa sufficiens, vt pœna legis Corneliæ teneatur. Ergo non tenetur. Quòd non sit causa sufficiens, patet ex eo, quia talis mandans nõ est in dolo, sed in culpa, quæ quidem culpa non sufficit, vt pœnæ legis Corneliæ sit locus. l. in l. Corn. ff. eod. tit.

Tertium argumentum sumitur ex l. 3. §. Sed ex Senatusconsulto. ff. eod. tit. dum ibi dicitur Iussam fuisse relegari eam, quæ non quidem malo animo, sed malo exemplo, medicamentum ad conceptionem dederat, ex quo, ea quæ acceperat, decessit.

Argumenta verò posterioris sententiæ sunt ista. Primum, Nihil interest an aliquis occidat hominem, vel mortis causam præbeat. Lege, Nihil interest. ff. de Sicar. Sed talis mandas, mortis causam præbuit. Ergo, &c. Secundum est ex c. vlt. de Homicid. lib. 6. vbi S. Pont. statuit mandantem aliquem vulnerari, irregularitatis pœnam incurrere, licet expresse prohibeat, ne occidatur.

Tertium argumentum est ex l. Si quis aliquid. §. qui abortionis. ff. de pœnis. vbi I.C. *Qui abortionis, aut amatorium poculum dant, etsi dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum damnantur, honestiores in Insulam amissa parte bonorũ relegantur. Quòd si eo mulier, aut homo perierit, summo supplicio afficiuntur.*

Sed mihi prior sententia longè æquior, & Iuri magis consentanea videtur, quia negari non potest, quin occidendi animus abfuerit à tali mandatore. Dum enim occisionem prohibuit, mandasse intelligitur vulnus infligi leue, non lethale, non in capite, sed in aliqua parte corporis, mortis periculo minus obnoxia, non gladio ad occidendum apto, sed alio instrumento. Rem quidem pessimi exempli mandauit exequendam, sed quoniam iuxta delicti mensuram, esse debet plagarum modus, talem mandatorem nequaquam pœna legis Corneliæ reum esse iudico.

Ad primum argumentum respondeo, nihil interesse, an quis occiderit, seu mortis causam præbuerit, cùm quis mortis causam præbuit directè, immediatè, dolo malo, secus si ex culpa, vel indirectè, vt patet ex l. Corn. ff. de Sicar. Sed in quæst. nostra mandans in culpa fuit. Ergo.

Ad secundum respondeo. Mandantem irregularem effici, quia sola culpa sufficit ad incurrendam irregularitatem, vt patet ex cap. Tua nos, & ex cap. sicut, de Homicid.

Ad Tertium respondeo. Specialiter ita constitutum esse in eo crimine, quia pessimi exempli est, non tamen legis Corneliæ pœna locum habet, sicut declarat Iacob. Cuiac. lib. 5. sententiar. Pauli, tit. 23. §. Qui abortionis.

CAPVT XXXVII.

Qui hominem occidit, puta Titium, cùm alium, puta Sempronium, occidendi animum haberet, vtrum homicidij pœna teneatur?

Vi vnum occidit per errorem, alium occidere volens, vtrum pœna legis Corneliæ teneatur, controuersia est inter Doctores. Etenim non teneri docuerunt Angel. in l. Si cum seruo. ff. de Iniurijs. Ias. in l. j. nu. 18. ff. de legib. & alij quos refert & sequitur Tiraquell. de pœnis legum temperandis, causa 14. num. 4. Menoch. de Arbitr. Iud. casu 324. nu. 11. Horum fundamentum est in d. l. Si cum seruo. vbi l. C. ita dicit: *Si cùm seruo meo pugnum dare vellem, in proximo te stantem inuitus percusserim, iniuriarum non teneor.* Huc accedat, quòd animus & propositum delinquentis maximè attenditur, cùm de lege Cornelia agitur, l. Diuus. ff. Ad l. Corn. de Sicar. Imo nec lata culpa sufficit, l. In l. Corn. ff. eod. Sed hoc in casu occisor, respectu hominis occisi, non est in dolo, sed in culpa, nolebat enim eum occidere, sed alium. Ergo non tenetur pœna legis Corneliæ.

Cæterùm eiusmodi occisorem, haud quaquam euadere pęnam legis Corneliæ docuerunt Bart. ad l. Respiciendum. §. Delinquunt, in fi. ff. de Pœnis. Bald. Ad l. Si quis non dicam rapere, col. penult. C. de Episcopis & Clericis. Bossius tit. de Homicid. nu. 73. Quorum fundamentum est in l. Eum qui. §. si iniuria. ff. de Iniurijs, vbi Iurisconsultus ita dicit: *Si iniuria mihi fiat ab eo, cui sim ignotus, aut si quis putat me Lucium Titium esse, cum sim Caius Seius, præualet quod principale est, iniuriam eum mihi facere velle. Nam certus sum ego, licet ille putet me alium esse, quam sim, & ideo iniuriarum habeo actionem.*

Atque hæc posterior sententia videtur mihi probabilior, eamque confirmo hoc argumento. Si is, qui cum telo ambulauerit, hominis occidendi gratia, licet non

occiderit, pœna legis Corneliæ tenetur, Ergo multò magis eadem pœna tenetur, qui cum telo ambulauerit hominis occidendi gratia, & simul etiam hominem occiderit, licet non eum, quem occidere volebat. Verum est prius, Verum igitur & posterius. Probatur antecedens ex l. Is qui cum telo. C. Ad legem Corneliam de Sicarijs. Consequens verò patet, quia posterius est maius delictum, quàm prius.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, legem illam loqui, cùm quis operam dabat rei licitæ, quia videlicet seruum suum leuiter percutere volebat, quod procul dubio est permissum. Quamobrem si alium per errorem percusserit, meritò iniuriæ, in non tenetur. Sed in quæstione nostra occisor dabat operam rei illicitæ, quia hominem interficere cupiebat, meritò si alium interfecerit, tenetur. Quòd verò dicitur eum in culpa fuisse, nihil obstat: quia licet in culpa fuerit respectu hominis occisi: fuit tamen in dolo eam ob causam, quòd alium occidere volebat, qui quidem animus occidendi sufficit, vt pœnæ sit locus, vt in d. l. Is qui cum telo. quæ quidem lex, etsi consuetudine abrogata esse videatur, vigere tamen hoc in casu debet, vbi homo occisus est, quanquam si duntaxat quis occidendi animo cũ telo ambulauerit, vt vigorem non habeat, longæua consuetudo effecerit.

CAPVT XXXVIII.

Restitutus à Principe, An recuperet fructus medio tempore perceptos.

SI is, cuius bona propter delictum confiscata sunt, à Principe restituatur, An recuperet fructus interea perceptos ex bonis suis à Fisco, nonnulla est inter Doctores controuersia. Etenim affirmantem sentẽtiam secuti sunt Ias. ad l. Gallus. §. Et quid si tantum, nu. 67 ff. de liber. & Posthum. Deci. ad l. In condemnatione, §. 1. ff. de reg. Iur. & alij à Sfortia Oddo citati tract. de Resti. in integr. parte 2. q. 99. artic. 14. Horum argumenta sunt ista. Primum ex l. 1. C. de sententiam passis. dum ibi declarat Imperator, quid sit in integrum restituere. *Vt autẽ scias*, inquit, *quid sit in integrum restituere, Honoribus & ordini tuo, & omnibus cæteris te restituo.* Secundum argumentum sumitur ex multis legibus, quibus declaratur restitutionis verbum, etiam fructus comprehendere, vt in d. l. In condemnatione, §. j. & in l. Videamus. 38. §. Infamia. ff. de Vsuris. Tertium argumentum est ex l. vlt. C. de sententiam passis. *Tantum ad restitutionem*, inquit textus, *indulgentia valet, quantum ad correctionem sententia valuit, Vtq. deportationis ipsum per se nomen, rerumomnium spoliatio est, ita indulgentia, restitutionis bonorum ac dignitatis, vno nomine amissorum omnium fit recuperatio.* His verbis ita generalibus, etiam fructus contineri videntur.

Cæterùm negantem sententiam amplexi fuere, Ang. in d. §. & quid si tantum, nu. 14. Alex. num. 21. Bald. ad l. vlt. C. de sententiam passis. & alij quos commemorat Sfortia Oddus loco superiùs annotato, quibus addi potest Andr. Geyll. lib. 2. de pace publica, cap. vlt. num. 28. Horum fundamentum est in Auth. Idem de Nestorianis. C. de Hæreticis, ibi. *Restituenda quidem, sed absque ratione fructuum & administrationis.* Et in eo, quòd bonæ fidei possessor fructus saltem consumptos non restituit l. Certum. C. de Rei vendicat. sed fiscus procul dubio, est bonæ fidei possessor: quia delinquentis bona detinet, ex iusta causa confiscationis. Ergo fructus restituere non tenetur.

Hæc posterior sententia videtur mihi verissima, licet enim restitutio eam vim habeat, vt omnia recuperentur, quæ amissa fuere, non tamen efficere potest, vt condemnatus interea nil amiserit. Itaque non retrotrahitur re-

A stitutio, quasi restitutus omnia bona, quæ habuit, nunquam amisisse intelligatur, sed operatur ex die, quo concessa est: vt scilicet condemnatus omnia, quæ amisit recuperet, consequenter bona ipsa recuperat, non autem fructus interea perceptos, quia sic restitutio retrotraheretur, & condemnato prodesset ab initio, antequam ei esset concessa à Principe, quod nulla lege, nulla ratione probari potest.

Ad primum argumentum respondeo. Restitutione in integrum, omnia bona & iura recuperari, & restitutum de cætero illa obtinere, sicut ante condemnationẽ, vt in d. l. 1. Sed non facit restitutio, vt fructus recuperentur, quia restitutio, vt dictum est, valet in futurum tempus, non in præteritum.

Ad secundum respondeo, leges allegatas loqui, quando restitutionis verbum in edicto Prætoris, vel in sententia Iudicis continetur: Et sic de restitutione agitur ex Iustitia, nõ autem ex gratia & indulgentia Principis.

B Ad tertium. Concedo tantum restitutionem tribuere, quantum abstulit condemnatio, vt in d. l. vlt. Sed condemnatio bona abstulit, nõ autem fructus: fructus enim medio tempore percepti fuerunt, in consequentiam bonorum publicationis. Quare ad ipsa bona duntaxat, non etiam ad fructus trahenda est principis restitutio & gratia.

CAPVT XXXIX.

Vtrum restitutus recuperet hæreditatem alteri delatam.

REstitutum à Principe hæreditatem interim alteri delatam vindicare non posse. Authores sunt Bald. in l. Gallus. §. Et quid si tantum. colum. penult. ff. de liber. & Posthum. & Ias. ibid. num. 76. Anton. Gomes. variar.
C resol. lib. 1. cap. 13. nu. 36. Fundamentum ponunt in l. Intercidit. ff. de condit. & demonstrat. in illis verbis. *Non idem erit dicendum, si ea pœna in eum statuta fuerit, quæ irrogat seruitutem.* Sensus est, legatum intercidere, licet condemnatus in integrum restitui possit.

Cæterùm contrariam sententiam habuerunt, Cynus & Angelus, necnõ Aretinus, in d. §. Et quid si tantum. Andr. Geyl lib. 2. de pace publica, cap. vlt. nu 18. Sfortia Oddus de Restitut. in integr. parte 2. q. 99. art. 1. Atque isti fundamẽtum ponunt in l. 1. §. Filio qui mortis. ff. Ad Trebellian in illis verbis. *Nisi forte seruus pœna effectus, Principis beneficio sit restitutus.*

Alexander verò in comment. d. §. Et quid si tantum, nu. 21. vtitur hac distinctione. Aut apprehensa fuit possessio bonorum ab eo, cui hæreditas est delata, & nunc, quia dominium in eum est translatum, restitutus, non recuperat hæreditatem illam. Aut verò possessio non est apprehensa, & tunc recuperat.

D Mihi prima facie iam & olim, omnibus quoque consideratis visa est prior sententia probabilior: Tùm quia Principis restitutio alteri nocere non debet, argumento l. 2. § Si quis à Principe. ff. Ne quid in loco publico. Tùm quia textus quo præcipuè nititur sententia contraria, in d. l. 1. §. Filio qui mortis. de filio loquitur, qui tempore mortis matris Ciuis Romanus erat, & consequenter hæreditatis eius capax: Et licet seruus pœnæ propter delictum fuerit effectus, ideòque eam capere non potuerit, meritò tamen est admittendus, si Principis indulgentia fuerit restitutus. Cæterùm in quæstione nostra agitur de hæreditate delata non condemnato, sed alteri, neque enim condemnato deferri potest, sed proximiori, secundum edictum successorium, seu leges successionum ab intestato.

Verùm contrariam sententiam iam amplector, maturiùs re perspecta & discussa, nempe, talem restitutum admittendum esse ad hæreditatem. Etenim hæc senten-

sententia clarè euincitur ex d. §. filio qui mortis. Licet enim agatur ibi de filio, qui mortua matre Ciuis Romanus erat, Is tamen antequam hæreditatem adiret, condemnatus fuit,& sic illam hæreditatem non habuit, & consequenter alteri hæreditas delata fuit, & tamen à Principe restitutus eam recuperat. Itaque quòd Ciuis Romanus esset, tempore mortis Matris, nihil facit ad eam decisionem; neque enim impedit, quò minus hæreditas alijs delata fuerit, nec illi prodest, vt eam recuperet,sed causa recuperationis ex restitutione pendet. Moueor prætetea ex l.Sed si hac lege,§.Liberos.ff. de in Ius vocando, & ex l.vlt.C.de sententiam passis. Quibus ex legibus probatur, Pattono in integrum restituto,edicti de in Ius vocando beneficium saluum esse. Item probatur, patrem restitutum, potestatem patriam recuperare. Ex his legibus argumentum sumitur, non contemnendum; quia ex eis patet, restitutionem efficere,vt quis recuperet iura in alium translata ex legis dispositione. Hoc enim Ius in filium translatum erat patre condemnato, vt sui Iuris esset. Idem ergo & in proposita quæstione statuendum videtur, vt nimirum hæreditas recuperari possit. Ex quo cessat argumentum illud,quo dicebatur,Principis gratiam & indulgentiam alteri nocere non posse ex d. §. Si quis à Principe; quia illa lex cum similibus locum habet, quoties alteri ius acquisitum est ex contractu, vel alia hominis dispositione, secus si ex dispositione legis,quia cum restituto lex concedat, omnia Iura quæ prius condemnatus habuit, eidem in consequentiam concedere videtur,quæ alijs ex ipsius legis dispositione delata sunt, quasi ipsa lex quod dedit alteri,id restituto concedere videatur.

Quòd verò attinet ad l.Intercidit.illa lex non obstat; quia loquitur de legato sub conditione facto, quod deficit moriente legatario,ante conditionis euentum, & ad hoc sufficit legatarium seruum pœnæ effici. Itaque non absolutè probat restitutum, nó recuperare iura in alium translata, sed eo casu duntaxat, quo sub conditione relictum fuit,& ante conditionem mors naturalis, vel ciuilis intercessit. Quod si legatum purum esset, Vtrum legatarius seruus pœnæ effectus, & postea restitutus, legatum recuperaret nec ne,non deciditur in illo textu.

CAPVT XL.

Quis sit sensus l. Properandum. §. Sin autem ex gestis. C. de Iudicijs.

SIn autem ex gestis apud se habitis, parte Actoris minimè inuenta, possit inuenire viam, ex qua manifestum ei fiat, quid statuendum sit, etiam absente Actore, si eum meliorem causam habere prospexit, pro eo ferre sententiam non moretur, & præsentem Reum absente Actori condemnare, expensis tantummodo litis, quas Reus legitime se expendisse iurauerit, condemnatione excipiendis, quia hanc pœnam Actori, & meliorem causam habenti, propter solā D *absentia contumaciam imponimus.* Verba sunt l. Properandum.§.sin autem ex gestis. C. de Iudicijs. De quorũ sensu, non est eadem omnium sententia. Accursius sequitur Ioannis antiquissimi Glossatoris sententiam ita hanc rem explicantis. Actor petebat centum, & expendit decem. Reus verò expendit quinque. Sententia secundùm Actorem absentem fertur, & reus præsens in expensis condemnatur. Si actor absens non fuisset, expensarum nomine ad decem præstanda teneretur. Sed quoniam Actor absuit, deduci debent quinque,quæ ipse Reus expendit. Hanc expositionem omnes ferè veteres secuti sunt, vt videre est ex Alexandro, Iasone & Corneo in comment. eius loci. Et ei tex. adstipulatur, eiusdem legis in §. Siue autem alterutra, vbi Imper. statuit,siue alterutra parte litigatore præsente, siue vtraque causa fuerit decisa, semper victum victori condemnan-

A dum esse in expensas.

Cæterùm Placentinus,antiquus interpres aliam attulit expositionem; Existimauit enim hoc in casu Actoré, licet victor sit, condemnandum esse Reo ad expensas. Et eandem sententiam habuisse mihi videtur Iacob. Cuiac.lib.9.obseru.cap.22. Eidemque adstipulatur Nouell.49. vbi loquens Imperator de Appellationis causa, quam alter ex litigatoribus prosequitur altero absente, declarat absentem,& non prosequentem causam,omnino condemnandum esse ad expensas. Aut enim inquit, præsens litem obtinuit, & tunc absens ad expensas condemnandus est, quia victus est; aut inferior discedit, & idem,quia victor, cùm absens fuerit, multandus est litis expensa, in pœnam contumaciæ & absentiæ.

Hanc expositionem & ipse opinor verissimam esse, hoc argumento, quia scilicet quod in §.siue autem alterutra, dicitur, victum victori cōdemnandum esse ad expensas, locum habere non potest, quando victor est ab-
B sens. Etenim rationi consentaneum non est,vt absens & contumax,qui alioquin non auditur, nisi refusis impensis.l.sancimus.C.eod.tit. expensas à præsente consequatur. Deinde, quia Imperator vult eum in pœnam contumaciæ obligatum esse ad expensas, quas Reus præsens fecit. Ergo implicat,& absurdum est dicere,Reum præsentem condemnandum esse in expensas ipsi Actori absenti. Denique ita hanc rem interpretatus est S.Pont. in c.Calumniam.de pœnis. *Calumniam & audaciam*,inquit, *temerè litigantium condemnando in expensis, & alio multiplici remedio sanctio imperialis compescit. Quoniam igitur sacris institutis consonare dignoscitur, præcipimus, vt de cætero in causis pecuniarijs, victus victori in expensis condemnetur. Nisi* (hoc facit ad rem nostram) *sententia pro absente feratur.*

Respondēt aliqui,illa verba: *In expensis condemnetur*, exponi debere, id est, in omnibus expensis, & sic exceptio quæ sequitur, *nisi sententia pro absente feratur*, priori sententiæ conueniat, quia cùm pro absente sententia
C fertur, victus condemnatur in expensis, sed non in omnibus, quia fit deductio expensarum ab ipso Reo factarum. Sed violenta nimis, ne dicam inepta hæc est interpretatio,quam idcirco retulisse,confutasse est. Nā S.Pontifex clarè loquitur, victum victori condemnandum esse in expensis, nisi pro absente sententia feratur, quia cū pro absente sententia fertur, non est in expensis condénandus,sed potius ipse absens, & victor condemnandus est. Itaque ex condemnatione Rei, deducendæ sunt expensæ,quas ipse fecit. Hoc est,Reus quidem est condemnandus, sed si verbi gratia condemnetur ad soluendum decem ab Actore petita,vel ad aliam summam in actione comprehensam, ex hac condemnatione deduci oportet, quod Reus expendit: ex quo patet, Actorem ad expensas condemnari, quas Reus fecit. Maneat igitur hæc expositio, quam & in Imperiali Camera receptam esse testatur Mynsingerus. Centur.4.Obseru.67.

CAPVT XLI.

De victo victori in expensis condemnando, controuersiæ aliquot.



CVm lex dicat, victum victori condemnandum esse in expensas, nonnullæ sunt inter Doctores controuersiæ ex varijs factorum circumstantijs. Prima est. Quid statuendum sit, quando reus iustam habet causam litigandi, vsque ad certum tempus,quo Iudicium agitur, postmodum verò non habet, Vtrum si pergat in lite, & succumbat,in omnibus expensis condemnandus sit, An verò in ijs duntaxat, quas Actor fecit, posteaquam reus iustam litigandi causam habere desijt. Et quidem Deci. in l.Qui in alterius.ff.de reg. Iur. in oībus expensis condemnandum putat, ea ratione, ꝙ posteaquam cognouit

ſe malam cauſam habere, perſeuerauerit in lite. Nam ex A eo cõiectura ſumi poteſt, eum fuiſſe litigaturum, quamuis ab initio intellexiſſet, ſe malam cauſam habere.

Cæterùm diuerſam ſententiam Bart. habuit, in l. Si quis inficiatus. ff. Depoſiti & in l. Properandum. §. Siue autem alterutra. C. de Iudicijs, & ibid. Alex. & Iaſ. & inſuper Cagnolus ad d. l. Qui in alterius. nume. 22. Iſti omnes docent, non in omnibus expenſis reum eſſe condemnandum, ſed in expenſis dumtaxat factis poſt illud tempus, quo deſijt habere iuſtam cauſam litigandi. Quæ ſententia videtur eſſe veriſſima. Nam ſi toto litis tempore, reus iuſtam litigandi cauſam habuerit, inter omnes conſtat, ab omnibus expenſis abſoluendum eſſe. Ergo, ſi pro parte temporis iuſtam litigandi cauſam habuerit, pro ea parte abſoluendus erit. Confirmatur hæc ſententia ex d. l. Si quis inficiatus. ff. Depoſiti. Vbi, ſi is, apud quem res erat depoſita, negauerit eum, qui depoſitum repetebat, dominum eſſe, vel procuratorem, aut hæredem eius, qui depoſuit, nihil dolo malo fecit, ait Iuriſconſultus. Sed ſi B poſtea cognouerit eum aut dominum eſſe, aut procuratorem, vel hæredem domini, tunc incipit dolo malo facere, inquit tex. ſi reddere non vult.

Non obſtat id, quòd dicebatur, mali animi argumentum eſſe, quòd talis reus in lite perſeuerauerit, quoniam id negari non poteſt, ſed non inde efficitur, eum à principio temerè litigaſſe. Quare debitas temeritatis pœnas luere debet, quatenus peccauit, non autem quatenus non peccauit, & iuſtam cauſam litigandi habuit, quia mulcta, ſeu pœna, non debet eſſe maior culpa, ſeu delicto.

Altera eſt controuerſia. Si quis in priore inſtantia fuerit victor, ſed in cauſa appellationis victus, An ſit in expenſis condemnandus. Triplex eſt Doctorum ſententia. Prima condemnandum eſſe. Ita reſpondit Capella Tholoſana, deciſ. 222. Cuius fundamentum eſt in regula generali, quæ habetur in dicto §. Siue autem alterutra. Nempe victum victori in expenſis eſſe condemnandum. C

Altera eſt ſententia ſic diſtinguens, Aut is, qui in priore inſtantia victor fuit, in cauſa appellationis ſuccubuit, ex eiſdem actis. Aut ex nouis probationibus, ſi quidem ex eiſdem actis ſuccubuit, in expenſis damnandus, quia prior ſententia fuit iniuſta, & ſic temerè litigauit. Si verò ex nouis probationibus ſuccubuit, nequaquam condemnandus eſt, quia iuſtam habuit cauſam litigãdi, propter ſententiam priorem, quæ iuſta fuit, licet à Iudice appellationis reformata ex nouiter deductis. Ita docent Bart. & Iaſ. in d. §. Siue autem alterutra. Imola in c. Finẽ litibus. de dolo & contumacia, & alij quos commemorat Andr. Geyll lib. 1. Obſeru. 152.

Tertia eſt ſententia, totam hanc rem Iudicis arbitrio eſſe committendam, qui ex varijs rerum & cauſarum circumſtantijs facilè dignoſcet: vtrum victus iuſtam cauſam litigandi habuerit. Ita docet Bald. in l. Generaliter. §. Sed iuramento. C. de rebus credit. cuius ſententiam D Camera imperialis ſequi ſolet, teſte Andr. Geyll. loco proximè citato. Ego plerunque vidi, vt & Geyll. ibidem ait, victum in cauſa appellationis abſolui ab expenſis propter prioris ſententiæ authoritatem, ſi tamen euidenter eſſet iniuſta contra leges & ſacras conſtitutiones lata, vel contra manifeſtum ius litigatoris, rectè prudenterque Iudicem facturum exiſtimo, ſi & ſententiam talem reformauerit, & temerè litigantem expenſarum condemnatione mulctauerit.

CAPVT XLII.

Victus victori in cauſis criminalibus ſitne condemnandus in expenſis.

DVplex eſt Doctorum ſententia hac de re. Altera, eſſe condemnandum. Ita docuerunt Bart. ad l. 1. ff. Ad Turpil. Iaſ. ad l. Properandum. §. Siue autem alterutra. C. de Iudicijs. Imola in c. Finem litibus. de dolo & contumacia. Couuar. practicar. quæſt. c. 27. Andr. Geyll. lib. 1. Obſeru. 152. Hippolytus Riminal. in conſ. 303. lib. 3.

Huius ſententiæ argumenta hæc ſunt. Primum ſumitur ex dicto §. Siue autem alterutra. Vbi generaliter eſt conſtitutum, victum victori condemnandum eſſe in expenſis.

Secundum argumentum eſt ex l. 3. C. Qui accuſare non poſſunt. Vbi dicitur. Eos, qui crimen publicum inſtituere properant, cogendos eſſe cauſam proſequi, vocandosque eſſe, vt veniant, ſi iudicio præſentes non fuerint. Quod ſi non adfuerint, *non ſolùm extra ordinem*, inquit textus, *æſtimatione Iudicis puniendi ſunt, ſed etiam ſumptus, quos in eam rem, & circa ipſum iter ad litem vocati fecerunt, pendere cogentur.*

Tertium argumentum eſt ex l. Patre & Marito. ff. de quæſt. & ex l. Si poſtulauerit §. Si reus. ff. de Adult. quibus legibus habetur, quæſtionem habendam eſſe de ſeruo adulterij accuſato, ſi accuſator hoc deſiderauerit. Cæterùm, ſi reus abſolutus fuerit, ſiue mortuus fuerit ſeruus, ſiue adhuc viuat, æſtimari damnum oportere, & accuſatorem ipſum æſtimationem præſtare.

Quartum argumentum ſumitur ex l. vlt. C. de fructibus & litium impenſis. Agit Imperator ibi de litigatore, priuilegium aliquod habente, quoad litis expenſas, & ita dicit: *Per hanc legem decernimus, vt quicunque huiuſmodi priuilegio munitus eſt, vel poſtea talem prærogatiuam quolibet modo meruerit, ſciat, & ſi quos ipſe, vtpote obnoxios ſibi, pro quacunque criminali, vel ciuili cauſa conſtitutos, in accuſationem deduxerit, hos nihilominus iſdem priuilegijs vſuros.* Hactenus Imperator. Ex cuius verbis infertur etiam in cauſis criminalibus locum eſſe condemnationi expenſarum, quia ſi locus non eſſet, fruſtrà de tali priuilegio ageretur, quoad criminales cauſas.

Quintum & poſtremum argumentum eſt huiuſmodi. Non debet hominum dolis & malitijs aditus aperiri. l. In fundo. ff. de rei vendic. Sed ſi victus accuſator in cauſis criminalibus ad expenſas non eſſet condemnandus, via malitijs aperiretur, atque occaſio præberetur malis hominibus, alios iniuſtè accuſandi. Ergo, &c.

Altera eſt ſententia, victum victori non eſſe damnandum in expenſis, in cauſis criminalibus. Ita docuit olim Iacob. Butrigarius, teſte Bartolo in l. 1. ff. Ad Turpilianũ. Anton. Butr. in c. Finem litibus. de dolo & contumacia. Alberic. ad l. Athletas §. Calumniator. ff. de his qui notantur infamia. Et alij quos refert & ſequitur Mynſingerus in conſ. 59. Decade 6. Cuius ſententię fundamentum eſt, quòd in calumniatorem, qui ſcilicet ſcienter falſa crimina in alium intendit, pœna iure conſtituta ſit, vt in l. 1. ff. ad Turpilian. & in l. vltima. C. de Calumniator. & alibi. Quod verò in expenſas condemnandus ſit, nullo iure conſtitutum eſt.

Ego ſanè hanc poſteriorem ſententiam probabiliorem eſſe exiſtimo, & argumenta habeo ſatis, vt mihi videtur, probabilia. Primum ex l. Non ignoret. C. de fructibus & litium expenſis: *Non ignoret*, inquit textus, *is, cuius ex interpellatione aliquis ſecundùm datam formam in longinqua protractus fuerit examina, quod ſi culpa ſua fuerit dilata cognitio, vel minimè actioni ſuæ affuerit, vel delata non probauerit, pro calumnia quidem, pœnam luat legibus conſtitutam. Pro pecuniaria verò cauſa, poſt ſumptus, conſiderata quantitate poſtulatorum, vel medij itineris*

nerit internallo, condemnationem pro aestimatione Iudicis sustinebit.

Sumitur argumentum ex hoc loco, quatenus Imperatot docet, Accusatotem pro calumnia puniri, si delata non probauerit, non autem in expensis condemnari, & hoc in causis criminalibus. In pecuniarijs autem locum esse condemnationi expensarum.

Secundum argumentum sumo ex cap. Calumniam, de pœnis, ibi: *Praecipimus, vt de caetero in causis pecuniarijs, victus victori in expensis condemnetur.* Ex quibus verbis patet, summum Pontificem ita hanc rem interpretatum esse, vt expensarum condemnatio locum habeat in causis pecuniatijs tantum. Nam si & in causis criminalibus locum haberet, generaliter praecepisset, victum victori in expensis condemnandum.

Tertium argumentum illud est, quòd nulla lege id constitutum est, vt in criminalibus sit locus expēsarum condemnationi. Et quidem calumniatot punitut similitudine supplicij, l. vlt. C. de Calumniatcr. Temerè autem accusantem nullam pœnam mereri, dicit Iurisconsult. in l. 1. vers. quæri potest. ff. ad Turpil. Quamobrem in nostra potestate situm non est, vt id cōstituamus, quod lex non dicit, nec constituit. l. Illam. C. de collat.

Ad primum argumentum contrariæ sentētiæ respondeo, tex. in d. §. Siue autem alterutra, de causis ciuilibus loqui, non autem de criminalibus, & licet in principio legis, de causis criminalibus mentio fiat, id tamen aliò pettinet, nempe ad ostendendum, etiam in causis criminalibus certum esse tempus constitutum, intra quod expediri debeant.

Ad secundum respondeo, tex. in d. l. 3. C. Qui accusare non possunt, de accusatore contumace loqui, quæstio verò nostra loquitur de Accusatore victo.

Ad tertium respondeo, illas leges loqui de serui æstimatione in causa Adulterij, in qua si absoluatur, Accusator duplum pretij soluere Domino tenetur. Sed hoc cum expensarum condemnatione nihil prorsus commune habet.

Ad quartum respondeo, priuilegium, de quo in d. l. vlt. quantum ad causas criminales attinet, locum habere posse in accusatore contumace, vel vbi ciuiliter tractatur causa, & si qui sunt alij casus. Nam in Accusatore victo, locum habere non potest, vt patet ex dictis.

Ad vltimum respondeo, Alijs modis accusatores & calumniatores puniri debere, quàm expensarum condemnatione, licet enim similitudo supplicij nō sit in vsu, nihil tamen prohibet, quò minus pro æstimatione Iudicum, audacia calumniantium comprimi possit, ac debeat. & his modis occurratur hominum malitijs & dolis.

CAPVT XLIII.

Vtrum Iudex necessariò de incidenti quaestione pronunciare nominatim debeat.

ANtiquus Interpres Placentinus, vt Accursius refert in l. 1. C. de ordine cognitionū, existimauit, Iudicem necessariò pronunciare debere de quæstione incidenti.

Primò, quia de qua re Iudex cognouit, pronunciare etiam debet l. De qua re. ff. de Iudicijs. Sed de incidenti quæstione cognoscit. Ergo, &c.

Secundò mouebatur ex l. Intra vtile. ff. de Minorib. vbi Iurisconsultus refert, super ætate à Iudice pronunciatum fuisse, de qua inciderat quæstio.

Tertiò ex l. 3. ff. de præuaricator. ibi: *Vt non prius accusetur, quàm de prioris accusatoris praeuaricatione constiterit, & pronunciatum fuerit.* Sic Iurisconsultus. Erat autē illa quæstio incidens in ea specie.

Cæterùm diuersam habuit sententiam Bulgarus, Glossator antiquus. Primò ex l. 1. C. de ordine Iud. in illis

A verbis: *Pertinet enim ad officium Iudicis, qui de haereditate cognoscit, vniuersam incidentem quaestionem, quae in Iudicium deuocatur, examinare, quoniam non de ea, sed de haereditate pronunciat.* Secundò ex l. 2. de ordine cognitio. in illis verbis. *Sed sufficit ei, qui libertate vtitur ad victoriam de haereditate, secundùm eum esse pronunciatum.*

Tertia est sententia Ioannis, similiter antiqui Glossatoris. Ita ille distinguebat. Aut de incidenti quæstione loquimur, quæ ante ceptum Iudicium originem, & causam habet, vt si quæstio sit, An Actor sit filius, An sit liber. & id genus. Et tunc Iudex necessitatem pronunciandi non habet, vt probatur ex legibus allatis, pro sententia posteriore. Aut de incidenti quæstione agitur, quæ non ante iudicium, sed post Iudicium inchoatum, originem & causam habet, vt si quæstio sit, An Iudex sit competens, An Procurator mandatum habeat idoneum, & id genus, & tunc necessariò pronunciandū est, secundùm leges pro sententia priore adductas. Si ta-
B men quæstio criminalis incideret, cùm de Ciuili causa agitur, vel è contrà, tunc de vtraque pronunciandum esse dicebat, & quidem prius de criminali quæstione, vt in l. 3. & 4. C. de ordine Iudicior.

Hanc sententiam tertio loco relatam secuti sunt Bartol. Castr. Sicard. & alij in l. 1. C. de ordine Iudicior. & Canonistæ in cap. 1. de ordine cognition. excepto quòd nonnihil discrepant circa declarationem, quæ sit incidens, & quæ sit emergens quæstio. Qua de re videndus est Menoch. de Arbitr. Iud. quæst. 45. Illud Bartoli monet, super incidenti pronunciandum esse, cùm de exceptione agitur opposita ad impediendum processum Iudicij. Castrensis verò monet de quęstione emergenti Iudicem quidem pronunciare debere, sed sufficere si tacitè pronunciet, nisi quæstio vertatur, An sit Iudex competens, nec ne, quia tunc expressè pronunciare debet. Hæc ferè sunt ab alijs tradita, vt videre licet ex Ioanno Baptista Asinio, in praxi Iudiciaria. §. 18. cap. 2.

C Ego verò sequentibus conclusionibus vniuersam hāc disputationem, facilius explicari posse censeo.

Prima conclusio. Cùm de incidenti quęstione agitur, quæ ipsius causæ merita respicit, vt si quæratur, num aliquis sit filius, vel liber, in eum finem, vt hæreditatē consequi, vel non consequi possit, tunc necesse non est Iudici de tali quæstione incidenti pronunciare. Verùm sufficit si de principali causa pronūciauerit. Probatur ex l. 1. C. de ordine Iudicior. ex l. 2. C. de ordine Cognitio. & ex cap. 1. eod. tit.

Secunda conclusio. Cùm de incidenti quęstione agitur, causæ quidem merita respiciente, sed tamen quę ad impediendum causæ processum obijcitur, de illa Iudicē pronunciare oportet, priusquam de causa principali pronunciet, Probatur ex l. Intra vtile. ff. de Minor. & ex l. 3. ff. de Præuaricator.

Tertia cōclusio. Quoties agitur de quęstione incidenti, quam Doctores nostri emergentem appellant, vt An
D dilatio sit concedenda? An Procurator sit idoneus? An libellus sit ineptus? & similia, quę causę merita non respiciunt, Iudicem pronunciare oportet, vt in l. A procedente. C. de Dilationib. & in l. liberis. §. vlt. ff. de liberali causa. Ibi. *Quod si pronunciatum fuerit eo tempore, &c.*

Quarta conclusio. Licet necessè sit de tali emergente quæstione pronunciare, sufficit tamen si Iudex tacitè pronunciet, ad vlteriora scilicet procedendo, exceptione non obstante. Argumento textus, in cap ex parte 67. de Appellatio. ibi: *Sed quia dicti Iudices hac exceptione neglecta, &c.* Nisi agatur de illa quęstione. An Iudex sit cōpetens? tunc enim expressè pronunciare debet, vt videatur esse certus de sua Iurisdictione. Argumēto, l. 2. §. Sed si dubitetur & l. Si quis ex aliena. ff. de Iudicijs. Sed mihi magis probatur Innocentij sententia in cap. de Dilatio. videlicet etiam hoc in casu sufficere tacitam pronunciationem, vt si mandet ad vlteriora procedi. Et ita sæpissimè obseruatum vidi, sanisque Iudex, cer-

tum se esse de sua iurisdictione, ita pronunciando, significat. Neque contrarium docent leges allegatæ, etsi id dicant, Iudicem æstimare debere, An sua sit iurisdictio, si de illa dubitetur, quia, dum ita Iudex pronunciat, in consequẽtiam pronunciat, se competentem Iudicẽ esse.

Postrema conclusio. Vbi criminalis quæstio concidit cum ciuili, aut contrà; ciuilis cum criminali, de ea est pronunciandum, prius tamen de criminali, l. 3. & 4. C. de ord. iudicio.

CAPVT XLIIII.

Vtrum Iudex secularis de causa spirituali & Ecclesiastica, quoad ea, quæ consistunt in facto, cognoscere, & iudicare queat.

Nter omnes conuenit, Iudicem secularem de causa spirituali, quamuis quæstio sit incidens, vel emergens, cognoscere & pronunciare nõ posse, ita enim S. Pontifex docuit, in c. Tuam, de ordine cognit. in c. Lator. & in c. Causa. Qui filij sint legitimi, & alibi. Sed vtrum saltem cognoscere possit de ipso facto, vtputa, An Matrimonium fuerit contractum? An ita contractus fuerit celebratus? & similia, non est eadem omnium sententia. Etenim id licere Iudici seculari affirmant Bart. ad l. Quoties. C. de iud. & ad l. Titia. ff. Soluto matr. & ibi ẽt Alex. Couuar. qui alios commemorat in Epitome de sponsalib. parte 2. cap. 8. §. 12. nu. 3. & Senatus Pedamõt. decis. 137. nu. 11. Fundamentum est, quia talis causa merè est profana, neque vllo modo spiritualis & Ecclesiastica. Vnde nihil proponitur, cur ea cognosci, ac definiri non possit à Iudice seculari.

Cæterùm contrariam senẽtiam secuti fuere Bald. ad d. l. Quoties, & ad l. Omni nouatione. C. de sacrosanctis Ecclesijs. Imola in d. l. Titia. ff. Soluto matr. & in c. Cum sit generale. de foro competenti. Lapis allegatio. 55. Reuerende Domine. Quibus Doctorib. & ipse adstipulor, quoniam hæc quæstio, licet in facto consistat, tamen est de re spirituali & Ecclesiastica, de qua Iudex laicus cognoscere nullo modo potest.

Confirmatur hæc sententia ex cap. si Iudex laicus, de sententia Excommunicationis lib. 6. vbi deciditur, quæstionem illam, An aliquis sit Clericus? (quæ tamen videtur esse quæstio facti) à Iudice Ecclesiastico examinandam & definiendam esse. Denique si Iudex laicus de quæstione facti cognosceret, de quæstione autem Iuris Iudex Ecclesiasticus, nihil esset aliud, quam causæ vnius continentiam diuidere, contra l. Nulli. C. de iud. & diuersis processibus intricare negotium, vt in simili casu dicebat S. Pont in c. Tuam. de ordine cognit.

Ad argumentum respondeo, negando quæstionẽ facti merè profanam esse, deinde dato quod profana esset, cùm attingat rem spiritualem, & circa eam versetur, ac de ea sit cognoscendum in ordine ad causam spiritualẽ, tota hæc res videtur mihi à Iudice Ecclesiastico decidenda.

CAPVT XLV.

Vtrum Iudex delegatus alium subdelegare possit, si eam habeat à delegante potestatem.

Vdicem delegatum, cui substituendi alium, siue vt Doctores loquuntur, subdelegandi potestas à delegante concessa est, posse aliũ substituere, atque subdelegare, docuerunt Bart. Alberic. Fulgos. Alex. Zasius, & alij multi in l. More. ff. de iurisdict. om. Iud. Ias. in l. A Iudice, num. 9. C. de Iudicijs.

Argumenta sunt ista. Primum sumitur ex l. Vnum ex familia. §. Si Falcidia. ff. de legatis. 2. Vbi dicitur, electum

A ab Hærede ex potestate à Testatore data, videri electũ ab ipso testatore. Ergo, & in proposita quæstione is, qui à delegato substituitur, videtur ab ipso delegante substitutus.

Secundum argumentum est ex l. Non distinguemus, §. quæsitum. ff. de Arbitris. vbi dicitur, Arbitrũ electum à partibus, non posse controuersiam in alterius arbitriũ conferre. Si tamen talis à partibus potestas ei data fuerit, posse.

Tertium sumitur ex l. Cum esset. §. vlt. ff. de seru. rust. præd. dum ibi dicitur, Eum, qui seruitutem Aquæductus habet, alteri non posse eam seruitutem cedere, nisi data sit à Domino potestas.

Quartũ sumitur ex l. Solet ff. de Officio eius cui mandata est iurisdict. & alijs similibus locis, quibus dicitur, delegatum fungi vice delegantis. Si enim vice delegãtis fungitur, Ergo subdelegare poterit.

Quintum & postremum argumentum est huiusmodi. Quæ iure magistratus competunt, delegari possunt, l. 1. ff. de Officio eius cui mandata est iurisdict. Sed delegandi potestas iure magistratus competit. l. Imperium. ff de iurisd. om. iud. Ergo alteri mandari potest. Si mandari potest. Igitur delegatus talem habens potestatem subdelegare poterit.

B

Cæterùm cõtrariam sententiam secuti fuere Petr. & Cyn. in d. l. More. Specul. in tit. de Iudice delegato. § 2. vers. Sed nunquid subdelegatus. Io. Imolen. in cap. super quæstionem. §. porrò, nu. 7. de Officio delegati. Et hanc sententiam veriorem esse dicit Alex. in d. l. A Iudice. C. de Iudicijs.

Argumenta sunt ista. Primum est ex d. l. A Iudice, & similibus, quibus dicitur, A Iudice Iudicem datum, Iudicem dare non posse, nisi à Principe Iudex datus fuerit, & sic specialiter constitutum est, vt delegatus duntaxat Principis, alium subdelegare possit.

Secundum argumentum. Iudex incertus dari non potest. c. Ad hæc, de rescript. Ergo delegato Iudici subdelegandi potestas dari non potest, quoniam si dari posset, Iudex incertus daretur.

C

Tertium argumentum. Delegandi potestas maioribus duntaxat Magistratibus concessa est. l. Cũ Prætor. ff. de Iudicijs. Ergo non potest alteri concedi. Videretur autẽ concedi posse, si diceremus delegatum subdelegare posse ex potestate sibi concessa.

Tertia est sentẽtia Angeli in d. l. More. Ita distinguẽtis, vt si quidem potestas subdelegandi fuerit simpliciter concessa, tunc delegatus subdelegare non possit, secundùm sententiam posteriorem, secus autem si delegato ea potestas data fuerit, vt nomine ipsius delegantis, subdelegare possit, quia tũc subdelegare poterit, iuxta priorem sententiam.

Quarta & postrema est sententia Decij in comment. d. l. More. nu. 42. aliter distinguentis. Vt si potestas subdelegandi data fuerit certa persona nominata, tunc liceat delegato, eam personam substituere & subdelegare, secus autem si generaliter potestas data fuerit subdelegandi. Pro qua distinctione argumentum sumit ex c. Si cui nulla. de Præben. lib. 6.

D

Mihi eorum sententia probabilior videtur, qui delegatum negãt subdelegare posse. Et moueor eo argumento, quod supra tertio loco pro hac sententia relatum est, quodque planius & plenius deduci potest in hunc modum. Quæcunque specialiter lege, vel Senatusconsulto, vel Constitutione Principum certis tribuuntur Magistratibus, ea in alios transferri non possunt ab ipsis Magistratibus, l. 1. ff. de officio eius cui mandata est iurisd. Sed potestas Iudicem dandi, siue vt Doctores loquuntur, delegandi, ac subdelegandi, certis Magistratibus concessa est specialiter lege, vel Senatusconsulto, vel Constitutione Principum. Ergo non potest talis Magistratus eam potestatem in alios transferre. Quod si verum est, sequitur delegantem concedere non posse delegato, ta-

lem

lem subdelegandi potestatem, & per consequens ipsum delegatum, subdelegare non posse, licet talem habuerit potestatem.

Minor propositio probatur ex l. Cum Prætor. ff. de Iudicijs. in illis verbis: *Iudicem dare possunt, quibus hoc lege, vel Constitutione, vel Senatusconsulto conceditur.* Ergo potestas dandi iudicem in alium transferri non potest l. 1. ff. de off. eius, &c.

Ad primum argumentum respondeo, Id tantum probare, scilicet subdelegatum ab ipso delegante datum videri: Sed obstar huic rei, quod delegans eam potestatem delegato conferre non potuit.

Ad secundum respondeo, illud in arbitris procedere, eam specialem ob causam, quòd vniuersa arbitrorum potestas, pendet ex compromisso, & ex potestate à partibus ipsis arbitris data, l. Non distinguemus. §. De officio, ff. de recep. arb.

Ad tertium respondeo. Illud in priuatis Iuribus, & negotijs locum habere, quorum Dominus est moderator B & Arbiter, secus in Iudicijs & Magistratibus. est dicendum, quia Iura Magistratuum & Iudiciorum ex legum forma sunt metienda, atque censenda, non cuiusuis arbitrio.

Ad quartum respondeo. Nego consequentiam. Etsi enim delegatus fungitur vice delegantis, non tamen omnia potest expedire ac facere, quæ potest delegans, quia nec ipse delegans potest, talē delegato tribuere facultatē.

Ad vltimum respondeo. Negando Iudicis dandi potestatem, Iure Magistratus competere; quoniam ijs tantū competit, quibus à Lege, vel Senatusconsulto, vel Constitutione conceditur, vt in d. l. Prætor. ff. de Iudicijs. Nec cōtrarium docet l. Imperium. ff. de Iurisd. omn. Iud. quoniam id tantum docet, Iurisdictionem esse etiam Iudicis dandi licentiam, sed non dicit, eam licentiam competere omnibus Magistratibus Iurisdictionem habentibus.

CAPVT XLVI. C

An delegatus vnum saltem ipsius causæ articulum subdelegare possit?



SEd & illud cōtrouertitur: an delegatus possit vnum saltem ipsius causæ articulum subdelegare? & posse respondit Bartolus in l. More. ff. de Iurisdict. omn. Iud. Authoritate textus in Clement. 1. de off. delegat. quæ tamen nihil facit, cùm de Principis delegato loquatur. Quam ob rem communior & verior est sententia talem delegatum non posse vnum articulum causæ subdelegare. Ita docent Alexand. Iason & alij in l. A Iudice. C. de Iudicijs. & probatur satis luculenter ex l. A Iudice. C. de Iudicijs. dum ibi generaliter habetur, Iudicem datum, alium Iudicem dare non posse. Item probatur ea ratione, quòd delegatus nihil proprium habet, sed delegantis Iurisdictione vtitur. l. 1. §. Qui mandatum, ff. De officio D eius, &c. Quare ad instar Vsuarij suum ius in aliū transferre non potest, nec in totum, nec in partem.

CAPVT XLVII.

Vtrum delegatus Principis causas meri Imperij subdelegare possit?



NOn desunt qui existiment, Principis delegatum causas meri Imperij subdelegare posse, quibus tamen alij non pauci aduersantur, vt videre licet ex Iacobo Menochio de Arbitr. Iud. q. 54.

Affirmantis sententiæ argumenta sunt ista. Primum ex l. 1. C. Qui pro sua Iurisdictione, &c. in illis verbis: *Hæc teneant, nisi Iudices à nobis specialiter delegantibus dati, alijs causas delegauerint iudicandas. Nam his delegan-* A *tibus nullo personarum, causarumve habita tractatu appellationum ad eos Iura remeabunt.*

Secundum argumentum. Causæ meri Imperij cùm alicui delegantur à Principe, videntur esse iam delegabiles effectæ, vt dicitur de re semel alienata, quòd sit alienabilis effecta, vt loquuntur nostri, in l. Pater. §. Quindecim. de legat. 3. Ergo delegari possunt.

Tertium argumentum. Delegatus Principis est maior ordinario. c. Pastoralis. de officio delegat. Ergo vt aliquid plus Iuris, quàm Ordinarius habeat, delegare huiusmodi causas poterit, licet ordinarius non possit.

Quartum & postremum, Subrogatum sortitur naturam eius, in cuius locum subrogatur. l. Si eum. §. Qui iniuriarum. ff. Si quis cautio. Ergo delegatus Principis, videtur esse loco Principis. Et consequenter delegare posse tales causas, sicuti Princeps potest.

Istis nil morantibus contraria sententia mihi magis probatur. Primò authoritate l. 1. ff. de officio eius cui mā- B data est Iurisdict. ibi. *Et ideo videntur errare Magistratus, &c.* Patet enim ex illa lege, quæcunque specialiter, lege, vel Senatusconsulto, vel Constitutione Principum demandantur, sicuti sunt causæ meri Imperij, non posse alijs demandari. Secundò ex regula generali. Nemo potest gladij potestatem sibi concessam ac demandatam alij demandare. l. Solet. ff. de officio Proconsul. l. Nemo potest gladij. de reg. Iur.

Ad primum argumentum respondeo, non eum esse sensum dictæ l. 1. vt delegatus Principis possit nullo adhibito discrimine causas omnes alijs demandare, sed sensus est, Neminem posse alienæ Iurisdictionis causam delegare, sed ita demum delegationes valere, si ad Iurisdictionem pertineant delegantis. Cæterùm si Iudices ab Imperatore specialiter dati alijs causas delegauerint, nō esse tractandum, an causæ pertineant ad Iurisdictionem delegantis: quia omnes causæ possunt ab Imperatore delegari, cùm in omnes Iurisdictionem habeat; Et conse- C quēter Iudices delegati ab Imperatore, si alijs causas delegauerint, non est dubitandum quin delegare poterint, cùm Imperatorem ipsum repræsentent, & ab eo delegati fuerint, is verò in vniuersos Iurisdictionem & Imperium habeat.

Ad secundum respondeo, longè alienum esse à quæstione nostra id, quod habetur in d. §. Quindecim, nec enim licere ex *Boccardicis*, vt vocant, argumentari, ad quæstionem longè diuersam.

Ad tertium nego consequentiam, quia argumentum, à minori ad maius, valet ad negandum, non ad affirmandum, hoc modo. Non licet hoc facere illi qui est maior, Ergo neque illi, qui est minor, non autem ita. Id non potest facere is, qui minor est. Ergo facere poterit is, qui maior est. Fieri enim potest, vt neque maiori, neque minori data sit ea potestas.

Ad postremum respondeo. Delegatum Principis fungi D vice delegantis, & loco Principis haberi quoad cognitionem causæ demandatæ; sed præterea nihil proprij Iuris habet; Ideo nec delegare potest, præsertim legibus id vetantibus, vt iam dictum est.

CAPVT XLVIII.

Quomodo accipiendum sit, quod dicitur in l. Vnica. C. de sententijs, quæ pro eo, quod interest; nempe id, quod interest, dupli quantitatem excedere non posse.



CVm Iustinianus dicat in l. Vnica. C. de sententijs quæ pro eo, quod interest, proferuntur. Id, quod interest, excedere non posse dupli quantitatem, controuersia est inter Doctores, quomodo id accipiendum sit. Et quidem Placentinus dicebat, sic accipiendum esse,

vt non

vt non excedat duplum precij conuenti. Bulgarus autem, vt non excedat duplum precij communis. Accurſius; *Nec vnum, nec aliud*, inquit, *ſed quod plus eſt*, hoc eſt, ſi commune precium rei in contractum deductæ, ſit maius precio conuento, id duplandum eſt, Si verò precium conuentum maius ſit precio communi, illud duplari debet. Accurſium ſequi videtur Bartolus, ſed Placentini ſententia verior & communior eſt; Secuti eam ſunt Alciatus, Cagnolus, Rebuffus, Decius & Cuiacius in comment.d.l.Vnica.

Itaque, ſi rem venditam precio centum aureorũ, mihi non tradideris, id, quod mea intereſt, petam, l.1.ff.de Actio.empt. Cæterùm illud excedere non poterit duplum dicti precij. Probatur hæc interpretatio, quia in duplo ſimplum ineſt.§.Tripl.in Inſt.de Actio. Simplum autem eſt æſtimatio rei in contrarium deducta & expreſſa à contrahentibus, non autem communis æſtimatio, quia ad eam non reſpexerunt contrahentes. Huc accedat, quòd Imperator loquitur de caſibus, qui certam habent quantitatem, & in illis ſtatuit id, quod intereſt, duplum excedere non poſſe. Vnde neceſſariò id referendum eſt ad æſtimationem in contractum deductam, quæ certa eſt & definita, non autem ad communem æſtimationé, quę incerta & varia eſſe poteſt.

CAPVT XLIX.

Vtrum etiam in delictis id, quod intereſt, ad dupli condemnationem ſit reſtringendum.

ID, quod intereſt in caſibus, qui certam habent quantitatem, vel naturam, duplum excedere non poſſe, certi Iuris eſt. Sed non vſque adeo exploratum eſt, An & in delictis, ſeu in obligationibus, quæ ex delictis deſcendunt, idem conſtitutum eſſe intelligatur. Affirmant, Bartolus ad l.Vni.C.de ſententijs, q̃ pro eo, quod intereſt, nu.26. Deci.nu.70 Rebuff.ſuper Gloſ. in verbo. In omnibus caſibus. Et fundamentum ponũt in d.l.vnica, in illis verbis: *Sancimus itaque in omnibus caſibus, qui certam habent quantitatem, vel naturam, &c.* Hæc enim verba generalia comprehendere videntur omnes caſus, etiam ex delictis deſcendentes, & licet textus ſubiũgat; *Veluti in venditionibus & locationibus, & in omnibus contractibus.* Exempla tamen non reſtringunt regulam, ſecundùm regulas vulgares.

Cæterùm contrariam ſententiam Alciatus habuit in commentar.eiuſdem l vnicæ, cap.10. Motus primò ex l. Iulianus.ff de Actio.empt.vbi patet, id, quod intereſt, excedere duplum, quia prouenit ex dolo venditoris; qui ſcienter, tignum vitioſum & pecus morboſum tradidit.

Secundò ex l.Inficiando.§.1.ff.de furtis Vbi Iuriſcõſultus ita dicit: *Si tibi ſurreptum eſt, quod niſi die certa dediſſes, pœnam promiſiſti, ideoq́, ſufferre eam neceſſe fuit, furti actione hoc quoque æſtimabitur.* Ex hoc loco argumentum ſumitur, quia talis pœna duplum excedere potuit, rei furto ſubtractæ.

Tertiò, ex l. Sẽper.§. Hoc interdicto. ff. Quod vi aut clàm: *In hoc interdicto*, inquit, *tanti lis æſtimatur, quanti Actoris intereſt opus factum non eſſe.* Ergo duplum excedere poterit.

Ego Alciati ſententiam probabiliorem eſſe iudico. Sed primum & tertium argumentum nil me mouent; Nam quod attinet ad l.Iulianus, illa loquitur in caſu incerto. Nempe cùm id, quod intereſt, debetur ex ea ſtipulatione, Dolum malum abeſſe oportere, ſicuti declarat Alciat.in commentar. d.l Vnicæ, cap.9.nu.26. Item illa lex loquitur non in delictis, ſed in contractu emptionis & venditionis. Quòd verò attinet ad tex. in §. Hoc interdicto, loquitur in caſibus incertis. Reſtitutionis enim cauſa, vtpote facti, incerta eſt. ſicuti optimè declarat Iacobus Cuiacius i Parat.C.de ſentẽtijs, q̃ pro eo, qđ intereſt.

Vt igitur Alciati ſententiam amplectar, illud me primum impellit, quòd Imperator in d.l.vnica, conſtitutionem edidit de eo, quod intereſt, vt antiquorum Iuriſconſultorum circa illud infinitatem & prolixitatẽ tolleret. Talis autem prolixitas in delictis non erat, quia in delictis plerunque agitur de pœna, nõ autem de eo, quod intereſt. Deinde exempla profert in contractibus, & licet exempla non reſtringant regulam, declarant tamen, in quibus caſibus regula ſit intelligenda, vt docet Gloſ in l. Nunquam plura.ff.de priuatis delictis, & præclarè Bellonus lib.3.ſupputatio.Iuris.c.10.nu 1.

Secundò mouet me tex.in d.l.Inficiando.§.1.Reſpondet Bart.Ibi non agi de intereſſe, ſed de pœna. Nõ rectè. Quia textus ait: *Hoc quoque æſtimabitur.* Illud verò non eſt pœna furti, ſed eſt intereſſe eius, qui furtũ paſſus eſt, quia ſcilicet pœnam ſoluere coactus eſt, propterea, quod rem non tradidit, quia furto ſubtracta fuit.

Reſpondet ſecundò Rebuffus loco ſuperiùs annotato. Illum textum eſſe declarandum ex l.vnica.vt ſcilicet talis ęſtimatio duplum excedere non poſſit, rei furto ſublatæ. Non rectè. Quia nec textus hanc declarationem patitur, & pœna promiſſa potuit eſſe triplo maior.

Tertiò reſpondet idem Rebuffus, dictum textum loqui de pœna certa, & conuenta inter partes, quę quantacunque ſit, præſtanda eſt. Non rectè. Quia pœnæ ſtipulatio interpoſita non fuit inter furem & dominum rei, ſed inter dominum rei, & alium tertium, & nihilominus fur cõdemnatur in id, quod intereſt ipſius domini, propter eam pœnæ ſtipulationem.

CAPVT L.

Vtrum pœnæ conuentionales duplum excedere poſſint.

IN explicatione eiuſdem l vnicę. C.de ſenten. quæ pro eo, quod intereſt, proferuntur, controuerti ſolet de pœnis conuentionalibus, an poſſint excedere duplũ, ad ſimilitudinẽ eius, quod intereſt. Et variæ ſunt diſſidenteſque Doctorum ſententiæ.

Prima eſt Accurſij eò loci, vt ſi quidem pœna conuentionalis adijciatur per verba multiplicatiua (ita enim ipſe loquitur) veluti duplum, triplum, quadruplum, &c. tunc quadruplum excedere non poſſit, ſicuti nec pœnæ legales, vt in § Omnes.Inſtit.de Actio. Aut adijcitur certa ſumma expreſſa, puta mille, &c. & valet in infinitum. Argumento tex in § Alteri. in Inſtit. de inut.ſtip.& in l. Stipulatio iſta.§. Alteri.ff.de verb.oblig.

Secunda eſt ſententia Bartoli, in d.l.vnica, nu.21. Aut iſta nomina duplum, triplum, &c. referuntur ad certam & taxatam quantitatem, & tunc poteſt aſcendere pœna in quantum contrahentes voluerint, quia eadem eſt ratio, ſicuti quando profertur per nomina ſimplicia. Tantundem enim eſt dicere, ſub pœna mille, quantum ſi dicerem ſub pœna quadrupli, cùm ducenta ſunt promiſſa? Si verò iſta verba referantur ad quantitatem incertam, non poteſt excedere quadruplum; imò fortè nec duplũ, argumento d.l.Vnicæ.

Tertia eſt ſententia Ludo. Romani in conſi.510. & Menochij de Arbitrar.Iud.caſu 160. Vt ſi quidem pęna adijciatur propter contemptum, tunc arbitrio Iudicis ſit definienda; ſi verò loco intereſſe adijciatur, tunc ſi contractus certam contineat quantitatem, duplum excedere non poterit, ſicut nec illud, quod intereſt. Excipiuntur tamen aliqui caſus, vt ibi per Menoch nu.33.

Quarta eſt ſententia Alciati in commentarijs d.l.Vnicæ, cap.11. Pœnam conuentionalem excedere non poſſe id, quod re vera intereſt: Videtur enim in eius locũ ſubrogata, & Imperator Iuſtinianus, in d.l. Vnica argumentum ſumit ex pęnarum moderatione, ad moderationem eius, quòd intereſt.

Quinta

Quinta est sententia Petri & Imolæ ac aliorum, quos Rebuffus commemorat in commentarijs d. l. Vnicæ in Glol. in ver. Proferuntur, pęnam conuentionalem, ad instar pœnæ legalis, quadruplum excedere non posse.

Postrema est sententia Innocentij in c. Sacro. de sent. excommun. Et Rebuffi loco annotato, nu. 33. Pœnam conuentionalem, & duplum, & quadruplum excedere posse, & quantacunque fuerit in stipulationem deducta, præstandam esse, nisi in fraudem vsurarum fuerit promissa: iuxta l. Iulianus. §. Ibidem Papinianus. ff. de Actio. empti.

Confirmatur hæc sententia ex regulis generalibus, quibus dicitur contractus ex conuentione legem accipere. l. 1. §. Si conueniat. ff. de Pactis. Pacta & promissa seruanda. l. 1. ff. de Pactis, cum similibus. Sed iudicio meo melius confirmari potest ex l. Stipulatio ista. §. Alteri ff. de verb. oblig. vbi dicitur, non esse inspiciendum quid intersit, sed quæ sit pœnæ quantitas in stipulationem deducta.

Et hæc sententia videtur mihi cæteris longè probabilior, si modò ita intelligatur, vt valeat quidem pœnalis ipsa conuentio & stipulatio, quantacunque sit pœna, sed tamen Iudex moderari ac taxare debeat ipsam pœnam, nec pati, vt immoderata exigatur pœna; sicuti docet summus Pontifex, in cap. Suam, de pœnis, quo ex responso exemplum sumi potest pœnę & immoderatę & meritò damnandæ. Atque hæc sententia disertè probatur ex verbis d. l. Vnicæ. ibi: *Cùm sciamus esse naturæ congruum, eas tantummodò pœnas exigi, quæ vel cum competenti moderamine proferuntur, vel a legibus certo fine conclusæ statuuntur.* Atque ita se vidisse obseruatum à Senatu Parisiensi testatur Rebuffus loco superiùs annotato, n. 49.

CAPVT LI.

Vtrum aduersus rem iudicatam restitutio detur propter instrumenta nouiter reperta, cùm quis ex iusta & probabili ignorantia, ea non produxerit.

DVæ sunt Doctorum sententię hac de re. Altera affirmans, altera negans. Affirmantis authores sunt Innoc. Io. Andr. Bald. & Panorm. in c. Vltra tertiam, de testib. & alij: quos refert, & sequitur Sfortia Oddus, de restit. in integrum quæst. 72. Art. 3. Negantis autem Cuman. in l. Imperatores. ff. de re Iud. Fulgosius in consi. 181. nec non in l. Arbitrio. §. Dolo. ff. de dolo malo.

Affirmantis sententię argumenta sunt ista. Primum. Restitutio in integrum ex iusta causa conceditur, etiam maioribus viginti quinque annis. l. 1. ff. Ex quibus caus. maio. Sed ignorantia est causa iusta & probabilis. l. 1. §. Si quis autem. ff. de itin. actuq; priua. Ergo, &c.

Secundum argumentum est ex l. Si mater. ff. de except. rei iud. in illis verbis: *Si peteret rursus hæreditatem, ob statutam exceptionem rei iudicatæ. Neratius ait: Ego exceptionem obesse ei rei iudicatæ non dubito, sed ex causa succurrendum erit ei, &c.*

Tertium sumitur ex l. Argentarius. §. vlt. ff. de edendo, iuncta l. vlt. ff. De eo per quem factum erit, &c. Dicitur ibi: eum, per quem factum erit, ne aliquis se in iudicio sistat, cōdemnandum in id, quod Actoris interest. Quòd si soluendo non sit, aduersus ipsum restitutoriam actionem competere. Dicitur autem in d. §. vlt. Argentarium qui rationes alicui non edidit, qui propterea succubuit, condemnandum esse in id, quod rationes petentis interfuit, rationes editas fuisse. Ergo, si argentarius soluendo non sit, actio restitutoria aduersus ipsum reum competeret, argumento d. l. vlt. Consequenter in integrum Actor restituetur, vt causam ex integro agere possit. Vrget hoc argumentum Sfortia Oddus loco annotato.

Negantis autem sententiæ, Primum argumētum est. Rerum iudicatarum authoritas eludi non debet l. Sensio A inuito. §. Cum Prætor. ff. ad Treb. Sed si restitutio in integrum daretur hoc in casu, eluderetur authoritas rei iudicatæ. Ergo restitutio concedenda non est.

Alterum argumentum. Is, qui fortuito casu lęditur, in integrum non restituitur, etiam si minor sit. l. Verùm. §. Si locupleti. ff. de minoribus. Sed is, qui victus est in iudicio, propterea quòd instrumenta nō produxit ex ignorantia, vel alio impedimento, videtur casu fortuito victus. Ergo restituendus in integrum non est.

Hæc sententia negans videtur mihi verissima, authoritate l. Sub specie. C. de re iudic. *Sub specie nouorum instrumentorum postea repertorum* (ait textus) *res iudicatas restaurari, exemplo graue est.*

Hæc verba sunt generalia & consequenter comprehendunt eum casum etiam, quo quis ignorantiam habuit instrumentorum, & ideo illa non exhibuit. Id patet ex illis verbis: *Sub prætextu nouorum instrumentorum, postea repertorum.* Si noua sunt instrumenta & postea re- B perta; Ergo illa non erant litigatori nota, sed postea illa inuenit & extare cognouit.

Confirmatur hæc interpretatio, quia si de eo tantum intelligatur textus, qui scientiam habuit instrumentorū, & ea non exhibuit, cùm posset exhibere, certè nulla est ratio dubitandi, quin res iudicata instaurari nequeat.

Si dicatur argumentum procedere, quo ad ius ipsum ordinarium, sed quæstionem loqui de in integrum restitutione. Respondeo, rationem legis locum habere etiam in integrum restitutione, quia scilicet exemplo graue est, res iudicatas instaurari.

Quid? quòd text. in l. Imperatores. ff. de re iudic. loquitur de ipsa restitutione, & sic ait: *Imperatores, Verus & Antoninus rescripserunt, quanquam sub obtentu nouorum instrumentorum restitui negotia minimè oporteat? &c.*

Ad primum argumentum respondeo. Maiores in integrum restitui, ex iusta causa, quoad per leges, Plebiscita, C Senatusconsulta, & cap. Licet, vt in d. l. 1. ff. Ex quibus caus. maior. Sed per leges non licet, hoc in casu, quia ignorantia non est iustum impedimentum, & iusta causa restitutionis maiorum est, quando sunt in vinculis, vel in hostium potestate, vel causa Reipublicæ absunt, vt in d. l. 1. & toto titulo, non autem cùm instrumenta & iura sua ignorarunt.

Ad secundum respondeo, textum in l. Si mater, non obstare, quia loquitur, quando ex vna tantum causa quis egit, cùm & alia subesset. Mater ibi bona filij vindicabat ex Senatusconsulto, tanquam intestati defuncti, & quia putabat patrem in testamento alium substituisse filio suo, dicebat ruptum esse testamentum patris, & sic substitutioni locum non esse. Quia verò testamentum ruptum non erat, succubuit. Posteà apparuit nullum in eo testamento substitutum fuisse, ait Iurisconsultus, succurrendum esse ei, quæ vnam tantum causam egit rupti testamenti, vt nempe aliam causam deducere possit, vt D ibi. Hæc species longo distat interuallo à quæstione nostra, in qua de restauranda lite contra rem iudicatam agitur, ex eadem causa, propter instrumenta nouiter reperta.

Ad tertium respondeo. Dato quòd restitutoria actio competeret aduersus debitorem in specie. l. Argētarius. §. vlt. Tamen id procederet argentario existente non soluendo. Item quando argentarius dolo fecisset, quò minus rationes ederet, ne scilicet ex eius dolo debitor lucrum faciat: Et sic multa concurrunt in ea specie: sed nos loquimur absolutè ac simpliciter, an ex iusta ignorantia quis restituatur aduersus rem iudicatam ex instrumentis nouiter repertis. Et meritò negamus restituendum, vt patet ex prædictis.

CAPVT LII.

Vtrum ſententia retractari poſſit prætextu teſtamenti nouiter reperti.

SEntentiam latam retractari poſſe prætextu teſtamenti nouiter reperti Authores ſunt Gloſ. in lege prima, §. Ratio. ff. Quemadmodum teſtamenta aperiantur. Bald. in lege tertia.§. primo.ff.de tranſactio.Roman ſing.198.& alij,quos refert & ſequitur Sfortia Oddus de reſtitutione in integrum,par.2.queſt.73.art.4.

Argumenta verò ſunt iſta. Primum, ſententia & trãſactio æquiparantur. l. Non minorem. C.de Tranſactio. Sed Tranſactio retractatur prętextu teſtamenti nouiter reperti.l.Imperatores. §. Cum Tranſactio. l.Non eſt ferendus.ff.de Tranſactio.Ergo & ſententia.

Secundum. De his,quæ pendent ex teſtamento, ſicut tranſigi non poteſt, niſi perſpectis, cognitisq; verbis teſtamenti. l. De his. ff.de Tranſactio. ita nec iudicari poteſt. lege 1.§.Ratio. ff.Quemadmodum teſtamenta aperiantur: ait Iuriſconſultus,*ſine Iudice tranſigi, neque apud Iudicem exquiri veritas de his controuerſis, quæ ex teſtamento proficiſcuntur, aliter poteſt, quam inſpectis cognitisq; verbis teſtamenti.* Igitur ſententia non valet. Conſequenter ob teſtamentum nouiter repertum retractari poteſt.

Tertium argumentum eſt Lege, Si mater. ff.de exceptione rei Iudicatæ. Vbi mater, contrà quam fuit iudicatum, admittitur tamen ad petendam hæreditatem ex teſtamento, in quo apparuit nullum fuiſſe datum ſubſtitutum.

Quartum. Iuramentum & ſententia æquiparantur. Lege, Nam & poſtea. §.Qui temporali. ff. de Iureiurando. Sed iuramentum retractatur propter teſtamentum nouiter repertum. l. vlt. C. de rebus creditis. Ergo & ſententia.

Contrariam ſententiam habuerunt Gloſ. in lege 3.§. Si legatarius. in verbo, Euicerit.ff. Si cui plus quam per legem Falcidiam: & Alexan.in l.Sub prætextu inſtrum. nume.5.C.de Tranſact.& in l.Imperatores,num.2.ff.de re iudicata.

Quorum illud eſt fundamentum, quod generaliter lege ſit cautum, ſententiam retractari non poſſe prætextu inſtrumentorum nouiter repertorum. l.Sub ſpecie. C.de re iudicata.l.Imperatores.ff.eodem tit. Teſtamentum autem eſt inſtrumentum. l. 1. ff.de fide inſtrumentorum.

Ego autem animaduerto, duobus modis potiſſimùm accidere poſſe hanc controuerſiam ex teſtamento nouiter reperto. Primùm. Si quis petat certam quantitatem teſtamento ſibi relictam, & ſecundùm eum pronunciatum ſit. Deinde aliud teſtamentum proferatur, in quo maior quantitas relicta ſit. Hoc in caſu agi poteſt, ex nouo teſtamento, re iudicata non obſtante, quia noua petitio eſt, & nouum iudicium, diuerſum à primo. l.2. ff. de exceptione rei iudicatæ. l. Si ex teſtamento.ff. eodem.

Secundò. Si quis agat ex teſtamento, & ex Iudicis ſententia conſequatur legatum, vel hæreditatem, poſtmodum appareat aliud teſtamentum, quo illud prius reuocatum ſit. Atque in hoc caſu res iudicata retractari non poteſt, ſub prætextu talis teſtamenti nouiter reperti. Nam ex tali teſtamento nihil aliud conſtat, quàm nil deberi ei, pro quo eſt pronunciatum. Tanta eſt autem rei iudicatæ authoritas, vt reſcindi non poſſit, etiamſi conſtet, poſtea nil deberi, nec repeti poteſt, quod indebitè ſolutum eſt authoritate rei iudicatæ. l. Si fideiuſſor. §. In omnibus.ff.Mandati.l.1.C.de condict.indeb.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpõdeo, tranſactionem ideo retractari, quoniam tranſigen- A tes de eo tantum cogitaſſe cenſentur, quod in ea ſcriptura tabularum, quas tunc nouerunt, continebatur, vt verbis vtar Iuriſconſulti in l. Non eſt ferendus. ff.de Tranſact. quæ ratio non habet locum in ſententia.

Ad ſecundum reſpondeo, nihil aliud ex eo probari, niſi, quod Iudex ferre ſententiam nequeat de his, quæ pendent ex teſtamento, niſi cognitis verbis teſtamenti. Quòd ſi teſtamentum viderit, & ſuper eo pronunciauerit, non debet res iudicata retractari, quamuis aliud teſtamentum poſtea repertum fuerit.

Ad tertium reſpondeo. l. Si mater. loqui, cùm quis egit ex vna cauſa, deinde vult agere ex alia, licet ex eodem facto, Hoc in caſu ſuccurritur ei, vt agere poſſit. Ideoque mater, quę cauſam tantum rupti teſtamenti intentauerat, ex teſtamento agere poteſt, quod ruptum non eſſe, pronunciatum eſt, quia nullus in eo datus fuit ſubſtitutus, ſicuti mater ipſa putauit, ob quam cauſam & teſtamentum ruptum eſſe dicebat. Nos autem loquimur, B cùm res iudicata directè impugnatur ex teſtamento nouiter reperto.

Ad quartum reſpondeo. Iuramentum retractari per teſtamentum nouiter repertum, quia iuramentum eſt ſpecies trãſactionis, l.2. ff.de Iureiurãd. & tranſactio retractatur, vt dictum eſt, ex teſtamento nouiter reperto, l.Non eſt ferendus.ff.de tranſact.

CAPVT LIII.

Vtrum Eccleſia aduerſus rem Iudicatam audienda ſit, propter Inſtrumenta de nouo reperta?

COntrouerſia eſt in eadem materia, vtrum Eccleſia reſtituenda ſit in integrum aduerſus rẽ Iudicatam, propter inſtrumenta nouiter reperta. Nam ſunt qui affirmant, ſunt qui negant, ſunt qui ex iuſta cauſa reſtituendam putent, cùm C videlicet apparet, eam vſam eſſe omni diligentia, vt inſtrumenta inueniret, nec inuenire potuiſſe. Vide Iaſonem in l.Imperatores ff. de re Iudicata, nu.8.& Sfortiam Oddum de reſtitutione in integrum parte ſecunda q. 75.art.2.

Ego puto ex cauſa reſtituendam. Moueor Authoritate d.l.Imperatores ff. de re Iudicata, vbi dicitur in negotio publico ex cauſa permitti, vt quis aduerſus rem Iudicatam nouis inſtrumentis vtatur. Si in cauſa, & negotio publico id eſt permiſſum, ergo, & in negotio Eccleſiæ permittendum erit: videtur enim publicum, arg.cap.ius publicum, diſtinctione 1.imò Eccleſia & ciuitas æquiparantur, vt ſolet notari in l.fi.C. de ſacroſanctis Eccleſ.

Secundò moueor: quia Eccleſia vtitur iure minoris cap.1.de reſtit.in integrum. Sed minor reſtituendus eſt, ergo & Eccleſia. Minorem eſſe reſtituendum probo ex l.Minor. 37.ff. de Minoribus, vbi Iuriſconſultus ait, Minorem in integrum reſtitui propter allegationem omiſ- D ſam, ergo multò magis propter inſtrumẽta nou exhibita.

Contrariæ ſententiæ fundamentum eſt in c. ſuborta, de ſentent.& re iud.in illis verbis: *Si verò non fuerit coram eo exhibitum prætextu priuilegij de nouo reperti, non debet ſententia retractari.*

Reſpondeo, illum textum non obſtare, quia & nos dicimus regulariter Eccleſiam retractare non poſſe rem Iudicatam propter inſtrumenta nouiter reperta, ſed non proptereà efficitur, quin ex cauſa reſtituenda ſit in integrum, & audienda contra rem Iudicatam, ſicuti in cauſa, & negotio publico conſtitutum eſt, vt in d.l.Imperatores. ff.de re iud.

CA-

CAPVT LIV.

Cùm malæ fidei possessor sumptus necessarios repetere possit in rem factos, cur in specie l. 1. C. de Infantibus expositis, non liceat furi alimenta repetere?

MAlæ fidei possessorem sumptus necessarios in rem factos repetere posse, docet tex. in l. Domum. C. de Rei vend. Cæterùm cur in specie. l. 1. C. de Infantibus expositis, non idē sit constitutum, non est eadem omnium sentẽtia. Verba textus hæc sunt. *Si inuito, vel ignorante se partus ancillæ, vel adscriptitia sua expositus sit, repetere eum non prohiberis, sed restitutio eius, si non a fure vindicaueris, ita fiet, vt si qua in alendo, vel fortè ad discendum artificium iustè consumpta fueris, restituas.* B His verbis patet, furem tales sumptus repetere non posse. Sumptus autem in alendo necessarij esse dicuntur.

Prima est sententia Accursij, Aliud esse constitutum in malæ fidei possessore, aliud in fure. Non rectè. quia etiam Prædo sumptus necessarios repetit. l. Planè. ff. de petitione hæreditatis.

Secunda est sententia Petri, Cyni & Castrensis, idcirco in specie d. l. 1. repeti non posse alimenta, quod videantur à fure donata. Nō rectè, quoniam verisimile non est eum donare velle, qui aliena surripuit. l. Fuit quæstionis, & l. Si extraneus ff. de acquiren. hæred.

Tertia est sententia Iacobi Menochij de Recuperan. Possess. remed. 15. nu. 515. Aliud esse statutum in malæ fidei possessore alicuius rei immobilis, aliud in fure. Ratio est, quia fur condemnatur ad quadruplum rei subtractæ, meritò sumptus tales repetere non potest. Sed cur prædo repetere possit, & non fur?

C Quarta est sententia Francisci Sarmienti libro 1. Selectar. Interp. c. 10. Tunc demum repeti posse sumptus necessarios à malæ fidei possessore, quando propter huiusmodi sumptus res efficitur preciosior, vt in d. l. Planè in fi. ff. de petitione Hęred. At in casu d. l. 1. nō propter sumptus, factus fuit seruus preciosior, quia ad pubertatem illum natura perduxit & ætas. Non rectè. quia, vt viueret seruus, necessaria fuerunt alimenta, sine quibus ad pubertatem minimè peruenisset. Facit tex. in l. Patrem. C. de Nuptijs. Ibi. *Hanc adultam sumptibus, & labore tuo factam, &c.*

Postrema est sentẽtia Antonij Fabri lib. 2. coniectur. Iur. cap. 1. Impensas necessarias repeti posse, si tolli possint sine rei detrimento, secus si tolli non possint, vt in casu d. l. 1. Non rectè. Quia necessariæ impensæ simpliciter repetuntur, vtiles verò si tolli possint, vt in d. l. Domum. C. de rei vend.

Ipse opinor causam huius rei colligi posse ex responso D Iurisconsulti, in l. Inficiando. §. Infans. ff. de Furtis, vbi sic ait. *Infans apud furem adoleuit, tam Adolescentis furtum fecit ille, quam infantis, ideoq; dupli tenetur, tanti, quanti vnquam apud eum plurimi fuit;* Et paulò pòst: *Et non dubitauerim*, inquit, *quin Adolescentis potius, quàm infantis æstimationem fieri oporteat, & quid tam ridiculum est, quàm meliorem furis conditionem esse, pro continuatione furti existimare?* Idem docet tex. in l. Ex argento. ff. de Condict. Furtiua in illis verbis: *Quemadmodum si infans subreptus adoleuerit, æstimatio sit Adolescentis, quamuis sumptibus furis creuerit.*

Ex his legibus talem ego colligo rationem. Non potest aliquis actionem ex ea causa consequi, ob quam ille alteri obligatur, l. Siue Hæreditaria. ff. de Negotijs gestis. Sed fur qui sumptus fecit, ex quibus infans creuit, & adultus factus est, obligatur eā ob causam, quia dicitur furtum adolescētis facere, & tenetur ad soluendam æstimationem Adolescentis. Ergo non potest sumptus repetere

A alimentorum, propter quos Adolescens factus est. Nam si repeteret hos sumptus, non videretur ipse condemnatus, quanti plurimi seruus apud eum fuisset, & sic, ad æstimationem adolescentis. Ratio est, quia de tali condemnatione deduceret sumptus alimentorum. Atque hæc est mea, de perdifficili hac controuersia, sententia.

CAPVT LV.

De malæ fidei possessore, An & quomodo vtiles impensas auferre possit, ad interpretationem l. Adeo. §. Ex diuerso. ff de Acquirendo rerum dominio. & l. Vtiles. ff. de petitione hæredit. & l. 2. C de rei vendic.

IVrisconsultus Caius in l. Adeò. §. Ex diuerso. ff de Acquir. rer. dom. scribit in hæc verba. *Ex diuerso, si quis in alieno solo sua materia ædificauerit, illius fit ædificium, cuius & solum est: & si scit alienum solum esse, sua voluntate amisisse proprietatem materiæ intelligitur, Itaque nec diruto quidem ædificio, vindicatio eius materiæ competit.* Huic sententiæ repugnare videtur Iurisconsultus idem, in l. Vtiles. ff. de petitione hæredit. in illis verbis: *Nam prædoni probè dicetur, non debuisse in alienam rem supernacuas impensas facere, vt tamen potestas ei fieret tollendorum eorum, quæ sine detrimento ipsius rei tolli possint.* Sed magis apertè repugnare videtur Imperator in l. 2. C. de Rei vēdic. sic dicens: *Id quod in solo tuo ædificatum est, quoad in eadem causa manet, iure ad te pertinet; si verò fuerit dissolutum, eius materia ad pristinum dominum redit, siue bona fide, siue mala ædificium extructum sit, si non donandi animo ædificia alieno solo imposita sint.*

Prima est sententia Accursij in §. Ex diuerso, in Inst. de Rer. diuis. & Bar. in l. In fundo. nu. 11. ff. de rei vendic, Aliud esse Iuris in petitione Hæreditatis, aliud in Rei vendic. Quare tex. in d. l. Vtiles, de petitione Hereditatis loqui, ac intelligēdum esse, textum verò in d. § Ex diuerso, de Rei vendic. Sed nec rationem affert diuersitatis, & nihil respondet ad d. l. 2. de Rei vendic.

Secunda est solutio aliorum interpretum, quam probat Eguinarius Baro in comment. ad d. §. Ex diuerso. In Inst de Rer. diuis. Iurisc̄osultum loqui, cùm quis ex propria materia in alieno solo ædificat, tunc animo donandi ædificare videtur; diuersum est cùm quis ex aliena materia ædificat, quia dissoluto ædificio, materiæ dominus eā vendicare potest. Ita loquitur Imperator, ac intelligēdus est in d. l. 2. C. de Rei vendicatione.

Non placet hæc sententia, quia nullum verbum est in d. l. 2. quo significetur Imperatorem loqui, cùm quis ædificat ex aliena materia. Et illa verba. *Si non donandi animo, &c.* Magis propriè conueniunt ei, qui dominus fit materiæ.

Tertia est sententia eiusdem Eguinarij, Malæ fidei possessorem censeri animo donandi ædificasse in alieno solo, & ideo materiam vendicare non posse, vt in d. §. Ex diuerso. Probare tamē potest, se non animo donandi impendisse, & tūc materiam vendicare potest. Ita accipiendum est quod dicit Imperator in d. l. 2.

Sed huic interpretationi repugnat ipsa l. 2. vbi regula hæc constituitur. Malæ fidei possessorem materiam vendicare posse, nisi probetur, animo donandi imposuisse.

Quarta est sententia Frācisci Sarmienti lib. 1. selectar. interpretation. cap. 10. Leges, quæ malæ fidei possessorē vtiles sumptus repetere posse statuunt, si absque detrimē to auferri possint, locum habere, quando malæ fidei possessor ipsam rem detinet, in quam sumptus fecit, vt in l. domum. C. de Rei vendic. & in l. Vtiles. ff. de petitio hæredit. secus si rem non detineat, vt in legibus contrarijs.

Sed repugnat huic sententiæ tex. in §. Certè in Instit. de Rer diuis. *Certè*, inquit Imperator, *illud constat, si in possessione*

possessione constituto Aedificatore, soli dominus petat domum suam, nec soluat precium materiæ, & mercedem fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, vtique si bonæ fidei possessor fuerit, qui ædificauerit. Nam sciens alienum solum esse, potest obijci culpa, quòd ædificauerit temerè in eo solo, quod intelligebat alienum esse.

Quinta est sententia Mynsingeri in comment. ad d. §. Ex diuerso, de Rer. diuis. quod habetur in d. l. 2. accipiendum esse de ædificio extructo à Colono vel Inquilino, vel Emphyteuta, & idcirco eos vendicare posse materiã ædificio dissoluto, quia Ius ædificandi habuisse videntur. Cæterùm alijs malæ fidei possessoribus, hæc actio non competit, quia cessat ratio pra dicta, & ita sunt accipiendæ leges contrariæ.

Sed primò nullum verbum est in d. l. 2. quod suadeat eam interpretationem, & Imperator loquitur, siue bona fide, siue mala fide ædificium extructum sit.

Sexta est sententia Iacobi Cuiacij in posterioribus notis in Institutiones, in §. Ex diuerso & lib. 10. Obser. c. 1. Malę fidei possessorem, Iure quidem vẽdicare non posse materiam ædificij separatam, vt in d. §. Ex diuerso. Benignius tamen esse, vt eam vendicare possit, ne petitor cum eius iactura locupletetur. argumento l. Planè. ff. de Petitio. hæredit. & l. Iulianus. ff. de Rei vendic. si sciente domino ædificauerit. argumento l. Puræ. §. Si donaui. ff. de doli mali except.

Huic sententiæ oppono tex. in l. Sumptus. 48. ff. de Rei vendic. vbi Papinianus scribit, sumptus in prædium alienum factos, peti quidem non posse, sed exceptione doli opposita, per officium Iudicis æquitatis ratione seruari, si à bonæ fidei possessore facti sint. Ergo si à malè fidei possessore facti sint, æquitatis ratione seruari non debent. Vtitur hoc argumento Anto. Faber. lib. 2. Coniecturar. Iuris cap. 1.

Ego sic statuo. Malæ fidei possessorem vtiles impensas deducere posse, si absque rei detrimento deduci possint, vt in l. Domum. C. de Rei vend. in l. Vtiles. ff. de Petitione hæredit. & alibi. Non obstat tex. in §. Ex diuerso, quia loquitur de ædificante in alieno solo. Is enim vendicare materiam non potest, quia voluntate eius intelligitur esse alienata, siue donata ei, qui Dominus est soli, vt ibi dicit Imperator & Iurisconsultus in d. l. Adeo. §. Ex diuerso. Non obstat tex. in l. 2. C. de Rei vend. vbi contrarium dicitur, nempe materiam vendicari posse, quia loquitur, cum aliquis in alieno solo ædificat sciente & patiente Domino, talis enim scientia & patientia hoc operatur, vt materia vendicari possit, & in hoc Cuiacij sententiam probo, argumento d. l. Puræ. §. Si donaui. ff. de doli mali, & metus except. ibi: *Dolo enim feci, quia passus sum eum ædificare, & non reddo impensas*. Quòd d. l. 2. hoc in casu loquatur, probo. Nam ita dicit: *Si inferiorem partem ædificij, quæ solum contingit, ad te pertinere probare potes, eam, quam vicinus tuus imposuit, accessisse dominio tuo, non ambigitur*. Hic Imperator loquitur de eo, qui in superiori parte domus habitabat, & simul dominus erat partis inferioris; Quamobrem præsumitur non ignorasse, ædificium fieri in parte inferiori meritò, Imperator posteà considerata facti specie, & circumstantijs omnibus, declarat dissoluto ędificio, materiam vendicari posse, nisi animo donandi fuerit imposita. De qua quidem specie non loquitur textus in d. §. Ex diuerso, siue Imperatoris, siue Iurisconsulti. Atque hæc mea est, de hoc perquam difficili nodo sententia.

A

CAPVT LVI.

Vtrum hæres in bona fide existens, condemnandus sit ad restitutionem fructuum, quando defunctus rem possedit mala fide.

SI quis mala fide rem possideat, & hærede relicto, qui sit in bona fide, moriatur, in controuersiam reuocatur, vtrum fructus restituere teneatur, an verò eos suos faciat, tanquam bonæ fidei possessor, & quidem ad restituendos fructus teneri Bart. existimauit, in l. Ex diuerso. nu. 12. ff. de Rei vendic. & multi alij, quos refert & sequitur Menoch. de Recuper. Possess. remed. 15. nu 617. Fundamentum est in l. 2. C. de Fructib. & litium expensis. vbi, postquam Imperator dixit: Malæ fidei possessorem teneri ad restituendos fructus, statim de Hærede B eius verba faciens, subdit; *Hæredis quoque succedentis in vitium* (scilicet defuncti) *par habenda fortuna est.*

Contrariam sententiam amplexus est Ioannes Copus in Tract. de Fructib. lib. 2 nt. 4. cap. 3. Fundamentum ponit in l. Bonæ fidei. ff. de Acquir. rer. dom. & in alijs legibus, quibus dicitur, bonæ fidei possessores fructus suos facere. Quòd autem dicitur (inquit Copus) hæredem in vitia defuncti succedere, hoc non ad factum, sed ad ius, hoc est, ad vsucapionem pertinet, quæ ob vitium defuncti nulla esse potest.

Ad l. 2. C. de Fructib. & litium expensis, respondet eã esse intelligendam de hærede, qui in ipsius defuncti malam fidem succedit, quod ex eo patet, inquit, quia textus loquitur de eo hærede, qui lite contestata aduersus defunctum malæ fidei possessorem, non poterit ignorare rem alienam esse.

Mihi probabilior videtur prior sententia, quæ & communior est, quam confirmo ex l. Vitia. C. de Acquiren. C & retin. possess. *Vitia possessionum*, inquit, *a maioribus contracta, perdurant, & successorem, Authoris sui culpa comitantur.*

Ad argumenta Copi sic respondeo. Concedo bonæ fidei possessorem fructus suos facere, sed casum hunc excipio, cùm videlicet defunctus in mala fide fuit, quia ipsius vitium & culpa successorem comitatur.

Quod verò Copus dicit, hoc non ad factum, id est, ad fructuum perceptionem, sed ad ius, id est, ad vsucapionem pertinere, nec aliqua lege probat, aut ratione, & cõtrarium euincit textus in d. l. 2. vbi agitur de fructibus restituendis à malæ fidei possessore, cuius hæres fortunam sequitur, vtpote in vitium succedens defuncti, vt ait ibi Imperator. Nec probabilis est illa interpretatio, quam adfert Copus: Imperatorem loqui de hærede, qui litem motam non ignorauerit, & sic in mala fide fuerit, quia si in mala fide hæres existat, hæc ipsa mala fides, non autem successio in vitium defuncti fructuum acquisitio- D nem impediret. Imperator autem eò loci perpendit, non propriam ipsius hæredis scientiam & malam fidem, sed vnum illud, quòd scilicet in vitium defuncti successerit, qui fuit in mala fide.

CAPVT LVII.

Vtrum bonæ fidei possessor lucretur, tàm fructus naturales quàm industriales.

INgens est dissensio inter Doctores, vtrum bonæ fidei possessor omnes fructus lucretur, tàm naturales, quàm industriales. Etenim Accursius in l. Ex diuerso. ff. de Rei vend negat, bonæ fidei possessorem fructus industriales lucrari: Sed duntaxat naturales suos facere opinatur. Eius autem fundamentum est in l Fructus ff. de Vsuris. vbi Pomponius ita dicit. *Fructus percipiendo vxor,*

A *vxor, vel vir ex re sibi donata suos facit, illos tantum, quot suis operis acquisierit, veluti serendo. Nam si pomum discer pserit, vel ex sylua cęciderit, non fit eius, sicut nec cuiuslibet bonæ fidei possessoris, quia non ex facto eius is fructus nascitur.* Idem docet Duaren. in comment. ad Tit. de Vsur. & fruct. tit. qui fructus in restitutionem veniant.

Confirmatur hæc sententia ex §. Si quis à non Domino, Inst. de Rerum diuisione, vbi Imperator dicit, Bonæ fidei possessorem fructus lucrari pro cultura & cura, consequenter fructus naturales non lucratur, quia nullam ij requirunt curam, vel culturam.

Secunda est sententia Bart. in d. l. Ex diuerso. Is distinguit inter possessorē bonę fidei, qui etiā titulū habet, & eū possessorē, qui nō habet titulū. Si titulū habeat bonæ fidei possessor, existimat Bart. eū oēs fructus lucrari, authoritate Pauli Iuriscōsulti, in l. bonę fidei. ff. de Acquir. rer. dom. *Bonæ fidei emptor*, inquit, *nō dubiè percipiēdo fructus, etiam ex aliena re, suos interim facit, non tantū eos, qui diligētia & opera eius peruenerūt, sed etiā omnes.* Si verò B titulū nō habeat, existimat eū lucrari fructus dūtaxat naturales, Authoritate Pōponij, in d. l. Fructus. ff. de Vsuris.

Tertia est opinio Iacobi Menochij, de Recuper. possess. remed. 15. nu. 580. Bonę fidei possessorē omnes fructus lucrari, siue naturales, siue industriales, non tñ absolutè, sed ad tempus, hoc est, interim, donec res fuerit euicta, si enim res euicta fuerit, eos restituere tenetur. Mouetur vir pręstantissimus authoritate tex. in d. l. Bonæ fidei, quatenus ibi I. C. dicit, Bonæ fidei possessorē interim fruct⁹ suos facere, quod quidē cōfirmari potest, ex l. Qui scit. §. vlt. ff. de Vsuris. vbi Iulianus ita dicit. *Bona fides emptor, quo ad percipiendos fructus intelligi debet, quandiu euictus fundus non fuerit.* Idē docet Cuiacius, in notis ad Institutiones §. Si quis à non Dño. in verbo. Pro cultura.

Quarta & postrema est sententia, quæ mihi cæteris probabilior videtur. Bonę fidei possessorem, omnes fructus consumptos lucrari, & suos facere, tàm naturales, C quàm industriales. Ita docet Arius Pinell. ad l. 2. C. de Rescin. vend. parte 2. c. 4. nu. 59. Anto. Faber lib. 4. coniectur. Iur. cap. 17. nouissimè Hartmānus Vulteius lib. vnico Scholasticarum disceptationum cap. vlt.

Probatur hæc sententia primùm ex d. l. Bonæ fidei. ff. de Acquir. rer. dom. Vbi Iurisconsultus ita disertè docet. Sic dicens: *Bona fides possessor, &c.* Secundò, ex l. Certum. C de Rei vendic. dum ibi Imperator, nulla distinctione adhibita, declarat, Bonæ fidei possessorem esse condemnandum ad restituendū fructus extantes. Videtur enim significare, secus esse statuendū de fructibus cōsumptis.

Tertiò ex l. In pecudum 28. ff. de Vsuris. vbi Caius docet, fructus pecudum sicuti lac, pilum, lanam & fœtum, statim pleno iure fieri bonæ fidei possessoris, & tamen constat hos esse fructus naturales.

Quartò ex l. Qui scit. §. vlt. ff. eod. tit. in illis verbis. *Porrò bona fides possessor in percipiendis fructibus, id Iuris habet, quod Dominus prædiorum tributum est.*

D Postremò ex l. 4. §. Lana. ff. de Vsucapio. vbi dicitur, lanam ouium furtiuarum, si apud bonæ fidei possessorem detonsa est, statim eius fieri, quoniam in fructu est. Idémque de Agnis dicendum esse, si consumpti sint.

Ad tex. in l. Fructus. ff. de Vsuris, prætermissis aliorum responsionibus ac interpretationibus, illa magis probatur quàm Ari. Pinell. attulit. Illa verba text. *Sicut, nec cuiuslibet bonæ fidei possessoris*, hunc sensum nō habere, quasi nullus bonæ fidei possessor fructus naturales suos faciat; Id enim repugnaret alijs legibus, sed sensum esse, nō quemlibet bonæ fidei possessorem tales fructus, suos facere. Itaque licet bonæ fidei possessor regulariter tales fructus, suos faciat, non tamen id Iuris habet omnis bonæ fidei possessor, veluti si possessor talis sit, qualis in specie, de qua ille textus loquitur, videlicet, vir & vxor, rem donatam possidentes. Similis casus est in bonæ fidei possessore obligato ad fructuum restitutionem, licet bona fide perceptorū in l. Indebiti. 15. ff. de Condictio. indeb.

A Ad tex. in §. Si quis à non Domino, in Inst. de Rerum diui. respondeo, non rectè sumi argumentum à cōtrario sensu, quia licet bonæ fidei possessor pro cultura, & cura industriales fructus nuncupatos, suos faciat, nihilominus tamen lucratur etiam fructus naturales, quia loco Domini habetur. Illud verbum *interim*, quod est in d. l. In bonæ fidei. in principio, ego sic interpreror, vt significet quidem, *interim*, antequam res euincatur, bonæ fidei possessorem fructus suos facere, sed tamen etsi res euicta fuerit, non eos restituere tenetur, nisi extent, vt in l. Certum. C. de Rei vend. Itaque interim suos facit, donec rem possidet. Re autem euicta si extent, eos restituere tenetur Domino rei, nec amplius eos percipiendi facultatem habet.

Post hæc scripta legi commentatia Don. de Iure Ciuili lib. 4. cap. 24. 25. & animaduerti, eum in noua quadam opinione esse. Inprimis existimat, bonæ fidei possessorem omnes fructus, tàm qui natura, quàm qui opera ho- B minis proueniunt, consumptos lucrari; quod nostræ sententię cohæret.

Deinde docet, bonæ fidei possessorem fructus industriales statim lucrari, & suos facere: ita, vt eos etiam extantes restituere non teneatur; sed naturales extantes restituere teneatur. Et hanc dicit esse sententiam Iurisconsulti in l. fructus. ff. de Vsuris.

Ad l. bonæ fidei. ff de acquir. rer domin. respondet; illud verbum, *omnes*, id est, omnes, qui diligentia & opera bonæ fidei possessoris non peruenerunt.

Et ad l. Certum. C. de rei vindic. respondet, illud verbum, *extantes*, idem significare, quod pendentes; Non autem esse referendum ad fructus perceptos, & non consumptos, multisque argumentis probat industriales etiam non consumptos, restituendos non esse. Et ex eo, quod Iustin. dicit in §. Si quis à non domino, in Instit. de rerum diuis. bonæ fidei possessorem fructus consum- C ptos lucrari, non rectè colligi opinatur; fructus industriales perceptos, & nondum consumptos eum non lucrari. Sed illa collectio valere potest, quoad fructus, qui natura proueniunt: eos enim non lucratur bonæ fidei possessor, nisi consumpserit.

Sed etsi hæc speciosa videantur; parum tamen probabilia sunt. Inprimis quod ad l. fructus. ff. de Vsuris, attinet, non ibi fit mentio fructuū consumptorum, vel non consumptorum, sed textus dicit: fructus industriales acquiri possessori, non autem naturales; cuius contrarium docet textus in l. bonæ fidei. ff. de acquiren. rer. dominio.

Secundò dicit Don. illud verbum *Omnes* in dicta l. bonæ fidei, referendum esse ad omnes fructus, qui industria quidem percipiuntur, sed non industria bonæ fidei possessoris. Contrà. Nam textus dicit: Bonæ fidei possessor fructus percipiendos suos facit, non tantum eos, qui diligentia & opera eius peruenerunt, sed etiam om- D nes, illud verbum *omnes*, nullos excludit: & sic non excludit fructus, qui natura proueniunt, absque possessoris industria. Quæ probabilior est expositio.

Tertiò vult Don. illud verbum, *Extantes*, quod est in l. Certum. C. de rei vendicatione, idem significare, quod pendentes: sed non videtur hoc probabile: quia textus dicit, bonę fidei possessorem, omnes fructus extātes solere cum ipsa re præstare. Quod si fructus sint pendentes, & nondum illos habeat possessor, nō video, quo pacto illos præstare possit.

Denique non est probabile Iustin. in §. Si quis à non Domino, in Inst. de rer. diuisio. dum ait, fructus consumptos peti non posse, locutum esse de naturalibus fructibus tantum, cùm suprà dixerit, bonæ fidei possessorem eos lucrari pro cultura & cura, & sic de industrialibus locutus fuerit. Aut ex illis verbis argumentum sumi à contrario sensu, respectu fructuum naturalium duntaxat non consumptorum, vt scilicet peti possint. Cùm de naturalibus ibi sermo non sit.

Quid? quod fructus extantes opponũtur fructibus cõſumptis in l. malę fidei. C. de condict. ex lege. ibi *de extãtibus fructibus rei vindicatio, &c. de conſumptis verò, &c.*

Videat ergo Donellus, quo pacto cõſiſtat ea interpretatio, quæ extantes fructus pro pendentibus accipiendos docet.

CAPVT LVIII.

Vtrum bonæ fidei poſſeſſor conueniri poſſit ad reſtitutionem fructuum conſumptorum, ſiue eorum æſtimationem, ſi factus ſit ex eis locupletior.



IN iudicijs vniuerſalibus, quin bonæ fidei poſſeſſor ex fructibus conſumptis locupletior effectus, eorum cauſa conueniri poſſit, nulla eſt prorſus dubitatio, quia conueniri poſſe decidit tex. in l. 1. C. de Petitione Hęreditatis, & in l. Item veniunt. § Eos autem. ff. eod. tit.

Cęterùm in iudicijs particularibus, vtputa in rei vendicatione, & ſimilibus, vtrum idem ſit dicendum, nõ eſt eadem omnium ſententia. Affirmant Bart. in l. Ex diuerſo, nu. 7. ff. de Rei vendic. & multi alij, quos refert, & ſequitur Couuar. Reſol. lib. 1. cap. 3. verſ. Tertia concluſio, & Menoch. de Recuper. poſſeſſ. Remed. 15. nu. 598.

Cęterùm negant multi alij, quos cõmemorant Couarruuias & Menochius, & pręter eos Pinellus ad l. 2. C. de Reſcin. vend. par. 2. cap. 4. nu. 74 & num. 60. vbi dicit, Hanc ſententiam forenſi vſu receptam eſſe, & Anto. Faber. lib. 4. Coniectur. cap. 17. non procul à fine.

Prioris ſententiæ argumenta ſunt tria. Primum. In petitione Hęreditatis conſtitutum eſt, vt bonę fidei poſſeſſor teneatur, Ergo id multò magis ſtatuendum eſt in rei vendicatione, quia Dominus rem vendicans, plus iuris habet, quàm hæres, qui aliquando hæreditatem petit, neque rerum hęreditariarum dominium habet, quia fortè defunctus dominus non erat.

Secundum argumentum eſt ex æquitate. l. Si me & Titium ff. Si certum petatur. Aequũ eſſe quod ex re mea ad te peruenit, mihi reſtitui. Item ex ęquitate, quę dictat nęminem locupletari debere cum aliena iactura.

Tertium argumentum ſumitur ex l. Itẽ ſi verberatũ. §. 1. ff. de rei vendic. vbi dicitur, Si poſſeſſor fructus perceptos diſtraxit, ne corrũperentur, precium præſtiturũ.

Poſterioris autem ſententię fundamentum eſt in illis legibus, quibus dicitur, Bonę fidei poſſeſſorem fructus conſumptos lucrari, & ſuos facere, vt in §. Si quis à non Domino, in Inſtit. de Rerum diuiſione. in §. Etſi Hæreditas, in Inſtit. de officio Iudicis. l. 4. ff. Finium regund. l. Quęſitum 40. ff. de Acquir. rer. dom. & alibi.

Et hæc ſententia videtur mihi veriſſima, quia ſi bonæ fidei poſſeſſor teneretur fructus conſumptos reſtituere, eo in caſu, quo factus eſſet locupletior, ſequerentur leges, quibus dicitur eum fructus conſumptos lucrari, tunc demum procedere, cùm bonæ fidei poſſeſſor fructus inutiliter conſumpſiſſet, quod ſanè abſurdum eſſet, quia nemo præſumitur iactare ſuum. Ideoq; non ita leges accipiendæ ſunt, vt eum caſum comprehendant, qui non ita frequenter euenire ſolitus eſt.

Ad primũ argumentũ contrariæ ſententię reſpõdeo, In petitione Hęreditatis ita conſtitutũ eſſe, tùm quia fructus percepti Hęreditatem augent. l. Item veniunt. §. Itẽ non ſolũ, verſu Fructus. ff. de petitione Hæreditatis. Tũ quia Senatuſcõſulto ita in vniuerſum eſt conſtitutũ, vt qui ex iuſta cauſa exiſtimauit, hęreditatem ad ſe pertinere, non teneatur, niſi quatenus ex ea factus eſt locupletior. l. Item veniunt. § Præter hæc. verſ. Eos autem ff. eodem titulo. Eæ autem rationes locum non habent in rei vendicatione, & cęteris particularibus Iudicijs.

Ad ſecundum reſpondeo: Aequitatem, de qua in d. l.

A Si me, & Titium, ad rem hanc non pertinere, nihil enim aliud docet illa lex, niſi ęquum eſſe, vt pecunia mea, quæ ad te peruenit, mihi à te reſtituatur. Nos autem loquimur de fructibus, quos vt bonę fidei poſſeſſor lucretur pro cultura & cura, & alias ob cauſas, ęquum eſt. Iuſtaq; eſt hæc cauſa, vt poſſeſſor locupletetur, cum aliena iactura, quia bonam fidem habet, & loco Domini plenè eſt, l. Qui ſcit. ff. de Vſuris, cum alijs ſimilibus.

Ad tertium reſpõdeo, illã legẽ loqui de poſſeſſore, qui rẽ & fructus pendente iudicio diſtraxit, vt patet ex l. officium. ff. eod. tit. & ea ratione confirmatur, quod ſi bona fide poſſeſſor rem diſtraxerit ante litem inceptam, cõueniri rei vendicatione non poſſit, cùm nec poſſideat, nec dolo deſierit poſſidere.

CAPVT LIX.

B *Vtrum, ſi poſſeſſor ab initio ſit bonæ fidei, deinde incipiat eſſe malæ fidei, fructus ſuos faciat ad interpretationem l. Bonæ fidei. §. In contrarium ff. de acquir. rer. dom. & l. Qui ſcit. §. vlt. ff. de Vſuris.*



DVo ſunt iuris loca, quæ inuicem pugnare videntur. Primus eſt in l. Bonæ fidei. §. In contrarium. ff. de acquir. rer. dom. Secũdus eſt in l. Qui ſcit §. vlt. ff. de Vſuris. Ait Paulus in d. §. In contrarium. *In contrariũ quæritur, ſi eo tempore, quo mihi res traditur, putem vendentis eſſe, deinde cognouero alienam eſſe, quia perſeuerat, per longũ tempus capio, an ante fructus meos faciam. Puto verẽdum, ne non ſit bonæ fidei poſſeſſor, quamuis capiat. Hoc enim ad ius, id eſt, capionem, illud ad factum pertinet, vt quis bona vel mala fide poſſideat.* Iulianus autem in dicto §. vltimo ita dicit. *Bonæ fidei emptor ſenſit, & antequam fructus perC ciperet, cognouit fundum alienum eſſe, an perceptione fructus ſuos faciat, quæritur. Reſpondi: Bonæ fidei emptor, quo ad percipiendos fructus, intelligi debet, quamdiu fundus euictus non fuerit. Nam & ſeruus alienus quem bona fide emero, tamdiu mihi ex re mea, vel operis ſuis adquirit, quamdiu euictus non fuerit.*

Has leges conciliari non poſſe dixerũt Couuar. lib. 1. Reſol. cap. 3. nu. 7. Menochius de recuperan. poſſeſſ. remedio 15. nu. 613. Eguinarius Baro in §. Si quis à nõ Domino, in Inſtit. de rer. diui.

Cõtrà Donellus in commentarijs de iure ciuili lib. 4. c. 24. *Et putẽ*, inquit, *rectè defendi, nõ eſſe has ſententias contrarias. Reperiemus enim vtrũque rectè dici; eũ, qui poſtea cognouit rẽ alienã eſſe, malæ fidei poſſeſſorẽ eſſe, nec quidquã ex re poſſeſſa acquirere poſſe, & eundẽ nõ intelligi malæ fidei poſſeſſorẽ eſſe, ſi eſſe neges, priuſquã ei res iudicio euicta fuerit:* Et poſt multa verba tandẽ cõcludit, ex Iuliani ſententia, bonę fidei emptorẽ nõ priùs pro malę fidei poſſeſſore D habendũ, quàm intellectum fuerit, eum cognouiſſe rem alienam eſſe. Id verò intelligi non poſſe priuſquam res fuerit euicta. Paulum autem loqui, quando conſtat poſſeſſorem cognouiſſe, rem alienam eſſe, nec id ipſe negat.

Sed hęc interpretatio nõ videtur congrua: quia Iulianus apertè loquitur de bonę fidei emptore, qui poſteà cognouit fundũ alienũ eſſe, & tamẽ pronũciat eũ eſſe bonę fidei: quo ad fructus lucrãdos donec fundus euictus fuerit. Quod is neget ſe cognouiſſe rẽ alienã eſſe, nullũ verbũ in tex. & nil ei prodeſſet negatio, ſi verum eſſet, eum cognouiſſe rem alienam eſſe; quia fructus ſuos non faceret ſecundùm Pauli ſententiam. Quare vix defendi poſſe cenſeo, quin pugnantia locum ſint Iuriſconſulti.

Sed mihi tamẽ valdè probabilis videtur Accurſij ſententia ac interpretatio, quę fuit etiam Iacobi Cuiacij in notis ad Inſtitutio §. Si quis à non domino, in ver. pro cultura, vt Poſſeſſor interim, donec res euicta fuerit, fructus ſuos faciat; & ſic loquat Iulianus: Re autẽ euicta non reſti-

restituere teneatur, & ita intelligendus sit Paulus. *Ab eo tempore* (inquit Cuiacius) *fructus percepti, quo possessor cognouit rem alienam esse, eius interim sunt, l. Qui scit. §. vlt. ff. de vsuris. At si exitum finemq; iudicij inspicias, eius non sunt*, vt in l. Bonæ fidei. ff. de acquir. rer. dom.

Contrà obijcit D. Menochius verba textus in d. l. Bonæ fidei in principio, quibus dicitur, bonæ fidei possessorem interim fructus, suos facere; Consequenter in §. In contrarium, dum ait, bonæ fidei possessorem, qui postea fundum alienum esse cognouit, fructus suos non facere, ita intelligi debet, vt scilicet nec interim fructus suos faciat. Quod verbum *Interim* in suo Codice contineri Menochius asserit.

. Respódeo illud verbum, *Interim*, non significare idẽ ac si diceretur, antequam res euincatur, quia si id significaret, sequeretur bonæ fidei possessorem fructus consumptos restituere oportere re euicta, quod falsum est, vt patet ex l Certum. C. de rei vend. & declarat optimè Antonius Faber, lib. 4. Coniectur. iuris, cap. 17. sed sensus est, possessorem interim suos facere donec possidet, postquam enim re euicta desierit possidere, sicut re ipsa caret, ita & fructibus.

Legibus itaq; sic conciliatis, ita statuo, quod ad propositam quæstionem attinet: Possessorem fructus suos facere eius temporis, quo est in bona fide; eos autem quos percepit, postquam fuit in mala fide, nequaquam. Ita docent Io. Copus de fructibus lib. 2. tit. 4. c. 5. Menochius loco annotato, nu. 612. Et probatur ex l. Qui bona fide. ff. de acq. rer. do. ibi. *Caterùm si ceperis scire eum alienum esse, vel liberum, videamus, an ei acquiras. Quæstio in eo est, verum initium spectemus, an singula momenta: & magis est, vt singula momenta spectemus.* Item probatur ex l. Certum. C. de rei vend. vbi bonæ fidei possessor restituere tenetur fructus extantes post litem contestatam vniuersos. Ratio est: quia per litis contestationem mala fides inducitur, l. Nemo. C. de acq. poss. l. Sed etsi lege. §. si ante. ff. de petitione hæreditatis.

CAPVT LX.

Vtrum fructus post litem contestatam à possessore percepti, re euicta sint restituendi, si instantia fuerit prioris iudicij lapsu temporis perempta.

VTrum fructus actori debeantur ex die litis contestatæ in eo iudicio, cuius instantia est perempta, si nouo iudicio inchoato rẽ euicerit, non vulgaris est controuersia. Et quidem deberi censuerunt Bart. in l. 2. C. de fructibus & lit. expen. Menoch. de recuper. possess. remedio 15. nu. 596. Robertus Lancellotus alios commemorat de Attentatis, in Præfat. secundæ partis. c. 4. nu. 506.

Fundamentum est huiusmodi. Possessor condemnandus est ad fructus, ex eo tempore, quo est in mala fide, l. Certum. C. de rei vend. l. 3. C. de condict. ex lege §. 2. Instit. de off. iud. l. Bonę fidei. §. In contrarium. ff. de acquir. rer. dom. cum alijs allegatis in præcedenti capite.

Sed per litis contestationẽ in priori iudicio factam, licet instantia fuerit perempta, possessor in mala fide cõstituitur; ergo cõdemnandus est ad fructuum restitutionẽ.

Probatur minor propositio ex l. 1. C. de Præscript. longi tempo. ibi. Quod si prior possessor inquietatus est, & si postea per longum tempus sine aliqua interpellatione in possessione remansit; tamen non potest vti longi temporis præscriptione.

Contrariam sententiam habuerũt Ripa in l. 2. nu. 28. C. de Eden. & Antonius Valla de rebus dubijs, q. 15.

Argumẽta sunt ista. Instantia perempta est perinde ac si lis mota nõ fuisset, l. Cum lite mortua. ff. Iudicatũ solui. Sed si nulla fuisset lis mota, possessor fructus interim suos fecisset, l. Bonæ fidei, ff. de acqu. rer. dom. Ergo idem statuendum lite mota & instantia perempta.

Secundum argumentum. Si talis possessor fructus ex die litis contestatę in priori iudicio restituere teneretur, id propterea esset dicendum, quòd per litis contestationem videretur esse malæ fidei possessor. Sed consequens est falsum, Ergo & illud vnde sequitur.

Probatur minor propositio. Primò ex l. 2. § vlt. ff. pro empto. ibi. *Non interpellari vsucapionem meam litis contestatione.*

Secundò, quia non solet deterior conditio fieri eorũ, qui litem contestati sunt, l. Non solet, de reg. iur.

Tertiò, quia nemo tenetur ius suum indefensum relinquere, l. Illud. ff. de petitione hæred. Ergo possessor non tenetur statim lite contestata rem actori restituere, consequenter si non restituat, sed retineat, non constituitur in mala fide.

Ad l. 1. C. de præscript. longi temp. respondet Valla, illam legem nõ loqui, quando instantia est perempta; sed cùm quæstio omissa est. Vbi enim instantia est perempta, nullus effectus remanet, vt in d. l. Cum mortua lite. ff. Iud. solui.

Sed mihi prior sententia verissima videtur, istis non obstantibus. Nam quod possessor in mala fide constituatur per litis contestationem, patet primò ex l. Nemo. C. de acq. & reti. poss. vbi Constantinus ait; Ita demum possessionem esse legitimam, *Cum omnium aduersariorum silentio, & taciturnitate firmatur. Interpellatione verò (inquit) & controuersia progressa, non posse eum intelligi possessorem, qui licet possessionem corpore teneat, tamen ex interposita contestatione, & causa in iudicium deducta, super iure possessionis vacillet, ac dubitet.* Secundò, ex l. Fiscus 38. ff. de iure fisci. Tertiò, ex l. Sed & si lege. §. Si ante. ff. de petit. hæred. vbi Iurisconsultus ita dicit. *Quoniam post litis contestationem omnes incipiunt malæ fidei possessores esse.* Et paulò infrà idem sæpiùs repetit.

Si dicatur id non procedere, quando post litem contestatam perempta est instantia, quia possessor credere potest petitorem, qui deseruit instantiam, nullum ius habere. Respondeo, id non obstare, quia etiam instantia perempta, durat effectus malæ fidei, quæ per litis contestationem inducitur. quod probatur tùm argumento d. l. 1. C. de Præscript. long. temp. tùm ea ratione, quòd possessor credere potest actorem destitisse eam ob causam, quòd ab alijs fortè negotijs esset impeditus, vt in l. vlt. C. de Præscript. longissimi temp. 30. vel 40. anno. & si suo iuri confidebat, actore cessante, debebat ipse possessor ac reus instare, vt causa expediretur, iuxta l. Properandum. §. Et si quidem. C. de Iudicijs.

Ad primum argumentum cõtrariæ sententiæ respondeo, lite mortua, seu perempta instantia, omnia extingui, quæ pertinent ad litis ordinationẽ. ita loquitur text. in d. l. Cum lite mortua. Cæterùm effectus malæ fidei, qui iam per litis contestationem inductus est, non tollitur, etsi perempta sit instantia.

Ad secundum respondeo, non probari quod assumitur in argumento, nempe per litis contestationem, malam fidem non induci quantum ad effectum, de quo loquimur, nempe vt possessor fructus suos faciat. Nam qđ dicitur in l. 2. §. vlt. ff. pro emptore, id non pertinet ad factum, sed ad ius, hoc est, ad vsucapionem pertinet, non autem ad fructuum perceptionem: Inter hæc autem latum est discrimen, quia in percipiendis fructibus, quælibet momenta temporis spectamus, in vsucapione autem initium, l. Bonæ fidei. §. In contrarium. l. Qui bona fide. ff. de acquir. rer. dom. Quod verò dicitur, Non solere ex litis contestatione ius litigatorum deterius effici, l. Non solet. ad rem nostram non pertinet, sed aliò, quia per litis contestationem actio perpetuatur, & multa alia sequuntur commoda, vt declarant Glos. & docto. in d. l. Non solet. Sed quantum ad malam fidem, fit possessoris conditio deterior, vt dictum est, quia scilicet incipit dici malæ fidei. Neque verò nos dicimus possessorem debuisse ius suum indefensum relinque-

re, aut statim actori rem tradere; sed dicimus ex litis contestatione effici malæ fidei possessorem, quia iam de suo iure dubitare ac vacillare incipit.

Quod postremò dicebatur, textum in l. 1. C. de Præscript. longi tempo. non loqui, quando litis instantia est perempta, nihil mouere debet: tùm quia loquitur, quando lis incepta, fuit omissa, quod potest fieri etiam lapsu totius temporis instantiæ præfixo, imò loquitur textus, vbi tempus longum præterijt, tùm quia est eadem ratio, ac si perempta esset instantia, vt patet.

CAPVT LXI.

Quomodo sit accipiendum, quod dicitur, neminem esse cogendum stare pacto de litigando coram Iudice non suo, ad interpretationem l. Si conuenerit. ff. de iurisd. om. iud & l. pen. C. de Pactis.

APhricanus ait: *Si conuenerit, vt alius præterquam cuius iurisdictio esset, ius diceret, & priusquam adiretur, mutata voluntas fuerit; procul dubiò nemo compelletur eiusmodi conuentioni stare.* l. Si conuenerit. ff. de Iurisdiction. omnium Iudicum &c.

Contrà, Iustinianus in l. penult. C. de Pactis: *Si quis in conscribendo instrumento, sese confessus fuerit non vsurum fori præscriptione, &c. Sancimus nemini licere aduersus sua pacta venire, & contrahentes decipere, &c.*

Respondent Bartolus & alij veteres communiter, Imperatorem loqui, cùm quis iure communi subiectus est iurisdictioni alicuius, sed ex speciali priuilegio eam iurisdictionem declinare potest: tunc cogitur pacto eiuscemodi stare, quia facilè res reuertitur ad ius pristinum. l. Si vnus. §. Pactus ne peteret. ff. de Pactis. Aphricanum verò loqui, cùm iure communi quis non est subiectus eius Magistratus imperio, cui pacto se subijcit; tunc non est cogendus pacto stare.

Sed obstat, quòd ratio Iurisconsulti nulla sit alia, nisi quòd illud pactum nudum sit, & ideò nullam producat obligationem l. Iurisgentium. §. Igitur nuda ff. de Pactis: quæ ratio locum habet etiam in alia specie, de qua Imperator loquitur.

Secunda est solutio Decij in d. l. penult. nume. 8. & in cap. 1. de iud. col. 10. Imperatorem loqui, vbi is, qui renunciauit præscriptioni fori, voluntatem suam mutat altero inuito; Iurisconsultum verò, quando vtraque pars consentit.

Non rectè meo iudicio, quia nullū verbum est in d. l. Si conuenerit, quo significetur vtriusq; partis consensus.

Tertia est solutio vera, vt mihi videtur, quam attulit Antonius Goueanus in commentarijs d. l. Si conuenerit, & Iacobus Cuiacius ad Aphricanum Tract. 7. legem Aphricani capiendam esse de pacto nudo, Iustiniani verò legem de pacto contractui adiecto, quod propterea nudum non est, & obligationem parit. Id patet ex verbis Iustiniani. Sic enim ait: *Si quis in conscribendo instrumento sese confessus fuerit, non vsurum fori præscriptione, &c.* Et rursus; *Sancimus nemini licere aduersus pacta sua venire & contrahentes decipere.* Hæc verba ostendunt pactum in ipso instrumēto contractus, seu in ipso contractu, vel in continenti post, adiectum fuisse. Porrò pacta huiuscemodi, quæ contractibus adijciuntur inesse cōtractui & obligationem parere notissimum est ex l. In bonæ fidei. C. de Pactis, & ex alijs locis. Et hæc sententia magis placet quam Duareni ad tit. de Iurisd. cap. 6. existimantis Aphricanum à Iustiniano corrigi. Cum nullum verbum in lege Iustiniani reperiatur, vnde colligi possit ea correctio. Quod igitur non mutatur, cur stare prohibetur. l. Præcimus. C. de appell.

Sed cōtrouersia est, an & eo casu locū obtineat Aphricani sententia, quo iureiur. pactum est firmatum. Affir-

A mant Antonius Butrius, Abbas & Decius in c. 1. nu. 23. de iud. eo argumento, quòd iuramentum sequatur naturam principalis obligationis, l. vlt. ff. qui satisd. cog. l. vlt. C. de non nu. pecu.

Sed contraria sententia mihi verior videtur, quæ & communior est, vt patet ex Couuar. in c. Quamuis. de Pactis, lib. 6. in 1. part. §. 4. nu. 7. & ex Seraphino, priuil. 74. nu. 165. Moueor eo argumento, quòd iuramentum obligat iurantem posthabitis Iuris ciuilis regulis, vt in c. Cū contingat, de iureiur. Quare cùm obligetur iurans, cogetur & iuramento stare, nec ab ea pactione poterit recedere. Non obstat argumentum, quia vt aliàs dictum est, quod attinet ad vim obligandi iurantem, non inspicitur natura principalis obligationis. Nam etsi illa non oriatur, & contractus non obliget, & improbetur iure ciuili, iuramentum tamen suam producit obligationem, vt in d. c. Cum contingat.

B

CAPVT LXII.

Vtrum ex sententia Iudicis, dominium transferatur.

VAriæ ac diuersæ sunt Doctorum sententiæ hac de re. Prima est Accursij in §. vlt. in Instit. de officio Iudicis. Alexandri in l. Pomponius. §. Si iussu, nu. 9. & 10. ff. de Acquit. posses. & aliorum, quos commemorat Ias. in l. Ex hoc Iure. nu. 44. ff. de Iust. & Iur. dominium transferri per sententiam.

Argumenta sunt ista. Primum ex d. §. vlt. in Inst. de offic. Iud. in illis verbis: *Quod autem in istis Iudicijs alicui adiudicatum fuerit, id statim eius fit cui adiudicatum fuit.*

Secundum, ex l. Statuliberi à cæteris §. Quintus. ff. de Statuliberis, in illis verbis: *Sed verissimū est, quod & Aristo Celius scripsit, posse dari pecuniā heredi ab intestato, secundùm quem sententia dicta est, quoniam lex XII. Tabul.*
C *emptionis verbo omnem alienationem complecti videtur, nec interesse quo genere quisque dominus fieret.*

Tertium est ex l. 3. §. Item quæri potest ff. de Reb. eorum, &c. in illis verbis: *Idemq; erit dicendum, etsi fundus petitus sit, qui pupilli fuit, & contrà pupillum pronūciatum, Tutoresq; restituerint. Nam & hic valebit alienatio propter rei iudicatæ authoritatem.*

Quartum argumentum. Factum à Iudice reputatur factum ab ipsa parte, l. Si ob causam. C. de Euictio. Sed si pars condemnata rem traderet, ex iusta causa transferret dominium, ergo & per sententiam Iudicis transfert.

Postremū argumentū. Ex causis, quibus à non dño re tradita vsucapiendi conditio acquiritur, si res à domino tradatur, dominiū acquiritur. l. Clauibus. ff de contrah. empt. Sed vsucapiendi conditio acquiritur, si per sententiam Iudicis, res adiudicetur, l. Si per errorē. ff. de vsucap. l. Pomponius. §. Si iussu. ff. de Acquir. poss. Ergo si res adiudicetur, eius, qui sit dominus, transfertur dominium.

D Secunda est sententia Glos. in l. Exceptio. ff. de exceptione rei iud. Petri, Cyni, Raynerij & aliorum à Iasone citatorum in d. l. Ex hoc Iure, nu. 44. ff. de Iust. & Iur. nō transferri dominium per sententiam.

Fundamentum est, quia cùm per sententiam res mea tibi adiudicatur, eo prætextu, quòd sit tua, ibi procul dubio error interuenit. Error autem dominij translationē impedire solet, l. 3. §. Subtilius. ff. de condict. causa dat. Si verò nullus error interueniat, sed res tua sit, dominiū per sententiam transferri non potest, tùm quia illud iam habes. §. Sic itaque discretis Instit. de Action. tùm quia sententia declarat dominium ad te pertinere, & ad hoc tendit actio instituta, non autem illud transfert. l. Et ex diuerso. §. 1. ff. de rei vendic. l. Pomponius. §. Sed & is. ff. de Procurat. l. Sicuti. § Si quæratur. ff. Si seruitus vendicetur.

Tertia est sententia Bart. in d. l. Ex hoc iure. In actione personali, dominium transferri per sñiam, si ad hoc

illa ten-

illa tendat, vna cum actione instituta; In reali verò non transferri, si secundùm reum proferatur: Cæterùm, si pro Actore, qui dominus non sit, transferri.

Quarta est sententia Hostiensis & Ioan. Andr. in cap. Propositut. de Concess. præben. Per sententiam Iudicis dominium transferri in Iudicijs vniuersalibus, secus in particularibus.

Ego verò priorem sententiam magis probo, si modò, & sententia & actio instituta in eum finem tendant, vt dominium transferatur, sicuti dicebat Bart. & moueor authoritate d. §. vlt. in Instit. de officio Iudicis, & deinde hac ratione, quòd sententia videtur esse iusta causa, per quam, traditione secuta, dominium transferatur. Quæ verò in contrarium adferuntur, locum sibi vendicare possunt in eo casu, quo, vel error admittitur, vel sententia & actio instituta, ad alium finem tendunt.

CAPVT LXIII.

Vtrum leges, quæ præscriptionem inducunt cum mala fide, Iure Canonico sint correctæ.



VAriè atque dissidentes sunt Doctorum sententiæ circa leges, quibus præscriptio inducitur, mala fide non obstante, An & quomodo sint Iure Canonico sublatæ.

Ac prima quidem opinio est Glos. in cap. vlt. de Præscript. nec non Practici Papien. in forma responsionis rei conuenti, in verbo. Præscriptionis, Iure Canonico sublatas non esse, sed seruandas in foro ac Iurisdictione Cæsaris, Canones verò in foro Pontificis.

Et fundamentum est, quòd tex. in d. c. vlt. de Præscript. leges ciuiles non corrigat, sed tantum dicat; nullam præscriptionem cum mala fide valere, siue Canonicam, siue Ciuilem. Quorum verborum sensus esse videtur, siue de re temporali agatur, siue de re spirituali & ecclesiastica, nullam Iure Canonico, atque in foro ipso Ecclesiastico, valere præscriptionem cum mala fide.

Sed reijcitur communiter hæc interpretatio, quia sensus dictorum verborum longè est diuersus. Quod enim ait S. Pontif. *Definimus, vt nulla valeat absque bona fide præscriptio, tam Canonica, quam Ciuilis*, nihil aliud significat, nisi omnem præscriptionem, tàm à lege Ciuili inductam, quàm à sacris ipsis Canonibus, corruere, & nullius esse momenti, propter malam fidem.

Secunda est sentẽtia Hostien. in summa de Præscript. tit. quæ res præscribi possunt. col. 1. vers. Actiones verò personales, & Bart. in l. Sequitur. §. Si viam. ff. de vsucap. Præscriptionem quidem rerum cum mala fide non procedere, secus in præscriptione actionum.

Et fundamentum est, quia S. Pontif. dum statuit præscriptionem cum mala fide non valere, semper loquitur de possessore rei alienæ. Id patet ex cap. Possessor malæ fidei, de reg. Iur. lib. 6. & ex d. cap. vlt. de Præscript ibi: *Oportet, vt qui præscribit, in nulla tẽporis parte rei conscientiam habeat alienæ*. Quamobrem leges, quæ de actionum præscriptione loquuntur, eamq; per longissimum tẽpus inducunt, non videntur esse sublatæ.

Sed obstant huic expositioni illa verba dicti cap. vlt. *Nulla valeat absque bona fide præscriptio.* & rursus obstat ratio qua mouetur S. Põtif. Quòd, videlicet, omne, quod non est ex fide, peccatum est, &c.

Tertia est sententia Panorm. in d. c. vlt. de Præscript. leges Ciuiles præscriptionem cum mala fide inducentes, in actionibus personalibus sublatas non esse, eo in casu, quo debitor non est in mora soluendi, nec offerre tenetur creditori debitam pecuniam. Nam si non fuerit ab eo petita, is videtur se præscriptione tueri posse, eamque præscriptionem non tàm ex mala fide procedere, quàm ex negligentia creditoris non petentis.

Verùm obstat & huic sententiæ, quòd, licet creditor sit negligens, debitor tamen scit se obligatum esse, con-

A sequenter si post longissimum tempus ab eo petatur debita pecunia, non potest se præscriptione tueri, quia est in mala fide.

Quarta est sententia nonnullorum quos Couaruuias refert in cap. Possessor malæ fidei, in 2. parte §. 11. Leges correctas non esse, de quibus dictum est, quantum attinet ad forum externum, secus verò, quod attinet ad forum internum ipsius animæ & conscientiæ. Sed cùm dicat S. Pont. nullam præscriptionem valere, vbi mala fides adest, tàm Canonicam quàm Ciuilem, sequitur, vt neque in foro externo rectè obijci possit, aut aliqua eius ratio haberi debeat, secundùm tritam regulam. Non præstat impedimentum, quod de Iure nõ sortitur effectum, præsertim, quia S. Pont. derogat omni legi & consuetudini, quæ absque peccato mortali obseruari non potest, qualem procul dubio ibi existimat esse legem & constitutionem, quæ absque bona fide præscriptionem inducit.

Quinta & postrema est opinio, vera & communis,
B vsu etiam recepta, Omnes leges & constitutiones, quæ præscriptionem absque bona fide inducunt, Iure Canonico sublatas & correctas esse, siue pertineant ad actiones reales, siue personales, & siue agatur de foro interno, siue externo. Ita docent Acharanus & Francus in d. cap. Possessor malæ fidei. Imola & Felyn. in d. cap. vlt. Baldus de Præscript. in 2. parte 3. partis princip. q. 13. & alij quos refert & sequitur Couuar. loco nuperrimè citato. Nec non Anton. Gabriel. comm. concl. tit. de Præscript concl. 3. nu 3.

Probatur hæc sententia hoc argumento. Si Pontifex omnes leges prædictas tollere & corrigere potuit & voluit. Ergo sublatæ & correctæ esse censentur, quoniam ex potestate & voluntate, vt dicebat Aristoteles, actiones humanæ perfectionem accipiunt. Potuisse S. Pontificem, nemini dubium est, quia hic agitur de peccato, quia quidem in re propter animæ salutem, summam habet potestatem decernendi ac statuendi, vt in cap. No-
C uit. de Iudicijs. Voluisse autem, negari non potest, quia hoc expressè habetur in d. cap. vlt. de Præscript. & alibi. Vt nulla valeat absque bona fide præscriptio, tàm Canonica, quàm Ciuilis, quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, inquit S. Pontifex: *Et generaliter omni constitutioni & consuetudini derogandum sit, quia absque mortali peccato obseruari non potest*. Vnde sic argumentatur S. Pontifex. Omni constitutioni est derogandum, quæ seruari non potest absque peccato mortali. Sed præscriptio sine bona fide peccatum continet, ac nutrit, quia omne, quod non est ex fide, peccatum est. Ergo legibus & constitutionibus, quæ illam admittunt & probant, derogandum est, quia sine peccato obseruari nõ possunt. Et tantum sufficit de ista controuersia.

CAPVT LXIIII.

D *Vtrum præscriptione completa bona fide, si is qui præscripsit, cognouerit rem esse alienam, teneatur in foro conscientiæ eam restituere domino suo.*



DOctissimus vir Alciatus in libello de quinque pedum præscript. existimauit, præscriptionem in foro conscientiæ locum non habere, & ideo possessorem teneri, si cognouerit rem alienam esse, domino restituere. Idem docuerunt nonnulli Theologi, quos commemorat Couuar in c. Possessor malæ fidei, in 3. par. §. 2. & horum omnium illud est fundamentum, quòd in foro cõscientiæ cesset ratio præscriptionis, vt litium aliquando finis esset, & si quæ alia ratio adfertur, in eoque maximè bona fides vigeat, quam quilibet Christianus agnoscere debet, & vltrò rem ad dominum deferre. Quibuscunque enim verbis lex loquatur, iubeat, fingat, præsu-

mat, nunquam naturalem illam iustitiam abulere potest, in qua cardo omnis, fundamentumque Euangelicæ veritatis residet. Idem docuit Gregorius Syntagmate iuris lib.40.cap.8.nu.4.

Sed contraria sententia, quę crebriori calculo, tum Theologorum, tum Iurisconsultorum est recepta, mihi quoque magis probatur. Ita enim docuerunt Tiraquellus post alios de Pręscript §.1.Glos. 2. Couuar.loco suprà citato. Franciscus Sarmient.lib.2.selectar.interpretationum, cap.10. & Alciatus sibi parum constans ad rub. de Pręscript.nu.13.

Fundamentum est præclarum ac solidum, quia qui præscripsit bona fide, iam dominium acquisiuit rei alienæ, consequenter eam alteri restituere non tenetur, quia non alterius, sed ipsius, qui præscripsit est. Absurdum verò est existimare, præscriptiones, quæ sacris Canonibus receptæ sunt, vimque habent in foro externo, ac possessorem tuentur, in interiori conscientiæ foro locũ non habere. Sic enim sequeretur eum peccare, qui sacris Canonum constitutionibus innititur, quo nihil est à veritate magis alienum. c. Qui peccat. 23. quęst.4. Pręsertim cùm in hac ipsa præscriptionis materia, magnopere sacri Canones inuigilarint, ne aliquod peccatum inducatur, vt in c.vlt.de pręscript.& alibi.

Quòd verò dicebatur, in foro animæ interiori, eam rationem non habere locum, cui præscriptionis leges innititur, nec posse leges rationem naturalem tollere, quæ dictat rem restituendam domino, nihil mouere debet, quia iustas ob causas inducta est præscriptio, ideoq; valet & obtinet, etiam in foro conscientiæ, sicut & aliæ leges, quibus ex iustis causis decernitur, dominio rei suæ aliquem priuari posse, & ratio illa naturalis iustas ob causas temperari à legislatore potest in aliquibus casibus, sicuti constat ex notatis in c. Quæ in Ecclesiarum, de constitutionibus, & alibi.

CAPVT LXV.

Vtrum is, qui dubitat, an res sua sit, vel aliena, possit præscribere.



SI possessor ab initio dubitauerit, an res sit sua, vel aliena, inter omnes constat, eũ præscribere non posse.

Cęterùm, si ab initio bonam fidem habuerit, & postmodum dubitare inceperit, Vtrũ possit Iure præscribere & vsucapere rem alienam, aliqua est inter Doctores controuersia. Etenim præscribere non posse talem possidentem, opinati sunt Anton.Butr. in cap.vlt.de Pręscript.& Dom.Sot. de Iust. & Iur.lib.4. art.4.q.4.

Fundamentum est illud, quòd pręscriptio requirat bonam fidem, dubitans verò, in bona fide esse non videatur, imò verò non procul esse à peccato, quandoquidem is, qui dubitat, an id quod facit, sit peccatum, in peccatũ incidit, iuxta sentẽtiam illam; Qui amat periculum, peribit in illo, vt habetur in c.Literas, de Restitutione spoliator.& in c.In pręsentia, de sponsal.

Sed contrariam sententiam & communiorem & veriorem esse iudico. Eam secuti fuere Panorm. Imola & Felyn.in d.c.vlt. Baldus de Pręscript. in 2. parte 3.partis princip.q 2.Couuar. ad c.Possessor malę fidei. in 2.par.§. 7.de reg.Iur.lib.6. Francisc. Sarmient.selectarum interpretationum, lib.2.cap.10.

Probatur hæc sententia ex dicto, cap.vltimo. Si principium cum fine iungatur. Sic enim ait in principio. *Definimus, vt nulla valeat absque bona fide præscriptio* (sed in specie nostra possessor bonam fidem habet) sequitur deinde textus: *Itaque oportet, vt qui præscribit, in nulla temporis parte, rei habeat conscientiam alienæ*. Sed possessor in quęstione proposita non habet conscientiam rei alienæ, qui enim dubitat, non dicitur habere scien-

A tiam, sicuti declarat optimè Bartol. in l.Admonendi, nu. 18.ff.de Iureiur. Igitur præscribere poterit.

Dubium autem est duplex, alterum speculatiuum vt vocant, alterum practicum. Speculatiuum, cùm quispiam dubitat, an res sit sua, vel aliena. Practicum vero cum dubitat, an possit illam retinere sine peccato.

Priori dubio implicitus, non est in mala fide, neque peccat, quia licet dubitet, An sua sit res, vel aliena, credere tamen potest, se iustè eam possidere, ac retinere posse, donec cognouerit alienam esse.

Posteriori verò dubio inuolutus, peccat, & secundùm illud habent locum argumenta prioris sententiæ.

Cęterùm non de posteriori hoc practico dubio, sed de priori speculatiuo, communis, & nostra hæc sententia est accipienda. Vide etiam de hac re Vasq. Controuers. Illust.lib.2.cap.77.

CAPVT LXVI.

B

Vtrum mala fides Authoris noceat bonæ fidei successori, quò minus præscribere possit, seu vsucapere rem alienam.



HÆc res partim Iure definita est, partim controuersa, in successore quidem singulari definita est ex Anth. Malę fidei C.de Pręscript.longi temporis Cæterùm in vniuersali successore, qualis est hęres, dubia est & controuersa, vti videre licet ex Panorm. Felyn & aliis Doctoribus, in cap.Si diligenti, de Præscript. ex Dino in regul. Possessor malę fidei, de regulis Iuris, libro sexto, & ex Didac.Couuar. eodem in loco, in secũda parte Relection.§ 9.

Ego verò in eorum sententiam magis descendo, qui hæredem negant præscribere posse, quamuis sit in bo-
C na fide, si defunctus, cui successit, malam fidem habuerit.

Moneor inprimis authoritate tex. in l.Cum hęres. ff. de diuers. & tempor. pręscript. vbi Iurisconsultus ita dicit: *Cùm hæres*, inquit Papinian *in ius omne defuncti succedat, ignoratione sua, defuncti vitia non excludit, veluti cum sciens alienum, vel precariò possedit, quamuis enim precarium heredem ignorantem non teneat, tamen vsucapere non poterit, quod defunctus non potuit.*

Secundò, authoritate tex. in l. Nec vsufructuarium. C.de vsucap. pro hęrede. *Nec vsufructuarium*, inquit textus, *ad obtinendam proprietatem rerum, quorum vsumfructum habet, neque successores eius, vlla temporis ex ea causa tenentes præscriptio muniet.*

Tertiò, ex Iuris Canonici regula, quę habet; Hęredẽ obligari ad exonerandam defuncti conscientiam, vt vulgò dicitur, c.vlt de sepultur.cap.In literis, de Raptor.cap. Tua nos, de Vsuris c.Si Episcopum. 16 quęst.6.Si ergo
D defunctus malam fidem habuit, quippe qui sciebat rem alienam esse, tenebatur rem domino restituere, si non restituit, & ad hęredem ea res peruenit, is tenetur exonerare eius conscientiam, & sic domino rem restituere, nõ autem vsucapione suam facere.

Fundamentum cõtrariæ sententiæ infirmum est, nec magno labore opus est in eo refutando. Est enim in eo positum, quòd hęres sit in bona fide. Concedo. Qui est in bona fide præscribere potest. Concedo. Ergo hęres præscribere potest. Nego, quia minor propositio in vniuersum vera non est, excipiendus est enim ille casus, quo quis in vitia defuncti succedit. Etsi enim bonam fidem habeat, vitia defuncti non excludit, neque præscribere potest, quod defunctus non potuit d l.Cum hęres. Non ignoro Vasq. lib.2. Controuers Illustr cap.73 aliter docuisse, sed eius argumentis alio in loco satisfaciam, lib. 10.Controuers.cap.vlt.

CAPVT

CAPVT LXVII.

Quomodo sit accipiendum, quod vulgò receptum est, ac dici solet: post longissimum tempus, malam fidem allegari non posse contra possessorem: & an sit verum.

MAlam fidem aduersus possessorem longissimi temporis, allegari non posse docuit Bart. in l. vlt. C. Vnde vi: illius textus authoritate adductus, nimirum propter illa verba in fine posita. *Si non ex die, ex quo possessio detenta est, triginta annorum excesserint curricula.* Bartolum secuti sunt alij, vt testatur Couuar. ad cap. Possessor malæ fidei, de reg. Iur. lib. 6. in 2. parte, §. 8. nu. 3.

Iam controuertitur, quomodo id accipiendum sit. Prima est sententia Cornei. in cons. 207. col. 2. lib. 3. quem refert, & sequitur Crauetta in cons. 146. nu. 5. accipiendum esse illud dictum, quoad effectum, d. l. vlt. C. Vnde vi. cùm enim ea lege caueatur, vt nemo possit absentis possessoris possessionem inuadere, ac inuadens eam restituere teneatur, ea allegatione reiecta, quod per ignorantiam se alienam rem occupasse dicat, dum propriam esse putaret, excipitur ille casus, quo ex die occupationis triginta anni effluxerint, consequenter, quod ad eam speciem attinet, malæ fidei præsumptio ex lapsu triginta annorum cessat.

Verùm obstat huic interpretationi, quòd si in ea specie d. l. vlt. ita statuendum est, nil propoti videtur, cur & in alijs similibus idem statuendum non sit, nam vt Iulianus dicebat, non possunt omnes articuli singulatim, aut Legibus, aut Senatusconsultis comprehendi, sed cũ in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui Iurisdictioni præest ad similia procedere, atque ita Ius dicere debet. l. Non possunt. ff. de legibus.

Secunda est opinio eiusdem Crauettæ in d. cons. 146. nu. 6. quem secutus est Hippol. Rimin. in cons. 249. lib. 3. Communem illam assertionem intelligendam esse, vt locum habeat inspecto Iure Ciuili. Cæterùm Iure Canonico nequaquam vera est, quoniam omnis præscriptio, etiã longissimi temporis, Iure Canonico sublata est absque bona fide.

Sed obstat illud, quod licet Iure Canonico ita constitutum sit, non tamen est sublata communis assertio, de qua loquimur, nempe post longissimum tempus malam fidem non præsumi.

Tertia est sententia eiusdem Crauettæ, & Riminaldi locis annotatis, & ante eos Aretini in cons. 154. adhibendam esse distinctionem inter malam fidem veram, & præsumptam. Mala fides vera semper allegari potest, semperque præscriptionem infirmat, præsumpta verò nequaquam. Quare si quis probet rei alienæ possessoré, etiam longissimi temporis, reuera nó ignorasse rem alienam esse, exceptio malæ fidei obtinebit, & impediet præscriptionem. Cæterùm si hoc obijciatur longissimi temporis possessori, quod præsumatur esse in mala fide, rem alienam non ignorasse, quodque credere debuerit, quod suum non erat, ad alios pertinere, isthæc allegatio & exceptio nihil oberit, quia vires non habet post longissimũ tempus elapsum.

Ego verò longè diuersam ab his opinionem habeo, Nam quod attinet ad l. vlt. C. Vnde vi; nihil illa aliud docet, nisi Possessorem rem, quã occupauit, restituere oportere, nisi triginta annorum curricula excesserint. Verba textus sic habent. *His videlicet, quæ super recipienda possessione à nobis disposita sunt, locum habentibus, si non ex die, ex quo possessio detenta est, triginta annorum excesserint curricula.* Hic de præsumenda, vel non præsumenda mala fide post longissimum tempus, deque potestate eam allegandi, vel nõ allegandi, nullum verbum animaduerto. Suprà quidem Imperator dixit, *Ridiculum etenim est dicere, vel audire, quod per ignorantiam, alienam rem aliquis, quasi propriam occupauerit; omnes autem scire debent, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere.*

Cæterũ hæc allegatio, hæc præsumptio, hæc obiectio, non tollitur ex lapsu longissimi temporis, quoniam & post longissimum tempus mala fides possessoris durat, qui alienam rem occupauit, sed tollitur condictio ex illa lege, sicut & omnes aliæ actiones regulariter per triginta annorum spacium tolluntur, mala fide possessoris nõ obstante, vt in l. Omnes, & in l. Sicut. C. de Præscript. longissimi temporis. Quod verò dicitur de mala fide præsumpta, nihil est, quia bona fides præsumitur in possessore, vt notum est, consequenter etiam ante longissimum tempus, malæ fidæi præsumptio cessat, & qui dicit possessorem malę fidei esse, id probare debet: leges sunt hac de re claræ & notissimæ. Quare sic statuo, bona tantorũ Patrum venia; huius communis assertionis fundamentum nullum esse, ac proinde quomodo accipienda sit, superuacaneam esse indagationem.

CAPVT LXVIII.

Vtrum Statutum Ciuitatis, quo cauetur, vt nisi intrà certum tempus Creditor petierit debitum, excludatur, valeat, & seruandum sit?



VAriæ ac inter se dissidentes sunt Doctorum sententiæ de statutis, quæ in Italia potissimũ multis in locis vigent, & quibus ita cauetur, vt nisi intrà certum tempus creditor sibi debitum petierit, excludatur à Iure suo, an valeant & seruanda sint. Nam valere ac seruanda esse in pœnam negligentis Creditoris Bart. existimauit, in l. Sequitur. §. Si viam. ff. de Vsucapion. & cũ eo multi alij, quos commemorat Ant. Gabriel. commu. concl. tit. de præscript. concl. 4.

Cæterùm non valere huiuscemodi statuta, quia peccatum inducere videantur, propter malam debitoris fidẽ, responderunt Io. Andr. & Anchoran. in c. 2. de Except. lib. 6. & multi alij à Gabrielio citati loco annotato.

Alij distinctione hac vtuntur, vt si quidem statuti verba ad debitorem referantur, non valeant, si ad Creditorem, valeant. Ita Castren. in d. § Si viam.

Sunt & qui distinguant, vtrum debitum sit iuratum, necne, vt primo casu non valeant, secundo autem casu valeant. Ita Ang. Rom. & Ias. in l. Nam & postea. §. Si is qui temporali. ff. de Iureiur.

Alij, vtrum statutum creditorem excludat à Iure suo, an verò debiti probationem infringat; priore casu illud non valere docent; posteriore casu valere existimant. Ita Alex. in cons. 170. lib. 7. Socin. sen. in cons. 120. num. 19. lib. 3. Ant. Gabriel. commun. concl. tit. de Statutis. concl. 11. nu. 12. Hieron. Gabriel. in cons. 4.

Alij denique statutum valere, quatenus debiti probationem infringit, putant, si modò iusta ratione id fiat. aliàs secus. Ioan. Andr. in Addit. ad Specul. tit. de Instru. edit. §. compendiosè, super verbo, sed nunquid. vers. sed conuerso casu. Anton. Butr. & Abbas. in c. 2. de Probat. Ego verò omnem hanc controuersiam sequentibus conclusionibus dirimi posse iudico.

Prima conclusio. Statutum, quo cauetur, vt si creditor non petierit debitum intrà certum tempus, excludatur à Iure suo, non valet, siue verba ad creditorem dirigantur, siue ad debitorem, si modò debitor sit in mala fide. Probatur hæc assertio, ex c. vlt. de Præscript. in illis verbis. *Cùm sit omni consuetudini, & constitutioni derogandũ, quæ absque mortali peccato seruari non potest.* Et suprà S. Pontifex sic statuit, vt nulla valeat absque bona fide præscriptio, tàm Canonica, quàm Ciuilis.

Secunda conclusio. Statutum huiusmodi Creditorem excludens, & debiti probationem infringens, si ob iustã causam conditum esse non appareat, nõ valet. Probatur hæc cõclusio, primò, ex c. 2. de Probation. Quatenus ibi

S. Pon-

S. Pontifex improbat consuetudinem, quæ absque iusta causa probationibus factis derogabat. Secundò probatur, quia statutum sicut, & lex, debet esse iustum c. Erit autem lex. 4. dist. Innocent. in c. Plerisque in fine. de Immun. Ecclesiar. Abbas in d. c. 2. n. 4. de Probat. Tale autem statutum est iniustum, quia legitimis probationibus fides est adhibenda. Tertiò, quia tale statutum probationem infringens, licet non directè, attamen effectu ipso considerato præscriptionem inducit cum mala fide, neq; seruari potest absq; mortali peccato, quoniam debitor scit se debitorem esse, creditor verò id probare non potest, atq; ideo excluditur & priuatur iure suo.

Tertia conclusio. Statutum, de quo agitur, si probationem infringat ex iusta & legitima causa, valet & seruandum est. Probatur hæc sententia, quia lex potestatem habet ex iusta & probabili causa, initam & plenam probationem infirmandi, id patet, quia legitima probatio regulariter conficitur ex duobus, vel tribus testibus, iuxtà illud, In ore duorum, vel trium stat omne verbum. c. Cum esses. de Testam. c. In omni negotio. de Testibus, c. Forum. §. In omni negotio. de verbor. significatione, & tamen iustè ad fraudes tollendas sancitum est, vt in testamentis septem requirantur, in Codicillis quinque, & in alijs multis casibus. Iustam verò causam hic ego non præsumo, nec facilè probari posse iudico.

Postrema conclusio. Huiusmodi statutum ex iusta causa probationem infirmans, valet & locum habet, etiam in debito iurato. Probatur hæc conclusio, quia iuramentum adhibetur, ad contractum confirmandum, non autem ad probationem inducendam. Probatio enim differt ab eo, quod in obligatione continetur. Igitur hoc in casu iuramentum nihil operatur, quia scilicet ipsum iuramentum probari non potest, vti dicebat Alciat. in c. Cum contingat. n. 242. de Iureiu. Et ideo receptum est, Iuramentum nequaquam habere vim, & potestatem supplendi solennitatem probatoriam, vt loquuntur nostri, talis enim solennitas Iure publico inuenta est, ac proinde pacto & iuramento partium suppleri non potest. Vide Bart. in l. Si quis pro eo, n. 13. ff. de Fideiuss. Panorm. in c. Cum contingat. n. 24. de Iureiu. & Gabriel. commu. concl. tit. de statut. concl. 11. n. 12.

CAPVT LXIX.

Vtrum aduersus præscriptionem competat, maioribus viginti quinque annis in integrum restitutio, ex causa iustæ & probabilis ignorantiæ.



COntrouersi Iuris est, an aduersus præscriptionem maioribus XXV. annis competat in integrum restitutio ex causa iustæ & probabilis ignorantiæ, vt videre licet ex Didaco Couuar. in c. Possessor malæ fidei. in 3. parte. §. 3. de Reg. Iur. lib. 6. Abbate & Felino in c. Vigilanti. de Præscript. Pinello in Auth. Nisi Tricennale. n. 58. C. de Bonis matern. Crauett. in consil. 201. Boerio decis. 39. Sfortia Oddo de Rest. in integ. parte 2. quæst. 90. Francisco Sarmiento selectar. interpret. lib. 2. cap. 10. & Federico Scoto, in cons. 1. lib. 4 com. 2.

Ego eam sententiam vsu forensi receptam esse non ignoro, quæ restitutioni fauet. Sed tamen contrariam sententiam, legibus esse magis consentaneam existimo, quam imprimis confirmabo, deinde communis sententiæ argumenta refutabo.

Igitur maioribus XXV. annis ex dicta causa non competere restitutionem aduersus præscriptionem, his argumentis probatur.

Primum sumitur ex l. vlt. C. de Præscript. longi temporis, in illis verbis: *Nulla scientia vel ignorantia expectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio.* quibus verbis hoc Imperator vult, vt præscriptio locum habeat, tàm contrà scientem, quàm contrà ignorantem,

A ne si duntaxat contrà ignorantem locum habeat, ob eam causam nouæ lites & dubitationes exoriantur. Ergo restitutio aduersus præscriptionem non est concedenda ex causa ignorantiæ, ne super ignorantia vel scientia, nouæ oriantur lites vel dubitationes.

Secundum est ex l. Sicut. C. de Præscript. XXX. vel XL annorum, vbi postquam Imperator dixit, eam præscriptionem contrà omnes locum habere. *Non absentia,* inquit, *non militia contra eam legem defendenda, sed pupillari ætate duntaxat huic eximenda sanctioni.*

Tertium est ex l. omnes C. eod. tit. Vbi dicitur, Eum qui præscripsit, plenissima munitione securum esse, quod sanè verum non esset, si restitutio in integrum competeret aduersus ipsam præscriptionem ex causa ignorantiæ.

Quartum est ex l. vlt. C. de fundis patrimonial. lib. 11. in illis verbis. *Nullam penitus super dominio memoratorum omnium fundorum, &c. à publico actionem vel molestiam, vel quamlibet inquietudinem formidare, &c.*

B Quintum est ex l. vni. C. de Vsucapione transformanda. vbi Iustinianus commemorans antiquas circa præscriptionem constitutiones, easque corrigens, quoad tempus præscriptionis, clarè indicat præscriptionem vim habere, ac efficaciam, etiam aduersus ignorantes. Sic enim ait:

Sed si quis res alienas, Italicas tamen, bona fide possidebat per biennium miseri rerum domini excludebantur, & nullus eis ad eas reseruabatur regressus, quæ, & nescientibus dominis procedebant, quò nihil inhumanius erat, si homo absens, & nesciens, tam angusto tempore suis cadebat possessionibus. Quam quidem temporis angustiam ibi corrigit Imperator duntaxat, & sic antiquæ leges valent, quibus præscriptio etiam ignorantibus nocet.

Sextum est ex c. Ad aures. de Præscription. ibi: *Quadragenalis præscriptio, omnem prorsus actionem excludit.*

Septimum argumentum, ac postremum est huiusmodi. Quia videlicet absentibus propter iustam ignorantiam maius tempus conceditur, vt suas res perquirant.
C Quare si intra constitutum tempus non perquisierint, merito excluduntur. Item; quia si restitutioni locus esset propter ignorantiam, nunquam, vel rarò præscriptio locum haberet; quis. n. sciens pateretur suas res ab alijs vsucapi?

Respondent contrariæ sententiæ Authores, his argumentis probari, Præscriptionem etiam ignorantibus obesse, sed non probari, nec idcirco colligi posse, restitutionem esse denegandam. Nam & absentibus Reipublicæ causa nocere solet, qui tamen in integrum restituendi sunt. Rectè, si leges extarent, quibus & ex causa ignorantiæ, restitutionem esse concedendam caueretur, sicuti ex causa absentiæ, Reipublicæ causa, cautum est, Sed nulla extat lex tale aliquid dicens, & multæ contrà extant constitutiones ac leges, quibus contrarium suaderi probabiliter potest.

Sed iam videamus quantum habeant momenti sententiæ communioris argumenta.

Illud in primis adsertur, quod habetur in l. 1. ff. Ex qui-
D bus causis maiores in integrum restituantur. *Si qua alia iusta mihi causa esse videbitur in integrum restituam.* Respondeo, Non ita simpliciter textus dicit, sed ita. *Item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur. in integrum restituam, quoad eius per leges, plebiscita, Senatusconsulta, edicta, decreta Principum licebit.* At nulla extat lex, nullum decretum, quo ignorantiam esse iustam restitutionis causam aduersus præscriptionem demonstrari possit.

Si dicatur, sufficere, nullam esse legem, quæ restitutionem prohibeat, quia sic illa verba edicti accipienda sunt, l. Nec non §. quod eis ff. ex quibus causa maio. ibi. *Quæ clausula non illud pollicetur, se restituturum, si leges permittant, sed si leges non prohibeant.* Item sufficere, si æquitas restitutionem suadeat, sic enim illa verba. *Si qua alia mihi iusta causa videbitur,* accipienda sunt, vt in l. Sed & si per Prætorem §. Item inquit Prætor. ff eod. tit. Respondeo, leges hoc in casu restitutionem prohibere, si non expressè,

saltem

saltem tacitè: quia videlicet etiam ignoranti nocere volunt præscriptionem, Nec ratio æquitatis restitutionem dari postulat, quia sic nunquam esset litium finis, & parum ipsa præscriptio prodesset, cùm scientes res suas ab alijs detineri, sæpius interrumpant præscriptionem, & longum tempus, ideo sit constitutum, vt perquirendi res suas dominis facultas daretur.

Secundò adfertur tex. in l. 1. §. Si quis propter. ff. de Itinere, actuque priuato. Respondeo, textum non loqui de impedimento, quod ex ignorantia procedit Sic enim habet. *Si quis propter inundationem vsus non sit itinere, actuq́, hoc anno, cùm superiore vsus sit, potest repetita die hoc interdicto vti, per in integrum restitutionem, ex illa parte edicti, si quamihi iusta causa videbitur.*

Tertiò adfertur tex. in l. Et Atticilinus. ff. de seruitutibus rustic. prædior. Respondeo. Restitutionem dari in ea specie ex alio impedimẽto, quam ignorantiæ, sic enim ait textus. *Hi, qui ex fundo Sutrino aquam ducere soliti sunt, adierunt me, proposueruntq́, aquam, qua per aliquot annos vsi sunt, ex fonte, qui est in fundo Sutrino, ducere non potuisse, quod fons exaruisset, & postea ex eo fonte aquam fluere cepisse, petieruntq́, à me, vt quod ius non negligentia, aut culpa sua amiserant, sed quia ducere non poterant, his restitueretur. Quorum mihi postulatio, cùm non iniqua visa sit, succurrendum his putaui. Itaque quod ius habuerunt tunc, cum primum ea aqua ad eos peruenire non potuit, id eis restitui placet.*

Quartò adfertur tex. in l. Ab Hostibus. ff. ex quibus causis maiores. Respondeo, textum loqui de absente ab hostibus capto, non autem de ignorante.

Quintò adfertur tex. in l. Si partem. §. 1. iuncta Glo. ff. Quemadmod. seruitus amittatur. Respondeo, textum illum potius sauere sententiæ nostræ, & Glo. in verbo, Non vtendo, quæ restitutionem in causa ignorantiæ concedendam arbitratur, tuti authoritate l. Et Atticilinus. ff. de seruitut. rust. præd. qui tex. ad hanc rem non pertinet, vt suprà dictum est. Iurisconsulti verba, in d. l. Si partem. §. 1. hæc sunt. *Si per fundum meum viam tibi legauero, & adita mea hæreditate, per constitutũ tempus ad amittendam seruitutem, ignoraueris eam tibi legatam esse, amittes eam non vtendo.*

Sextò adfertur illa ratio, quòd cùm ex causa infirmitatis & absentiæ, & ex alijs iustis impedimentis restitutio concedatur, sit etiam ex causa ignorantiæ concedenda; quia iustum impedimentum adferre videtur. Respondeo, hæc esse dissimilia. Nam idcirco tempus ignoranti datur à lege, vt res suas perquirat, ne iustam conquerendi causam habeat, & vt si vel noluerit, vel non potuerit, iura sua inuenire, id vel negligentiæ suæ, vel fato adscribat, neque enim perpetuæ lites esse debent in Republica, & dominia rerum in incerto esse.

Postremò adfertur illa ratio, quòd præscriptio inducta esse videatur in odium negligentis. Is autem qui ignorat, negligens esse non dicatur. Respondeo, bono publico inductam esse vsucapionem, ne semper dominia rerum in incerto essent, & vt aliquando litium finis esset. l. 1. ff. de Vsucapion. l. vlt. ff. Pro suo.

CAPVT LXX.

Vtrum præscriptione, siue vsucapione acquiratur dominium directum, an verò vtile tantum.



Tile dominium, si nostrorum interpretum loquendi vsum, & placita spectemus, duobus modis dicitur. Primùm illud quod opponitur directo dominio, secundò id, quod ex directo dominio pendet, quale dicuntur habere Emphyteutæ, & Vassalli: de qua quidem appellatione aliquibus quidẽ probabili, aliquibus non satis probabili, iam non disputo, sed de re ipsa, ac omissa posteriore significatione. Quòd ad priorem attinet, non desunt, qui ex præscriptione negant acquiri directum dominium. Non desunt etiam, qui affirment; Inter omnes autem conuenit, si de vsucapione rerum mobilium agatur, directum acquiri dominium; similiter inter omnes constat, non acquiri ex præscriptione longissimi temporis, si possessor sit in mala fide. Vide Alciat. in l. vt sunt ff. de verb. signif. Vasquium Controuers. Illust. cap. 54. & Pinell. in Authen. nisi Tricennale. nu. 38. C. de bonis matern. Omnis cõtrouersia est de præscriptione longi temporis, ac longissimi, cùm possessor est in bona fide. Etenim eiusmodi præscriptione vtile duntaxat dominium acquiri, responderunt Glo. in l. Traditionib. C. de pact. & in d. Auth. nisi Tricennale, quam vtroque in loco secutus est Bart. & Felyn. in rub. de præscript. atque ibid. Panorm. Bald. de præscript. 2. parte 3. partis princip. q 2. & alij quos commemorat. Couuar. ad reg. possessor malę fidei, in 3. parte in princip. de Reg. Iur lib. 6.

Argumenta verò sunt isthæc. Primum ex l. Si duo Patroni. §. 1. ff. de Iureiur. in illis verbis. *Post longi temporis præscriptionem, etiam vtilem actionem habere debere.*

Secundum est ex l. 1. in fin. ff. de Aqua plu. arcen. & ex l. Si quis diuturno. ff. quemadmodum seruitus vindicetur. in quibus locis habetur, Acquisita seruitute per præscriptionem, actionem vtilem competere.

Tertium argumentum est ex eo, quòd ex præscriptione dicitur oriri exceptio. vt in l. Super longi. C. de longi temporis præscript. & in l. Si quis emptionis. C. de Præscript. longiss. temp. Exceptio autem est actionis exclusio. l. 2. ff. de exception. Ergo is, contrà quem excipitur, de præscriptione dominium rei habet, alioquin rem vendicare & agere non posset, cùm autem dominium vtile nõ habeat, est enim illud penes possidentem, necessariò sequitur eum habere directum, & sic vtile duntaxat præscribenti fuisse quæsitum.

Postremum argumentum est huiusmodi. Dominium ex Iure gẽtium prouenit, l. Ex hoc Iuris. ff. de Iust. & Iur. Ergo à Iure Ciuili tolli non potest ex pręscriptione. §. vlt. in Inst. de Iure naturali, gentium & ciuili.

Sed contrariam sententiam habuerunt Doctores Galli veteres, Deci. & Alciat. in l. Traditionib. C. de pactis. Corrasius lib. 6 Miscellaneor. cap. 20. Couuar. loco nuper timè citato. Vasquius Controuers. Illust. c. 54. & Pinell. in Auth. nisi Tricennale. C. de Bonis matern. nu. 39.

Argumenta verò sunt ista. Primum ex l. 3. ff. de Vsucapion. & ex l. Acquiritur. 2. §. Non solum. ff. de Acquir. rer. dom & ex l. Traditionib. C. de pactis, quibus in locis habetur, Vsucapionibus dominia rerum nobis acquiri. Quę quidem dominij appellatio, in potiori significatu est accipienda, l. 1. § qui in perpetuum. ff. si ager vectigalis, vel Emphyteuticarius petatur.

Secundum argumentum est ex §. 1. in Instit. de Vsucapion. vbi Imperat. ita dicit. *Et ideo constitutionem super hoc promulgauimus, qua cautum est, vt res quidem mobiles per triennium, immobiles verò per longi temporis possessionem vsucapiantur, & his modis, non solum in Italia, sed etiã in omni terra, quæ imperio nostro gubernatur, dominia rerum, iusta causa possessionis præcedente, acquirantur.*

Tertium est ex l. vlt. C. de Edicto D. Hadriani tollendo, & ex l. Omnes. in fi. C. de Præscrip. longiss. tempor. quibus in locis habetur. Ei, qui bona fide præscripsit, plenissimam securitatem super dominio præstari.

Quartum & postremum est ex c. inter memoratos. 16. q. 3. vbi dominium præscriptione acquisitum appellatur æternũ, & ex c. Clerici, ead. q. Vbi proprietas nũcupatur.

Ego in hac difficultate sic statuo. Primum & secundũ argumentum prioris sentẽtiæ, ac postremum etiam, nullius esse momenti Nam quòd attinet ad tex. in l. Si duo. §. 1. ff. de Iureiur. sensus illius loci non est ex præscriptione nasci vtilem actionem, sed actionem vtilem ei, qui iurauit competere ex Iureiurando, etiam post longi temporis præscriptionem, scilicet ab Aduersario possessione cõplętam; vti explicat omnium optimè Duaren. in comment.

A mentat.ad tit.ff.de iureiu. cap.5. Quòd verò attinet ad seruitutes, quia non propriè possidentur,non mirum videri debet, si earum nomine vtilis actio ex præscriptione quæratur.

Denique quod attinet ad vltimum argumentum,certum est illud nil obstare,quia ius naturale, quo dominiū propriæ rei quisque habet, & quod dictat illud, nemini auferendum, interpretationem sumit ex alia eiusdem Iuris naturalis ratione, quæ dictat, vt Reipub & Principibus pareamus, & sic leges præscriptionem inducentes obseruemus, quæ iustam ob causam & propter publicam vtilitatem constitutæ sunt.

Vna superest difficultas circa tertium argumentum. Nam cùm antiqui legum interpretes intelligerent, Antiquo rerum Domino, actionem competere ad rem ipsam vindicandam,ex eo statim argumentati sunt, dominium aliquod eum habere,si non vtile,saltem directum: quod verò agere possit antiquus rei dominus inde deduxerunt,quoniam leges dicūt, possessorem aduersus eum
B exceptionem præscriptionis habere; Exceptio enim est actionis exclusio,& sic præsupposita exceptione ex parte præscribentis, præsupponenda est etiam actio ex parte Agentis,qui scilicet olim rei Dominus erat. Sed istud argumentum parum habet ponderis, quia antiquus Dominus etsi agat, & nomine tenus & de facto rem vēdicare tanquam Dominus videatur, attamen re ipsa & de iure Dominus non est:quod patet,primò, quia exceptione repellitur,ab eo,qui præscripsit; deinde,quia ita Iure constitutum est, vt si is, qui rem præscripsit, bona fide possessione cadat, rem vēdicare possit,vt patet ex d.l.Si quis emptionis.C.de Præscript.longiss.temporis Consequenter non antiquus Dominus, sed ipse possessor,rei dominium habet: Quæ cùm ita sint,haud quaquam opus erat distinctione vtilis & directi dominij. Nihil enim interest ipso Iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.l.Nihil interest.ff.de Reg.Iu.
C Quare in eam sententiam descendo, quæ sic Vsucapioni fauet, vt ea directum & absolutum dominium acquiri confirmet.

CAPVT LXXI.

Vtrum Iudex teneatur minorem delinquentem leuiori pœna afficere, quàm sit à lege imposita delicto.

TRactant hanc quæstionem fusè & accuratè Sfortia Oddus,de Restitutione in Integrū parte 2.q.79.art.9. & Antonin. Thesaurus, in nouis Decisionibus Pedemont. decis. 161. Alios tàm veteres, quàm recentes authores ipsi referunt, quorum aliqui ad pœnam minuendam delinquentibus, minoribus XXV. annis iudicem obligatum esse contendunt;alij verò negant: alij distinctionibus quibusdam vtuntur.
D Ego quid sentiam in hac difficultate, paucis explicabo,si prius argumenta vtriusque sententiæ,tàm affirmantis,quàm negantis in medium attulero.

Igitur eorum,qui existimant pœnam esse leniendam, argumenta hæc sunt præcipua.Primum est ex l.Auxiliū. ff. de Minoribus. in illis verbis. *Nisi quatenus interdum miseratio ætatis ad mediocrem pœnā Iudicem perduxerit.*

Secūdū est ex l.ferè in omnibus,de Reg.Iu. *Ferè in omnibus pœnalibus iudicijs, ætati & imprudentiæ succurritur.*

Tertium est ex l. Si adulterium. §.Fratres. ff. Ad leg. Iul.de Adulterijs. *Fratres denię, Imperatores, Claudio crimen incesti* propter ætatem remiserunt.

Quartum ex c.vlt.de sententia Excommunicationis; ibi. *Propter defectum ætatis in qua fuit commissus excessus, rigor mansuetudine temperandus sit.*

Postremum argumentum est huiusmodi,quia videlicet vbi minor est culpa,ibi minori etiam pœnæ locus esse debeat: negari verò non potest, quin minoris XXV.
A annis culpa,longè sit leuior, quàm maioris, propter imprudētiam atque inconsultum calorem, quibus illa ætas magis est obnoxia. Igitur lenienda esse videtur pœna minoribus delictum committentibus.

Argumenta verò eorum qui contrariam sententiam amplexi fuere,ista sunt præcipua. Primum ex l.Si ex causa.§. Nunc videndum. ff. de Minoribus.ibi. *Et placet in delictis minoribus non subuenri.* Secundum ex l.Si minor. 36.ff.ad leg.Iul.de Adult. *Si minor annis adulterium commiserit,lege Iulia tenetur.*

Tertium ex l. Excipiuntur. ff. Ad Senatusconsultum Syllanianum, ibi. *Qui verò ministri, vel participes cædis fuissent,& eius ætatis, quanquam nondum puberis, vt rei intellectum capere possent, ijs non magis in cæde Domini, quam in nulla alia causa parci oportere.*

Quartum est ex l.7.C.de Pœnis,vbi tex.ita dicit. *Impunitas delicti propter ætatem non debetur.*

Quintum est ex l.6.C.Ad leg.Corn.de Sicarijs.ibi. *In-*
B *nocentia purgari crimen, non adulta ætate defendi cōuenit.*

Postremum argumentum est ab Authoritate Cōstantini Hermanopuli,in promptuario Iuris lib.6.cap.6. *Qui cædem*,inquit,*meditatò & consultò fecit, cuiuscunę ætatis sit,gladio plectitur,&c.*

Ego igitur sic statuo,In Adulterij & Homicidij crimine minori delinquenti, haudquaquam pœnam esse minuendam, quoniam huiusmodi delicta, in ætate adulta potissimum committuntur.

Moueor authoritate tex. in d.l. Si minor. 36. ff. Ad l. Iul de Adult.& authorit.tex.in d.l.6.C.Ad l.Corn.de Sicarijs.Quod verò ad alia delicta attinet, permagni referre iudico,vtrum semel an sæpiùs minor deliquerit, Vtrū fuerit aliàs punitus propter delictum commissum necne,sitne atrox delictum, vel leue, & an malitia ætatem suppleat nec ne, & denique, vtrum spes affulgeat aliqua melioris frugis. Equidem si de graui crimine agatur, quòd sæpiùs adultus perpetrauerit, haud semel animad-
C uerti, capitali supplicio affectum fuisse, quod & magnoperè probo. His cessantibus benigniorem sententiam secutus fui.

Denique argumentum nullum video, quo sententia stabiliri possit perpetua, per quam Iudices ad mitiorem pœnam adultus delinquentibus infligendam, teneantur. Etsi interdum id eis licere non dubitem, quemadmodū argumenta prioris sententiæ facilè euincunt; illud enim argumentum postremum, quod sumitur ex leuitate culpæ,non est solidum. Nam si verbi gratia Adultus hominem occiderit, non is quidem tam grauiter peccat, ac si maior esset XXV. annis,sed nō propterea efficitur,eum minori pœna afficiendum,quàm hominem occidenti sit præscripta:ratio est, quia tàm grauiter delinquit,vt pœnæ homicidij meritò reus esse debeat.

Exemplum esto. Homicidium est maius crimen Adulterio, vnde qui hominem occidit, magis peccat, quàm
D qui Adulterium committit,& tamen vterque capitali pœna dignus est. Qui enim minus grauiter delinquit quàm alter, ita tamen delinquit, vt incidat in pœnam à lege constitutam.

CAPVT LXXII.

Vtrum minor XXV. annis restituendus sit, aduersus confessionem delicti.

MInorem annis qui confessus sit delictum, de quo conuictus non est, aduersus suam confessionem esse restituendum, Angelus existimauit in l.Certum.§.in Pupillo.ff.de Confessis; quem postea secuti sunt alij, vt Alexander refert, in cons.115.lib.3.& Iason.in l.Nam & postea.§.si minor.ff. de Iureiu.& alij passim. Horum argumenta sunt ista.

Primum ex d.l.Certum. §. In pupillo.ibi. *Minorem à confessione sua restituemus.* Secundum est ex eo,quòd minor

nor aduersus negationem restituitur, vt patet ex l. Si ex causa. §. Nunc videndum. ff. de Minorib. Ergo eadem ratione restituendus videtur aduersus confessionem. Tertium est ex regula generali, Minoribus læsis succurrendum esse, l. Minoribus, ff. eod. tit. cum alijs, sed hic est læsus ex confessione, quia delictum nō potest aliunde probari, ergo restituendus esse videtur.

Istis non obstantibus contrariam sententiam veriorem esse iudico, quam defendit Franciscus Sarmientus lib. 3. selectar. interpret. cap. 13. Moueor authoritate textus in l. Auxilium. ff. de minorib. vbi dicitur; In delictis, minorem nō mereri in integrum restitutionem, & paulò pòst de eodem minore confitente, ita dicitur: *Sed vt ad leges Iulia de adulterijs coercendis precepta veniamus, vtique nulla deprecatio pœna est, si se minor annis adulterum fateatur.* His verbis probatur non esse in integrum restituendum minorem, aduersus suam confessionem, quia si restituendus esset, aliqua certè esset pœnæ deprecatio, quia scilicet restitueretur aduersus suā confessionem, & pœnam euaderet, nisi aliunde constaret eum deliquisse.

Confirmatur hæc sententia: Nam aut verum fassus est minor, aut falsum, aut nobis non constat, vtrum verum aut falsum dixerit. Primo casu restitutionē nō mereretur, quia iure communi vsus est, l. vlt. C. de in integr. rest. mino. tenebatur enim verum dicere. Secundo casu restituendus est, si de errore suæ confessionis doceat. l. 1. §. Si quis vltrò. ff. de quæst. Tertio casu est indignus restitutione, quia non est præsumendum, quod mentitus fuerit contrà se, si modò sit sanæ mentis, & intelligat rem, de qua agitur, vt solent adulti.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, text. in §. in pupillo, de causis pecuniarijs intelligendum esse. Id patet ex legibus præcedentibus. Nam in precedentibus habetur confessum pro iudicato haberi & sufficere, si tutores vel curatores fateantur. Pupillo verò confessionem non obesse, quia restituendus erit. Nos verò loquimur de adulto confitente maleficium.

Ad secundum respondeo, text. in d. §. Ex causa, locum habere, quando falso adultus negauit delictum, propter quam negationem crescit in duplum condemnatio, & sic de læsione eius constat, & de falsitate confessionis.

Ad postremum respondeo, hic non constare de læsione, nisi vel metu fuerit confessus delictum, vel alterius dolo, vel re vera illud non commiserit, tunc enim non debet ei confessio nocere, sicut nec maiori, vt in d. l. 1. §. Si quis vltrò. ff. de quæst.

CAPVT LXXIII.

Vtrum filiatio probetur ex solo tractatu, vt loquuntur, & educatione: vbi agitur de obtinenda hæreditate aut similibus iudicijs petitorijs.

Filiationem probari ex tractatu & educatione responderunt Antonius Butrius in cap. D Transmissa, colum. 3. Qui filij sint legitimi, Decius in cons. 54. Parisius in cons. 10. nu. 110. lib. 2. Cranetta in cons. 249. nu. 2. Illustrissimus & Reuerendissimus Cardinalis Paleotus de nothis & spurijs, cap. 22. num. 5. Alba in cons. 83. Purpuratus in cons. 559 lib. 2. D. Cephalus in cons. 137. nu. 44. lib. 1. Couuar. de sponsalib. parte 2. cap. 8. §. 3. nu. 6. Menochius de Arbitr. iudicum, casu 89. num. 70. & de Præsumpt. lib. 6. cap. 33. nu. 22.

Fundamentum est in eo, quòd ex tali educatione & tractatione filius quis præsumatur, & consequenter aduersæ parti id neganti, onus incumbat contrarium probandi: iuxta l. Circa. ff. de Probat. Quod autem ea præsumptio oriatur ex educatione & tractatione, probatur ex l. 1. §. Ad quæstionem. ff de quæstionib. in illis verbis: *Nec facilè credendum, subiectam eam, quam ambo paren-* A *tes dicūtur charam filiam habuisse, rescripto Diuorum Fratrum ad Lucium Tiberianum emisso declaratur.*

Contrariam sententiam secuti fuere Baldus in cons. 180. Mortuo lib. 3. & in c. Per tuas. de probat. & in l. Non ignorat. C. Qui accusare non possunt, vbi etiam Petrus & Cynus, Albericus & Salicet. Iason. in l. Neque professio. C. de testam. & in consilio 120. libro 4 Castrens. in cons. 434. non procul à principio lib. 1. Decius in consi. 321. Alciatus Reg. 3. Præsumpt. 38. & in consil. 201. 523. 614. Berous in cons. 158. nume. 4. 5. lib. 2 D. Cephalus in consil. 82. nume. 48. lib. 1. Rolandus à Valle in consil. 49. nu. 48. lib. 4.

Quæ posterior sententia mihi magis probatur. Primùm ex eo, quod habetur in l. Filium. ff. de his qui sui vel alieni iuris sunt, vbi Iurisconsultus *Filium definimus, qui ex viro & vxore eius nascitur.* Ergo id probare debet is, qui se filium asserit.

Nec obstat, si dicatur id probare ex præsumptione, B quæ oritur ex eo, quòd habitus & educatus fuerit tanquam filius, quia in iudicijs petitorijs non sufficit actori suæ intentionis fundamentum probare ex præsumptione & cōiectura. Id patet. Nam ex possessione dominium præsumitur, secundùm Bartoli sententiam communiter receptam in l. Quidam in suo. ff. de cond. instit. & tamen hæc præsumptio nō sufficit, in rei vendicatione, sed probanda sunt quatuor, nempe Titulus, Traditio, Precij numeratio & diuturna possessio: vt declarat optimè Menochius de arbitr. iudicum, casu 44 Sic igitur & in proposita specie, cùm principalis sit quæstio, an aliquis sit filius, ad hoc vt hæreditatem vendicare possit, probandū erit, filium esse aliter quàm per vnam illam præsumptionem, illa enim nihil amplius tribuit, quàm possessionem vel quasi, filiationis: Possessio autem non sufficit ad obtinendum in petitorijs iudicijs, vt dictum est.

Non obstat argumentum contrariæ sententiæ, quia textus allegatus nihil aliud probat, nisi quod de præsum- C ptione dictum est; Eam videlicet suppositam non præsumi, quam parentes tanquam charam filiam habuerunt. Sed tamen ex eo non dicitur constare filium esse, argumento l. Neque professio. C. de testam. l. Non nudis l. Nō epistolis. C. de probationibus. Neque enim coniectura loco probationis habetur. l Tutor petitus. C. de Periculo tuto. & declarat Iason in l. Licet. nu. 13. de legatis 1. In petitorijs verò non sufficiunt presumptiones, sed probationes requiruntur.

CAPVT. LXXIV.

Vtrum appellare liceat à sententia Iudicis, qua pronunciat sententiam exequendam esse.

Non est certi, sed controuersi Iuris, Vtrum ab ea sententia appellare liceat, qua pronunciatur sententiam exequendam esse. Diuersarum opinionum Authores non commemorabo, quoniam ex commentarijs interpretum nostrorum facilè colligi possunt, ad l. Ab executione. C. Quorum appellationes non recipiuntur, & ad l. Ab executore. ff. de Appellationibus & Relationibus. Fuseque commemorantur à Gabrielio Commun. conclus. tit. de Appellat conclus. 4 Rationes potius & argumenta placet diligenter expendere.

Igitur qui putant appellari non posse, trib. potissimum argumentis vtuntur. Primum. Ab executione appellari non potest d. l. Ab executione. & d. l Ab executore. Ergo nec à pronunciatione de exequendo. Consequens probatur, quia pronunciatio de exequendo nihil aliud est effectu, quàm verbalis executio. Si ergo non licet à reali executione appellare, nec licebit à verbali.

Secundum argumentum. Pronunciatio de exequendo, nihil aliud est, quàm præambulū ipsius executionis. Ergo lex, quæ prohibet appellationem ab executione, videtur

videtur etiam eam prohibere ab huiusmodi pronunciatione A de exequendo, quoniam est eadem ratio, & lex non est imposita verbis, sed rebus. l. 2. C. Communia de legatis.

Tertium argumentum. Prohibito vno censetur etiam prohibitum id, per quod peruenitur ad illud. l. Oratio. ff. de sponsal. Sed prohibita est appellatio ab executione. Ergo videtur etiam esse prohibita à pronunciatione de exequẽdo, per quam peruenitur ad ipsam executionem.

Fundamentum autem eorum, qui contrariam sententiam sunt amplexi, illud est, quod ab omni sententia regulariter appellare liceat. l. Et in maioribus. C. de Appellat. Ergo & ab huiusmodi pronunciatione de exequendo.

Et licet ab executione appellari non possit, est tamen ratio differentiæ, quia executor non potest grauare partem, nisi modum excedat; neque enim eius officium est in cognoscendo, sed in exequendo. Verùm qui pronunciat sententiam esse exequendam, prius cognoscere debet, an sit exequenda, quare vt perperam pronunciet, fa- B cilè accidere potest.

Ego sanè, si de mero executore agatur, cuius officium in exequendo, non autem in cognoscendo, iuxta text. in c. Super quæst. de offic. delegati. in illis verbis: *Non tam cognitorem, quam executorem, &c.* non dubito, quin prior sententia sit verissima, eamque planè euincant argumenta superiùs allata. Cæterùm, si de executore agatur non mero, sed misto, qui scilicet executioni præmittere cognitionem debeat, nihil sanè video, cur appellare nõ liceat. Etenim, vt contra ius litigatoris pronunciet, fieri potest. Ergo appellare licet. Nam & appellatio est permissa ab eo, qui sententiã malè interpretatur, vt in d. l. Ab executore. ff. de Appellat. & Relatio. Quod si ius Cannonicum inspiciamus; nulla ferè dubitatio esse potest, quoniam eo Iure inspecto, appellare licet ab omni sententia & interlocutione Iudicis.

Quæ quidem distinctio, si recipiatur, nihil obstabunt C priori sententię argumenta, omnia enim locum habent in executore mero, vt enim ab executione appellare non licet, ita neque ab eius præambula pronunciatione. Cæterùm in executore misto, qui & exequi, & cognoscere debet, nullas habent vires ea argumenta, quia cognitio illa & pronunciatio, an sententia sit exequenda, non est præambulum executionis, neque res ei annexa, siue accessoria, sed principalis & prorsus separata, præcipueque definienda ac terminanda.

CAPVT LXXV.

Vtrum in causis possessorijs appellare liceat.



VAriæ ac diuersæ sunt doctorum sententiæ, vtrum in causis possessorijs appellare liceat. Prima est opinio eorum, qui simpliciter appellari posse negant. Ita Bartolus, Castren. D & cæteri antiquiores, nec non Cæsar Contardus in commentarijs. l. 1. C. si de momẽtanea possess. fuerit appellatum. quorum fundamentum est in textu dictæ legis, qui sic se habet. *Cùm de possessione & eius momento causa dicitur, etsi appellatio interposita fuerit, tamen sententia lata sortitur effectum.* Confirmatur ea ratione, quoniam præiudicium, quod per sententiam in possessorio latam irrogatur, in iudicio petitorio reparari potest.

Secunda est opinio; Iure quidem ciuili appellari non posse à sententia in possessorio lata, verùm secus iure canonico. Ita Abbas in c. Cum ad sedem. nu. 30. de restit. Spoliator. Ripa in c. sæpè, col. penult. eod. tit. Federicus Senen. in consilio 77. Decius ad l. 1. nume. 6. C. de bonor. possess. secundum tabu. Contardus in commentarijs d. l. Vnicæ. limitatione 3. nume. 1. Couuar. Practicar. quæst. capite 23.

Argumenta quibus probatur iure canonico appellari licere, sunt hæc. Primũ, quia regulariter in omnibus causis, etiam minimis appellatio est à sacris canonibus permissa. c. De Appellationibus, extra de Appellationib.

Secundum, ex c. Cum ad sedem de restit. Spoliatorũ, vbi sententia lata fuit in causa possessoria, & ad sedem Apostolicam appellatum, reformataque ipsa sententia.

Tertium ex c. Ex Conquestione eod. tit. & c. Significauerunt de Testibus quibus in locis de causa possessoria agitur, & præsupponi videtur appellari potuisse à sententia lata.

Quartum ex Clem. 1. de causa possess. & propriè. ibi. *Tam appellanti, quam appellato licere decernimus, nedum petitorium, sed & possessorium intentare.*

Postremum ex Clem. Vnica de Sequestratio. possess. & fruct. vbi deciditur; non esse quempiam beneficij possessione priuandum, per vnam tãtum sententiam, in possessorio latam, sed beneficium esse sequestrandum apud aliquem, qui fructus ei restituat, qui victoriam obtinebit. Deinde dicit, id obseruandum, etiam circa negotia pendentia, per appellationem; ex quibus omnibus Summus Pontifex indicare videtur, appellationem esse permissam in causis possessorijs.

Tertia est sententia tàm iure ciuili, quàm iure canonico appellare licere in causis possessorijs; sed tamen executionem rei iudicatæ non suspendi, quod perinde est, ac si vnà cum doctoribus dixerimus, appellari posse quoad effectum deuolutiuum, non autem quoad effectum suspensiuum. Ita Archidiaconus in c. Ei qui. §. Si quis ausus fuerit. 2. q. 6. Bart. in l. x. ff. de Appellat. recipien. Angelus in cons. 107. Couuar. pract. quæst. cap. 23. nume. 8. versic. Secunda conclusio.

Atque hæc postrema sententia videtur mihi probabilior alijs omnibus. Nam si ius ciuile spectemus, non dicit lex appellationem prohiberi, sed dicit sententiam latam effectum sortiri. *Etsi appellatio,* inquit, *interposita fuerit, tamen sententia lata sortitur effectum.* l. 1. C. si de momenta. possess. fuerit appellatum. quæ lex à Gratiano inserta est decreto, vt patet ex c. ei qui §. Si quis ausus fuerit. 2. q. 6. Ex quo aliquam coniecturam licet sumere, non esse hac in re discrimen inter ius canonicum & ciuile. Nullus verò iuris canonici locus adferri potest, quo appellatio permissa esse dicatur quoad effectum suspensiuum, vt propterea loca superiùs relata pro secundæ opinionis cõfirmatione, huic nostræ non obstent: Etsi enim euincant appellationem dari, non tamen euincunt, executionem sententiæ appellatione suspendi. Quod enim est constitutum in Clem. 1. de sequestr. possess. & fruct. ad beneficia ecclesiastica nominatim pertinet, nec ad alias profanas causas rectè porrigitur; quia si generaliter acciperetur, lata sententia, in petitorio, vel possessorio sequestrationi locus esset; vt in ea specie, quod tamẽ est absurdum affirmare; quoniam appellatione pendente nihil debet innouari. Vide Afflict. decis. 98. Lancellotum de Attentatis appellatione pend. Ampl. 7.

CAPVT LXXVI.

Vtrum à sententia, per quam Hæres institutus in testamento, in possessionem bonorum hæreditatis mittitur, appellatio sit permissa.



NOn permittitur appellare, ne scriptus heres in possessionem inducatur, vt inquit Paulus Iurisconsultus, in l. vlt. ff. de Appellation. recipiend. Id quomodo accipiendum sit nonnulla est controuersia, & quidem appellationem permissam non esse, quò ad effectum suspensiuũ, vt vocant, secus autem quò ad deuolutiuum, Author est Iacob Menoch. de Adipiscen. possess. remedio. 4 nu. 8x7. eo argumento, quòd & in plerisque alijs casibus, cùm appellatio prohibetur, intelligitur esse prohibita quò ad effectum suspensiuum, non autem quò ad deuolutiuum,

veluti

veluti in possessorijs, Bar. in l. 1. ff. de Appellation. recipiē. A in sententia dotis, Baldus Nouell. de dote, par. 9. priuil. 7. Cæterùm quoad vtrumque effectum, appellationē esse prohibitam docuerunt Augustinus Berous, q. 44. Petrus Benintendus, decis. 79. nu. 7. & Iosephus Ludouicus, decis. Perus. 20. nu. 10. quibus & ipse assentior. Moneor authoritate tex. in l. quisquis. C. quorum appellationes non recipiātur, vbi Impp. Gratian⁹, & Theodosius ita dicūt. *Quisquis, ne voluntas defuncti testamento scripta referetur, vel ne ij, quos scriptos patuerit heredes, in possessionem mittātur, ausus fuerit prouocare, interpositamq; appellationem is, cuius ea de re notio erit, recipiendam esse crediderit, viginti librarum auri mulcta, & litigatorem, qui tàm importunè appellauerit, & Iudicem, qui tam ignauam conniuentiā adhibuerit, inuoluat.*

Argumentum ex hoc textu sumitur in hunc modum. Nam si & appellanti, & Iudici appellationem admittenti, pęna irrogatur, nullo discrimine adhibito, sequitur indistinctè appellationem esse prohibitam, quia si permissa esset quoad effectum deuolutiuum, neque appellans, B neque Iudex puniendus esset. Liceret enim aliquo modo & appellare, & appellationi deferre.

Quæ verò adferuntur similia in argumento contrarię opinionis, vt maximè vera sint, parum tamen obstant, quia nulla est lex in alijs causis possessorijs & similibus, quæ adferuntur, tàm disertè appellationem prohibēs pęna etiam constituta, quemadmodum hoc in casu.

CAPVT LXXVII.

Vtrum in causa alimentorum appellatio sit permissa, & quomodo.



QVod attinet ad causam alimentorum, vtrum appellatio sit permissa, Specul. in tit. de Appellat. rubr. In quibus causis cessat appellatio. vers. Octauo, quando res dilationē non C recipit, &c. Vtitur hac distinctione. Aut alimenta officio Iudicis petuntur, & tunc à sententia Iudicis appellatio prohibetur, quia incidenter, & summatim cognoscit. l. Si iudex ff. de his qui sui, vel alieni Iuris sunt, l. Si quis à liberis. § solent. ff. de liberis agnoscendis c. ex parte, & c. penul. de accusationibus. Aut actionis Iure petuntur, & tūc appellatio est permissa, quoniam Iudex procedit, vt fit in Iudicijs ordinarijs. Sequitur eandem distinctionem Bart. ad l. fin. ff. de Appellationibus recip.

Altera est sententia, quę mihi probabilior videtur, appellationē in causa alimentorū permissam non esse, quò ad effectū suspēsiuum, secus quò ad deuolutiuum. Ita Io. Andr. in Additio. ad Specul. loco superiùs annotato. Bal. Nouell. de Dote, par. 8. priuil. 7. Scilicet si de futuris alimentis agatur, secus enim si de præteritis, vt tradit Lancellott. de Attent. tit. de Attent. lite pend. limit 24. nu. 7.

Probatur hęc sententia, Nam appellari posse à tali sententia suadetur ex generali regula, quæ in omnibus causis appellationē permittit, nisi specialiter sit prohibita. l. D Et in maioribus. C. de Appellat. c. de Appellationibus. extrà de Appellatio. Neque prohibitam esse probat tex. in l. vlt. ff. de Appellationibus recipien. quia loquitur de alia causa alimentorum, videlicet ne frumētum, in vsum militum in annonæ subsidia contrahatur, & sic cùm agitur de alimentis, quæ militibus debentur.

Appellatione verò non suspendi effectum rei iudicatæ, eo argumento demonstrari potest, quod causa ipsa alimentorum, moram & dilationem non patitur, ne dum ipsa appellationis causa pendet, atque discutitur, alimentarius fame moriatur, quæ causa est, vt alimentorum causæ etiam diebus feriatis audiantur. l. 2. ff de Ferijs, & multa alia priuilegia sint constituta, vt patet ex Bart. & alijs ad l. Mella ff de Alimentis & cibarijs legatis.

CAPVT LXXVIII.

Vtrum à sententia iudicis subdelegati appellandum sit ad subdelegantem; an verò ad subdelegantis superiorem, id est, ipsum delegantem primum.



IVrisconsultus in l. 1. §. 1 ff. qui, & à quib. appell. ita dicit. *Ab eo, cui quis mandat iurisdictionem, non ipse prouocabitur,* (hoc est à delegato non appellatur ad delegantē.) *nam & generaliter is erit prouocandus ab eo, cui mandata est iurisdictio, qui prouocaretur ab eo, qui mandat iurisdictionem,*) hoc est à delegato appellandum est ad superiorē ipsius delegātis.)

Cęterùm in l. 1. C. qui pro sua iurisd. contrariū docet Imperator. Aitenim. *Hac teneant, nisi iudices a nobis specialiter delegantibus dati, alijs causas delegauerint iudicandas: Nā his delegantibus nulla personarū, causarumue habito tractatu, appellationū ad eos iure iudicia remeabūt.* Hoc est à delegatis iudicibus, ad ipsos delegātes appellabitur, nō ad Principem, qui delegauit, ac delegāte superior est.

Bartolus in d. l. 1. §. 1. distinguendū putat inter Principis delegatū, & alterius. Si Principis delegatus alijs vices suas cōmiserit, ad ipsum delegantem appellandum erit, vt in d. l. 1. C. qui pro sua iurisd. Si verò alius quàm Principis delegatus id fecerit, non ad delegantē appellabitur, sed ad superiorē delegātis, vt in d. l 1. §. 3. ff. qui & à quib.

Alij existimant has leges accipiendas esse secundùm iuris canonici distinctionē, quæ habetur in c. super quæstionū §. Porrò, de off. deleg nempe vt si delegatus totam causam subdeleget, nihil sibi reseruando, tūc ad superiorē ipsius subdelegantis appelletur: si verò aliquid sibi reseruauerit, ad ipsum subdelegantē, vt in c. si delegatus, de officio deleg. lib. 6. Ita Glo. in d. c. super quęstionū, §. Porrò, Abbas & Imolen ibid. Francus in c. Dilecti. 3. nu. 30. de appell. Io. Longouallius ad l. Imperium in 2. par. nu. 9. ff. de Iurisd. om. iud. vbi ita scribit. *Ex causis. §. Porrò dispositione & doctrina puto l. Vnicā. C. qui pro sua iurisd. esse variandā & declarandā. Nā si delegatus Principis totā causam subdeleget, (Ad Nos) in ea legēdu erit, (hoc est, appellationē interponēdā esse ad ipsum Principē.) Si verò partē, scribemus. Ad eos, scilicet ad delegātē, iure remeabit appellatio.*

Ego in hac re sic statuo. Quod attinet ad antinomiā, nullam esse. Nam hæ duo differūt mandare iurisdictionem, & iudicem dare, siue delegare. l. Cum Prætor. ff de iudicijs. ibi. *Is quoque cui mandata est iurisdictio, iudicem dare potest.* Itaque mandatur iurisdictio in vniuersum, vel quò ad vnam speciem. Iudex verò datur in vna causa particulari, vel in articulo vnius causæ. Vide Longuallū loco annotato, nu. 2. Soc. in l. 1 ff. quis, & à quo appel. Alciatum in rubr. extra de off. ordi. Cantiunculam lib. 2. de off. iudicis, cap. 2. vers. Hoc autem loco. Federicū Scotum ad rubr. ff. de officio eius, &c. nu. 48.

Textus ergo in d. l. 1. §. 1. ff. qui & à quib. loquitur de iudice, cui mandata est Iurisdictio, & qui alteri eā mandat: quare non ad ipsum, sed ad superiorem eius appellari debet. Ratio est, quia is cui iurisdictio mandata fuit, nihil proprium habere dicitur, sed eius, qui mandauit iurisdictione vti, l. 1. §. Qui mandatam. ff. de off. eius, cui mand. est Iurisd. Itaque videtur quodammodo sententia ab ipso mandante lata; & sic ad eum appellari nō debet, quasi videatur idem auditorium, ac Tribunal, sicuti de Episcopo & eius Vicario dicitur in cap. 2. de Consuetud. lib. 6. & in c. Romana, de Appella. lib. 6.

Textus verò in d. l. Vnicā. C. qui pro sua iurisd. loquit in Iudice dato, seu delegato à Principe, qui alij subdelegauit causam, sic enim ait textus: *Nisi iudices à nobis specialiter delegantibus dati, &c.* A iudice autē seu delegato secundum iuris regulas appellari debet ad delegantem. l. 1. & l. 3. ff. qui, & à quib. Imperatores. ff. de appellat. & relatio. Ratio est, quia debet gradatim appellari, vt ibi df.

Quod verò ad quæstionẽ ipsam propositam attinet, existimo, discrimen esse statuendũ inter ius canonicum & ciuile. Iure canonico, seruabitur quod est in d. c. super quæstionẽ § Porrò, & in d. c. si delegatus. Iure autẽ ciuili, quod habetur in d. l. Vnica, & in d. l. Imperatores. ff. de Appell. & relatio. & in l. 1. & 3. ff. qui & à quib. Est enim aperta hac in re diuersitas, vt patet ex dictis legibus. Sic enim constitutum est in d. l. Imperatores. *Idem rescripserunt à iudice, quem à Præside prouinciæ quis acceperat, non rectè Imperatorem appellatum esse; ideoq; reuerti eum ad Præsidem debere.* Vides ex hac lege ad delegantẽ appellari. Idem habetur in d. l. Vnica. Nec enim ea variatio admitti potest, quam commemorat Longouallius, quoniam omnes Codices habent. *Ad eos,* non autem *ad nos.* Et in l. 1. & 3. ff. qui & à quib. *Dato,* inqui. textus, *iudice à Magistratibus populi Romani, cuiuscunque ordinis, etiãsi ex authoritate Principis, licet nominatim dederint, ipsi tamen Magistratus appellabuntur.*

B Quid verò canones? Audi. *Porrò* (verba sunt Pontif. Max.) *cùm delegatus à nobis, iurisdictionem suam in alium transfert totam, si fuerit appellandum, non ad eum; sed ad nos appellari debebit. Cùm autem sibi aliquid de iurisdictione reseruat, si causa sit ei, appellatione remota, commissa, non ad nos, sed ad eum poterit de iure appellari.* Hactenus tex. in d. c. super quæstionum. §. Porro, de off. deleg.

Vides nõ nihil differre canones & leges. Quare vtrũque ius obtinebit in suo cuiusque foro, nec aliquod absurdum inde sequitur. Cùm & in alijs hæc iura nonnihil discrepent, in eadem appellationum materia.

CAPVT LXXIX.

An post lapsum anni, sententia, à qua appellatum est, possit executioni mandari, quasi appellatio deserta sit.



Nnus appellanti conceditur ex die appellationis interpositæ, ad eam prosequendam, ac finiendam, & ex causa biennium, vt in Auth. ei qui. C. de tempo. appell. in c. eũ sit, de Appellation. & in Clemen. Sicut, eo. tit. Sed vtrum elapso primo anno, sententia lata sit executioni mandanda, nonnulla est controuersia.

Et quidem negant exequendam, & biẽnij lapsum expectandum esse contendunt, Bartolus in d. Auth. Ei qui, Baldus in l. Eos, colum. 2. C. de Appella. & ibi Salicetus, nu. 6. Alex. ad Bart. in d. Auth. Ei qui. Felynus in cap. Ex parte, 2. col. 7. de rescript. Francus in c. Ex ratione, nu. 5. de Appellatio. his potissimum argumentis.

Primò, per lapsum primi anni certum est appellationẽ desertã non dici, si aliquod impedimentũ fuerit, vt in d. Auth. Ei qui. Cum ergo impedimẽtũ intercedere potuerit, iudicare debemus illud intercessisse, ne appellatio deserta esse censeat. Hęc enim est benignior interpretatio.

D Secundò, id probari posse videtur ex ipsa Authen. Ei qui, dum ibi semel atque iterum habetur, post biennij lapsum ratam manere sententiam.

Tertiò, ex Auth. Si tamen, C. de Temp. appell. ibi. *Et propterea biennium transeat, intra quod oporteat appellationem finiri, &c.* Quibus verbis patet, biennium esse constitutum ad finiendam appellationem, Ergo ante hoc tempus sententia executionem habere non potest.

Verùm istis non obstantibus contrariam sententiam veriorem esse iudico, nempe executioni esse mandandã sententiam lapso primo anno, nisi iustum allegetur, ac probetur impedimentum, propter quod expediri causa non potuerit appellationis.

Ita docuerunt Innocentius & Imola in c. ex ratione de Appellat. Angelus in consi. 310. nu. 2. Maranta par. 6. de Appellationib. nu. 220. Senatus Pedemontanus apud Osascum decis. 28.

Probatur hęc sententia. Primùm ex l. vlt. §. Illud, C. de

A temp. appellat. in illis verbis. *Iubemus eundem appellatorem, nisi obseruauerit iudicium, & causam vsque ad finem peregerit, sed etsi per eum steterit, quò minus omnia litis certamina impleantur, nec appellatione defraudari, & sententiam contra eum latam in suo robore durare, & ad effectum perduci, tanquam si ab initio minimè fuerit prouocatũ. Nisi ipse appellator euidentissimis probationibus possit ostendere, se quidem summa ope nisum, voluisse litem exercere, per iudicem autem stetisse, vel aliam inexorabilem causam subsecutam, propter quam hoc facere minimè valuit.*

Quodnam verò tempus sit, intrà quod finiẽda sit appellatio, in ino legis habetur, nempe annũ esse. ibi. *Et in desidia reliquum tempus permaneat; & annale tempus post inchoatam litem præterierit, &c.*

Secundò probatur hæc sentẽtia ex Clem. *Sicut de Appellatio. Sicut appellationẽ iudicialem, sic & extraiudicialem intra annum a die interpositionis ipsius, vel a die illati grauaminis, vbi à futuro grauamine appellatur, prosequi & finire tenetur appellans. Quod si, iusto impedimento cessante, non fecerit, debebit eius appellatio deserta censeri.* Hactenus summus Pontifex. B

Ad primũ argumentum cõtrariæ sñiæ respondeo, negando illã consequentiã. Potuit impedimentum interuenire, ergo interuenit. Non valet argumentũ de potentia ad actũ, ad affirmandũ. l. Non hoc. C. vnde legit. Et tex. docet in d. l. Vlt. §. Illud; impedimentum esse probãdum ab appellante, non autem allegandum duntaxat.

Ad secundũ rñdeo; textum in d. Auth. Ei qui, nõ obstare, sic enim ait. *Ei, qui appellat, impertitur annus, intra quẽ secundùm se, communiterue cum aduersario litem exequatur, aut si iusta causa intercesserit, alius annus indulgeatur, quo transacto, lite non completa, rata manet sententia.*

Illa verba, *quo trãsacto* (scilicet biẽnio) *rata manet sententia,* nihil obstant, quia intelligũtur, qñ alter annus ex iusta causa indulgetur. Sed nos dicimus indulgendũ nõ esse, nisi probetur iusta causa ab ipso appellante.

C Ad tertiũ eadẽ rñsio valet, quia qđ dr̃ in d. Auth. si tñ; *Intra bienniũ oportere appellationẽ finiri,* intelligendũ est, cùm elapso primo anno, ex iusta causa bienniũ indulget; Etenim iusta causa cessante, lapso primo anno, appellatio deserta censetur, vt in d. Clem. sicut, de Appellar.

CAPVT LXXX.

Vtrum Iudex teneatur regulariter admittere appellationem ab interlocutoria.



Vdicem, à cujus interlocutione appellatur, regulariter nõ teneri appellationẽ interpositã admittere, Authores sunt Glo. & Frãcus in c. de Priore, de Appellatio. & Angelus in l. Quoniam iudices. C. eod. tit.

Quorũ illud est argumentũ; quia si appellationi deferre teneretur, appellatione admissa, vlteriùs de causa cognoscere nõ posset, c. cum Appellationibus, de Appellat. lib. 6. Certum est autem ipsum Iudicem appellatione interposita non obstante, in causa cognoscenda procedere posse, antequam inhibeatur, vt in c. Romana §. si verò, & c. non solum, de Appellation. lib. 6. D

Verùm istis nil morãtibus cõtrariã sñiam amplector, Deciũ secutus in d. c. de Priore, & Romanũ in cons. 501. Sic autẽ statuo. Si talis causa fuerit allegata, ab eo, q prouocauit, q̃ si vera esset, appellatio meritò fuisset interposita, iudicẽ debere appellationi deferre. Moueor ex c. debitus, de Appellationib. vbi sũmus Põtifex monet appellãtẽ, vt causam probabilẽ appellationis exponat, *talẽ videlicet* (inquit) *quæ si foret probata, deberet legitima reputari, & tũc superior de Appellatione cognoscat, & si minus rationabiliter eũ appellasse constiterit, illũ ad inferiorẽ remittat.* His verbis colligitur, si causam adferat appellãs iustã, ac probabilem, Appellationem esse admittendã, aliàs secus.

Idem clariùs colligo ex c. Cordi, de Appelation. lib 6.

vbi

vbi ſummus Pontifex ita dicit. *Sancimus igitur, vt ſi quis in iudicio, vel extrà ſuper interlocutoria, vel grauamine aliquo ad nos duxerit appellandum, cauſam appellationis in ſcriptis aſſignare deproperet, petat apoſtolos, quos ei præcipimus exhiberi. In quibus appellationis cauſam Iudex exprimat, & cur appellatio non ſit admiſſa, vel ſi appellationi forſan, ex ſuperioris reuerentia ſit delatum, &c.*

His verbis ſummus Pontifex apertè indicat, appellationem eſſe admittendam, ſi iuſtam cauſam, vt ſuprà dictum eſt, appellans allegauerit; nam, ſi Iudex non teneretur illam admittere, non teneretur etiam cauſam allegare ſummo Pontifici, cur eam non admitteret.

Secundò moueor ex c. Romana. §. Quod ſi obijciatur, de Appellat. lib. 6. *Quod ſi obijciatur*, inquit tex. *ex iniuſta cauſa, ſeu minus legitima, ante ſententiam appellationē interpoſitam extitiſſe, & ex eo non eſſe appellationem huiuſmodi admittēdam, nequeunt prædicti, &c.* Quibus verbis apparet appellationem admittendam non eſſe, vbi ex legitima cauſa interpoſita non eſt. Igitur admittenda erit, ſi ex cauſa legitima interponatur.

Cauſam verò legitimam appello, vt iam dixi, quæ ſcilicet, ſi probata eſſet, legitima cenſeretur, vt in d. cap. Vt debitus, de Appellatio.

Poſtremò Appellationibus friuolis deferendum non eſt, c. Cum Appellationibus, de Appellat. lib. 6. Ergo legitimis eſt deferendum. Quare cùm ab interlocutoria Iure Canonico liceat appellare, Iudex appellationem admittere debet, ſi fuerit legitima, & non friuola, hoc eſt, ex cauſa minus probabili interpoſita.

Ad argumentũ contrariæ ſententiæ reſpondeo; Iudicem à quo eſt appellatũ, non poſſe de cauſa cognoſcere, poſtquã appellationem admiſit, quia dicitur à ſe Iuriſdictionem abdicaſſe, vt in d. c Cum appellationibus, de appellation. lib. 6. Sed ſi appellationẽ non admittat, tũc procedere in cauſa poteſt, antequã inhibeatur. Quod ſi appellationis cauſam, verã eſſe conſtiterit, proceſſus reuocabitur; ita loquuntur Canones in argumento citati. cap. Non ſolùm. de appellatio: lib. 6. Si verò minus rationabiliter appellatũ fuerit, appellãs ad Iudicẽ inferiorem remittendus erit, à quo ſcilicet appellauit, & in expenſis condemnandus, vt in c. Vt debitus, de Appellationibus.

CAPVT LXXXI.

Vtrum appellans probare debeat, ſe iuſtè appellaſſe, & perperàm fuiſſe iudicatum; an verò appellatus, iuſtè pronunciatum, & perperàm appellatum.



APpellanti onus incumbere probãdi ſe iuſtè appellaſſe, indicare videtur tex. in l. Hi qui ad Ciuilia. C. de Appellatio. in illis verbis: *Cùm igitur ad munus vocatus appellaueris, apud Præſidem Prouinciæ, iuſtè te appellaſſe, oſtende.* Sed contrarium Imperator docet in §. Illud, in Auth. de his qui ingrediuntur ad appellan. Ait enim: *Ita portantur victores ſententijs, ſi eas rectè habere monſtrauerint.*

Bart. in d. l. Hi qui. tres caſus diſtinguit. Primus cùm quæritur, an ritè, hoc eſt, legitimo tempore fuerit appellatũ; & tunc appellanti onus incũbit probandi. Secũdus cùm quæritur, an iuſtè fuerit appellatũ, & tunc ſi ex negatione fundatã habeat intentionẽ appellans, ei ſufficit dicere, ſe iniuſtè condemnatũ, & acta exhibere. Si verò ex teſtibus vel inſtrumentis pendeat probatio, tũc probandi onus ad eũ pertinet in cauſa appellationis, ad quẽ pertinet in cauſa ipſa principali, l. Per hanc. C. de temp. Appellat. l. Eos. §. 1. C. de Appellat. Si tamen ex litigatoribus vnus tantum appellationem proſequatur, altero abſente, tunc is probare debet, qui proſequitur. §. Illud, in Authen. de his qui ingrediuntur ad Appel.

A Bartolum ſecuta eſt Capella Tholoſana deciſ. 341. Sed quod attinet ad primũ diſtinctionis membrũ, contrariũ decidit Rota deciſ. 316 Itẽ ſi poſſeſſor in nouis, vbi decidit, non incumbere id onus appellanti, vt doceat ſe intrà decẽ dies appellaſſe, ſed aduerſario, vt contrariũ demonſtret, Idem docet Francus in c. 1. nu. 11. de Appellatio. & in c. Bonæ. col. 8. verſ. Octauò debet appellans, eod. tit.

Fundamentum eſt, quia tempus appellãdi currit à die ſcientię, non autem à die ſententiæ latæ, c. Concertationi, de appellat. lib. 6. Ignorantia verò præſumitur. l. Verius. ff. de Probanon. Ergo probãdum eſt, appellantẽ ſciuiſſe, ſententiam datam, & ex eo tempore intrà decennium non appellaſſe.

Quod verò Bart. dixit in ſecundo membro diſtinctionis, ſi vnus tantũ ex litigatoribus appellationẽ proſequatur, altero negligente, onus ad eũ ſpectare probandi, ſe iuſtè appellaſſe, viſum eſt iniquũ Præpoſito, in c. Vt debitus, de appella. & Aufrerio in Additione ad Capellã Tholo-
B ſanam dicta deciſione 341.

Ego verò ſic ſtatuo Bart. rectè locutũ eſſe, ſi rectè intelligatur. Aut enim appellãs fuit pſens ſniæ latę, & tunc cùm ſcientiã habeat, tenetur appellare intrà decẽ dies, & id probare ſe feciſſe, neque enim præſumitur, argumẽto l. Quicunque. § Qui à pupillo. ff. de Publiciana: Aut abſens fuit, & tunc diuerſa ſententia locum habere poteſt.

Quod verò attinet ad alterũ caput ſeu membrũ diſtinctionis Bartoli, ſimili modo diſtinguendũ eſt, vt ſi quidẽ is, qui proſequitur appellationem, altero abſente, ex ſola productione ſententiæ contrà ſe latæ pręſumptionẽ habeat pro ſe, veluti, ſi tanquã debitor fuerit condẽnatus, & ſe debitorẽ eſſe neget, tunc probare non debeat ſe iuſtè appellaſſe; quia aduerſarius eius, qui eſt actor, probare debet, l. Actor qđ aſſeuerat. C. de Probat. & ita accipiendus eſt tex. in §. Illud, in Auth. De his, qui ingrediuntur ad Appellatio. Si verò appellãs pro ſe nõ habeat pręſumptio-
C nem, ac, vt dicitur vulgò, intentionẽ fundatã, tunc is probare debet, ſe rectè appellaſſe. Veluti ſi actor, qui ſe creditorẽ eſſe cõtendit, in prima ſentẽtia ſuccubuerit, & ab ea appellauerit, nõ habet intentionẽ fundatã, ſed probare debet ſe creditorẽ, atq; adeo ſe iuſtè appellaſſe. Ita accipiẽdus eſt tex. & doctrina Bart. in d. l. Hi qui ad Ciuilia C. de Appellat. Etenĩ appellatio rẽ in eũ ſtatũ reuocat, in quo erat ante ſentẽtiã, l. Appellat. C. de Appellat. Sed i prima inſtãtia ante latã ipſam ſentẽtiã à primo Iudice, actori onus probandi incũbebat, ergo & in cauſa appellationis incũbet. Vide Menochiũ de Pręſumpt. lib. 2. c. 95.

CAPVT LXXXII.

Vtrum ſit locatio, an verò alius contractus, cum pro mercede pecunia non datur, ſed aliud.



D COmmunis eſt, & vera ſententia, locationẽ eſſe, cùm pro mercede pecunia datur, ſi verò aliud q̃ pecunia, aliũ eſſe cõtractum. Ita docet Glo. in l. 5. §. 1. ff. de Pręſcript. verb. in l. Si olei. C. Locati. & in l. 1. §. Si quis ſeruũ. ff. Depoſiti. & Bart. & alij in dictis locis. Ant. Gomeſ. de cõtract. c. 3. n. 3. & recẽtiores, Balduin⁹, Eguinari⁹, & alij i Inſt. de locato, ĩ prin.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex d. l. 5. §. At cum do. ff. de Præſcript. verb. *At cum do vt facias*, inquit textus, *ſi tale ſit factum, quod locari ſoleat, puta, vt tabulam pingas pecunia data, locatio erit, ſicut ſuperiore caſu emptio, ſi res ſit, nõ erit locatio, ſed naſcetur, vel Ciuilis actio, in hoc, quod mea intereſt, vel ad repetendum condictio.*

Secundum eſt ex d. l. 1. §. Si quis ſeruum. ff. Depoſiti. in illis verbis: *Quod ſi opera eius ſerui cum cuſtodia compenſabantur, quaſi genus locati & conducti interuenit; Sed quia pecunia non dabatur, præſcriptis verbis datur actio.*

Contrariam ſententiam defendit Ioannes Corraſius lib. 2. Miſcellan. cap. 11. nec non Arius Pinell. ad legẽ 2.

C.de Rescin.vend.in 2.parte rubr.cap.3.num.29.

Argumenta sunt ista. Primum ex l. Si olei. C.Locati. *Si olei certa ponderatione*, inquit textus, *fructus anni locasti, de contractu bonę fidei habito propter hoc solum, quod alter maiorem obtulit ponderationem, recedi non oportet.*

Secundum est ex l. Et hæc distinctio.§.vlt.ff. eod. tit. in illis verbis: *Si proponatur inter duos, qui singulos proprios fundos haberent, conuenisse, vt alterius fundū, ita conductū haberet, vt fructus mercedis nomine pensarētur, &c.*

Tertium ex l.Licet.C.eod.tit.ibi: *Certis annuis quantitatibus*. quæ verba non magis ad mercedem in pecunia, quàm in fructibus applicari possunt; pro qua sententia facit etiam textus in l.Excepto.C.eodem tit.

Quartū est ex l. Si merces. §. Vis maior.ff.eod.tit.ibi: *Apparet autem de eo nos Colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit, alioquin partiarius Colonus, quasi Iure societatis, & damnum, & lucrum cum domino fundi partitur.* Quibus verbis apparet prædium conduci posse, ita vt pecunia, vel fructus præstentur.

Quintum ex §. Adeo.in Inst.de conduct. & locat. ibi: *Quamdiu pensio, siue reditus præstentur, &c.*

Ad text.in l.5.§. At cum do, respondet Corasius, verbū *pecunia*, eo in loco omnes res significare, iuxtà l.vlt. C. de constituta pecu. Aliter etiam Pinellus respondet, nempe illa verba; *Si res sit*, referri ad differentiam facti, vel rei in locationem deductę, non autem ad mercedem ipsius. Sed hæc & similia, quæ isti adferunt, nō tanti ponderis mihi esse videntur, vt quempiam à communi sententia amplectenda deterreant. Ea enim satis luculenter probatur ex duabus legibus allegatis. Et quod Corasius dicit, planè est improbabile, nempe pecuniæ verbum, in d.l.5.§.At cum do, omnes res significare. Nam eo in loco pecunia oppponitur rei, siue alijs rebus: *Pecunia data*, inquit textus, *locatio erit, Si res sit, non erit locatio*, hoc est, si res detur, quæ non sit pecunia, non erit locatio. Confirmatur hæc interpretatio. Nam textus dicit; *Pecunia data, locatio erit, sicut superiori casu emptio.* Constat autem in emptione requiri pecuniam numeratam. Minus verò probabilitatis habet Pinelli sententia, aliò referentis illa verba: *Si res sit*, contra apertam Iurisconsulti mentem hoc discrimen statuentis, vt si quidem pecunia detur, sit locatio, si verò aliud quàm pecunia, non sit locatio.

Itaque cùm satis clara sint loca, quibus sententia communis fulcitur, Ego conuenientius esse Iudico, alias leges, quæ obscuriores esse videntur, declarandas esse ex magis claris & perspicuis, quàm è contrario.

Igitur quod attinet ad l.Si olei. Respondeo, illud verbum *Locasti*, ibi impropriè vsurpatum esse: nec mirum, quia etsi pecunia non detur, videtur tamen esse quoddā genus locati & conducti, vt in d.l.1.§.Si quis seruum.ff. Depositi.

Ad l.Et hæc distinctio.§.vlt.respondeo, Non hoc velle Iurisconsultum ibi, vt locatio sit, cùm fructus dantur pro mercede, sed quando merces constituitur in pecunia numerata, ita tamen vt fructus mercedis nomine compēsentur. Aut si secus Iurisconsultus dixerit, nō erit propriè locatio.

Ad tertium respondeo, illa verba, *Certis annuis quantitatibus*, accipienda esse de pecunia, si propriè sit locatio, non autem de alijs rebus, vbi locatio propria non sit & vera, quæ responsio valet etiam ad d.l.Excepto.

Ad quartum respondeo. Inter Colonum partiarium, locationis contractum propriè non esse, sed potius societatis, vt habetur in d.l.Si merces.§.Vis maior.

Quintum nihil obstat, quia Imperator in d.§. Adeò, loquitur de contractu emphyteusis, in verbis, quæ ponderantur.

Cætera quæ Pinellus adducit loco annotato, mihi videntur esse leuiora, quàm vt confutatione egeant.

A

CAPVT LXXXIII.

Vtrum, si quis vendiderit agrum cum pacto redimendi intrà quinquennium, & ad illud tempus illum conduxerit, deinde finito tempore, in conductione manserit, censeatur tempus redimendi prorogatum esse.



N proposita specie renouatam videri locationem & conductionem cum eodem redimendi pacto rñdit Alex.in cons.28.lib.4. quem refert, & sequitur Menoch. de præsumpt.lib.3.cap.85.nu.21 Et fundamentū est in l.Item quæritur.§.qui impleto ff.Locati.in illis verbis. *Etiam pignorū videtur durare obligatio*, &c. Itē quia tpis prorogatio censetur facta cum eisdem qualitatibus ex regula desumpta, ex l.Lecta.ff.Si certum petatur; Præsertim verò quia pactū huiusmodi, videtur esse pars precij. B l.Fundi partem.ff. de contrahen. emptio.

Verùm istis nil morantibus cōtrariam sñiam veriorē esse existimo, nempe locationē quidem renouatam censeri, sed nō pactum redimendi ad longius tps prorogatū videri. Ita respondit Alexander sibi contrarius in cons. 76.lib.5.Gozadin.ad l.2. C. de Rescin. vendic.quæst.31. Cagnol.ibid.q.58. Alios refert nouissimè Iosephus Maschardus.de Probation.vol.2.concl.992.num.4.& 5.

Probatur hæc sententia ex regula generali. Quoties obligationi certū tps est constitutū, si post tps agat, obstat exceptio.l. Eū qui ita stipulatur.§ Qui ita.ff.de verb.oblig Cùm ergo venditor stipulatus fuerit, sibi ius ac potestatem redimendi intrà quinquenniū concedi, elapso quinquennio redimere volenti obstat exceptio.

Ad textū in d.l.Item quærit. §.qui impleto, rñdet, illum textū loqui de obligationibus & hypothecis ad locationem ipsam pertinentibus. Ita vt renouata locatione, renouatæ ēt intelligantur cæteræ obligationes, quæ C ipsam locationē comitantur. Quæ rñsio valet etiam ad regulam l.Lecta.ff.Si certum petatur. Quod verò dicitur pactum esse partem precij, nihil obstat, quia intelligitur esse pars precij, secundùm tempus conuentioni adiectū. Quare tempore conuentionis elapso, is, qui vendidit, summa ratione redimendi facultate priuatur.

CAPVT LXXXIIII.

Vtrum, sicut locatio finito tempore, renouata dicitur ex vtriusque partis taciturnitate, iuxta l.Item quæritur.§. Qui impleto ff.locati, ita etiam Emphyteusis renouata intelligatur.



Espondet Ias.in l.1.nu.66.C. de Iure Emphyt. renouatam nō censeri, quia Emphyteusis requirit scripturam, vt in l.1.C.de Iure Emphyt. vbi autem scriptura requiritur, tacita recondu D ctio locum non habet, vt in d.§.qui impleto, in vltimis verbis. Eandem sententiam habuit Alex.cons.76.lib.5. Rum.cons.61.nu.6.lib.1. Crauetta cons 87.nu.3.Iacob. Menoch.de Præsumpt.lib.3.cap.85. num.36.

Addit Alex.hanc rōnem. Quòd si Emphyteusis renouata intelligeretur id esset, argumento à locatione sumpto, vt in d.§.qui impleto, sed tale argumentum sumi nō potest, quia diuersa est ratio inter locationem & Emphyteusin. Per Emphyteusin ius in rem, atq; adeò vtile trāsfertur dominium. Per locationem verò non æquè.

Contrarium placuit Ludouico Romano in cons.103. & Alciato in tractatu de præsumption.regula 2. Præsumptione 17.nu.3.

Mouet Romanus non solū argumento de locatione, sumpto ex d. §. qui impleto. verum ēt quia datur tacita Emphyteusis renouatio, si enim Emphyteuta canonem non soluat per triennium, exclusus ac priuatus iure Emphyteutico dicitur, & tamen si postea soluat, Dño conniuente,

niuente, renouatio Emphyteusis tacitè facta dicitur. A

Quod verò dicebatur ad Emphyteusim scripturam requiri, & icirco tacitè renouari non posse, respondet Romanus consuetudine haud quaquam esse id receptū.

Verior videtur mihi cōmunis sentētia, quia quidquid Romanus de consuetudine dicat, quæ in locis illis est obseruanda, in quibus viget l. de quibus. ff. de legibus illud certum est, de Iure scripturam esse necessariam ad Emphyteusin constituendam, propter illa verba l. 1. C. de Iure Emphy. ibi *scriptura interueniente*, vt tradunt Iulius Clar. lib. 4. sententiar. q. 4. & Ioseph. Mascard. de Probationib. nu. 2. concl. 602. qui alios multos commemorant. Consequenter tacito consensu absque scriptura constitui non potest.

Non obstat, quod Romanus adducit de Emphyteuta priuato propter canonem non solutum Domino, renouatio enim Emphyteusis per canonis receptionem fieri dicitur, non principaliter, sed per consequentiam. Nam per receptionem canonis pœna remissa videtur, remissa B autem pena manet saluum Ius Emphyteutæ, quod prius habuit, ante scilicet quàm priuatus esset, & multa permittuntur in consequentiam, quæ principaliter non conceduntur. l. 1. ff. de Autho. tuto.

CAPVT LXXXV.

Vtrum conductor gratia colligendorum fructuum sumptus in rem conductam factos, repetere à locatore possit, quando ad perpetuam rei vtilitatem facti sunt.

Respondit Paulus Castrensis in cōs. 170. lib. 2. Tales sumptus repeti non posse. Primò, quia videntur esse facti, gratia colligendorum fructuum l. Sumptus. ff. de rei vendic. l. Diuortio. §. Impendia. ff. soluto matr. Secundò, quia conductor est obligatus omnia facere, quæ pertinent ad vtilitatem & culturam agri. l. Item si fundi. ff. de Vsufructu. l. Si merces. §. conductor. ff. locati. Tertiò, quia cōductor ipse eam ob causam vberiores fructus percipiet, argumento l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arcen. & l. Si merces. §. Vis maior. ff. locati.

Verùm istis non obstantibus contrariam sententiam amplector vnà cum Ruino in consi. 135. lib. 3. & Rolando à Valle in consi. 28. lib. 1. Moueor hoc argumento. conductor repetere sumptus potest qui cadunt in perpetuam vtilitatem rei conductæ l. Colonus. l. Dominus horreorum. §. 1. ff. locati. Tales sunt sumptus de quibus agitur, Ergo, &c.

Non obstat primum argumentum, quia intelligitur de sumptibus qui solent fieri vt plurimum, veluti in arādo, serendo & similibus, secus est in his sumptibus, qui pertinent ad perpetuam rei vtilitatem, nec ita soliti sunt fieri, neque necessarij. D

Ad secundum, negatur conductorem obligatum esse ad tales sumptus faciendos; licet enim teneatur agrum colere, non tamen obligatus est, ad sumptus ingentes faciendos, quò longè melior & preciosior reddatur.

Ad tertium respondeo, rationem habendam non esse eius vtilitatis & commodi, quod conductor percipiet, quia temporaneum est, & non perpetuum, & si ratio habenda esset, nunquam sumptus tales repeti possent, quoniam nunquam ferè accidere potest, vt res locata melior & preciosior red dita, maiora commoda & emolumenta non adferat, & tamen certum est, huiusmodi sumptus repeti posse, quod summa ratione constitutum est, vt scilicet locator, qui est Dominus rei, & qui perpetuam vtilitatem est percepturus, onus illud sustineat refundendorum sumptuum conductori, l. Secundùm naturam. ff. de reg. Iur.

CAPVT LXXXVI.

Si conductor suscipiat in se periculum casus fortuiti, & casus insolitus contingat, vtrum ad illum, an verò ad locatorem pertineat.

Respondendum videretur ad locatorem pertinere, quia is, qui suscipit in se periculum casus fortuiti, censetur cogitare de solito, non autem de insolito, ex notatis per Bart. in l. Sed etsi quis §. quæsitum. ff. Si quis cautionibus. Ripam in Tracta. de peste. rubr. de priuilegijs contractuum tempore pestis, nu. 97 Bossium de remissione conductori faciēda, nu. 66. vbi dicit hanc sententiam communem esse. Menoch. de arbitr. iud. casu 80. Andr. Geyll. lib. 2. practi. obseru. cap. 23. & probatur ex l. Fistulas. §. Frumenta. ff. de contrah. emptione.

Contrarium tamen mihi videtur verius, ex l. Si quis fundum. ff. locati. vbi dicitur, standum esse pacto, si quis locauerit fundum ea lege, vt etiam si quid vi maiore accidisset, præstaretur ei merces. Vis autem maior intelligitur omnis vis tempestuosæ calamitatis, cui resisti nō potest, vt in l. Ex conducto. §. Si quis tempestatis. ff. eodem. Vnde saltem in genere, de omni casu fortuito, siue solito, siue insolito, cogitatum videtur ea pactione. Nec dicitur casus fortuitus, nisi rarò contingat, vt dicebat Bald. in d. l. Sed etsi quis. §. Quæsitum. ff. Si quis cautio. qui propterea discessit à sententia Bartoli, sicuti ab eadē discesserunt Angel. Fulg. Castren. & Alex. in d. §. quæsitum. Imola. in c. 1. de locato. Iason. in consi. 167. lib. 1. Crauetta in consi. 294. nu. 8.

Et reuera ille tex. in d. §. Frumenta, nihil facit pro altera sententia. Eius verba hæc sunt. *Frumenta quæ in herbis erant, cum vendidisses, dixisti, te, si quid vi aut tempestate factum esset, præstaturum. Ea frumenta niues corruperunt. Si immoderata fuerunt, & contra consuetudinem tempestatis, agi tecum ex empto poterit.* C

Sensus legis est, eum qui vendidit frumenta in campis existentia, si promisit emptori se præstaturum id, quod vis, ac tempestas mala damni attulisset, eum ex hac promissione teneri, si damnum niues immoderatæ intulerunt, & contrà consuetudinem sæuientes, non si ordinariæ, mediocres & moderatæ sunt; quia cùm tempore hyemis ningere soleat, non cēsetur emptor damnum ex moderata niue ac solita tempestate timuisse, sed ex insolita, nec venditor præsumitur voluisse obligare se ex causa cuiuscunque damni euenientis. Quæ res nihil iuuat sententiam dictam, imò alteram, quam sequimur, potiùs confirmat.

CAPVT LXXXVII.

An si domus conducta comburatur, locatoris damnum sit, vel conductoris.

Quæstio est sanè difficilis, quam Doctores tractant in §. Præterea. Instit. quibus modis re contrahi. oblig. in l. Data opera. C. qui accusa. non possunt & in l. quæ fortuitis. C. de pigno. actio. Ex consulentibus. Alex. in consi. 50. lib. 1. Angelus 197. Cæpolla consi. crim. 69. Roland à Valle cōsi. 95. lib. 2. Ex alijs scriptorib. Grāmaticus dec. 3. Iosephus Ludouicus decis. Perusina 25. Menoch. de Arbitr. iud. casu 390. Andr. Geyll. lib. 2. pract. obseru. ca. 21. Ioseph. Mascardus lib. 2. de probationib. in verbo Incēdiū. Aliquid per Couuar. relection. to. 1. 2. par. ca. 6. n. 14.

Atque in duobus articulis omnes conueniunt, in vno autem discrepant. Inter omnes conuenit, si fortuito casu incendium exortum sit, conductorem non teneri, ex l. Ex conducto, §. Si vis, in fine. ff. locati. ex l. Contractus. ff. de reg. Iur. & similibus.

Item conuenit inter omnes è contrario conductoré teneri, imò puniri etiam, vbi culpa, vel dolo eius incẽdium factum sit. ex l. Si quis fundum. §. Imperator. ff. eod. l. Sicut certo. §. nunc videndum. ff. commodati. l. Capitalium, §. Incendiarij. ff. de pœnis. De genere autem pœnæ consulendus est Menochius loco nuperrimè citato. A

Controuersia autem inter Doctores est in eo. Quid si nesciatur, vtrum culpa, vel casu ortum sit incẽdium? Aliqui enim, quorum sententia est communior, dicunt conductorem non teneri, & damnum ad locatorem pertinere. Alij verò contrà, eum teneri, nisi de diligentia sua doceat. Et hæc posterior sentẽtia videtur mihi verior, ea ratione, quia incendium plerunq; culpa inhabitantiũ fit. vt ait Iurisconſ. in l. 3. ff. de officio præfecti vigiliũ. Respondent omnes id verũ esse, sed culpam hanc leuissimã esse, de qua cõductor non tenetur. allegant Glo. vtrunq; dicẽtem in §. præterea. Inſt. quibus modis re contrahi. oblig.

Sed non videtur bona responsio, quia Glo. illa hoc dicit absque lege & ratione. Verba Glo. hæc sunt. *Furtum fieri non potest sine leuissima culpa, vt ff. Pro. Socio. l. Cum in duobus. vel incendium nasci absque leuissima culpa, licet nõ noceat (talis leuissima culpa) inculpabilibus, vt ff. de off. præf. vigil. l. 3. §. 1. & ff. de peric. & cõmodo rei vẽdita, l. si vẽdita & suprà proximo §. Sic Accurſ.* Hic § quẽ citat nihil facit. B

Ad probandum itaque incendiũ leuissima culpa inhabitantiũ plerunque oriri, & cõsequenter non nocere. adducit tex. in d. l. §. 1. ff. de off. præf. vigi. qui nõ loquitur de leuissima culpa, sed de culpa simpliciter. Item l. si vendita. ff. de pericu & cõmo. rei vend. Sed ille textus non solùm id non dicit, verùm etiam mirè adiuuat sententiam nostram. Verba eius hæc sunt. *Si vendita Insula combusta esset, cùm incendium sine culpa fieri non possit, quid Iuris sit? Respondi, quia sine Patrisfamilias culpa fieri potest, neque si seruorum negligentia factum esset, continuo Dominus in culpa est. Quamobrem si diligentiam venditor adhibuisset eam in insula custodiẽda, quam debent homines frugi & diligentes præstare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.* C

Sensus legis est, incendium quidem regulariter absq; culpa non fieri, & plerunque inhabitantium culpa, vt alibi dicit IC. sed non statim Patremfamilias esse condemnandum, qui si diligentiam adhibuit, non tenetur. Diligentiæ ergo probatio excusat patremfamilias, quod argumento est, ad eum alioqui incendij damnum pertinere, propterea quòd in culpa præsumatur, vt habet sententia nostra, scilicet, nisi probet diligentiam.

Nonnulla alia Iuris loco citãtur à Menoch. lo. annot. nu. 9. ad probandum, ex leuissima culpa conductoré non teneri. nimirum l. Sicut certo. §. nunc videndum ff. commodati, l. In iudicio. C. locati. & l. Contractus. ff. de reg. Iur. sed nullum in his verbum de leuissima culpa.

Sed dicit Andr. Geyll loco proximè citato. Ad hoc, vt quis de incendio teneatur, & condemnari possit, necesse est probare culpam certi hominis, quia licet incendium culpa inhabitantium factum præsumatur, nõ tamen præsumitur culpa certæ personæ, per tex. inquit in l. Si vendita. ff. de pericu. & cõmodo rei vend. vbi casus apertus, quòd incendium sine culpa Patrisfamilias fieri possit, ergo vt teneatur conductor ex generali illa præsumptione, quæ ex habitatione suboritur, necesse est probare culpã certæ & determinatæ personæ, quæ si nõ probetur, remanet incertitudo, & per consequens sententia condemnatoria sequi non potest. l. Licet. §. vlt. ff. Nautæ, caupones & Stabul. ibi. *Vt certi hominis factum arguamus.* D

Respondeo; Licet d. l. Si vendita, affirmet incendium fieri posse absque patrisfamilias culpa, non rectè tamen infertur patrisfam. culpam non præsumi. Si non præsumeretur, non esset ei necesse probare diligentiam.

Nec vera est illa propositio, sic generatim sumpta, sequi non posse condemnationẽ, nisi culpa probetur certæ & determinatæ personæ. Nã contrarium docet tex. in l. Ita vulneratus. verſ. his consequens est. ff. Ad l. Aquiliam. vt per Menochium de Arbitr. Iud. casu 362. nu. 19.

Quòd verò dicitur in d. l. licet. §. vlt. locũ habet in caupona publica, vbi sunt plures hospites & viatores, quorũ culpa euenire potest incendium, vt meritò caupo non teneatur, nisi certi hominis factum arguatur, si enim apparere posset, culpane cauponis, aut ipsius familiæ, incendium ortum fuerit, an verò hospitum & peregrinorum.

CAPVT LXXXVIII.

Si quis locauerit rem, & conductori obligauerit omnia sua sua bona, vt plerunque fit in Italia, deinde rem vendiderit, vtrum emptor possit conductorem expellere.



Initur locatio, si locator rem vẽdiderit, l. Emptorem. C. locati, sed tamen ex cõmuni doctorum sententia si in instrumento locator obligauerit omnia sua bona cõductori, vel specialiter ipsam rem locatam, pro contractus obseruatione, poterit conductor rem retinere vigore talis obligationis, donec sibi quod sua interest, præstetur, ob id quod re locata vsus non est, sicuti adnotarunt Bartolus in d. l. Emptorem, & alij, vt per Couuar. lib. 2, Variar. resol. cap. 15 nu. 5. Et probatur hæc sententia in l. Si creditor. §. vlt. ff. de distract. pignor.

Controuersia igitur est, si emptor ac singularis successor offerat ipsi cõductori id, quod interest, an possit eum expellere? Et posse cõmunis est Doctorũ sentẽtia, de qua testatur Neguzantius de Pignorib. primo mẽbro secũdæ partis, nu. 6. & Couuar. loco proximè citato. Etenim conductori, cui non licet facto locatoris vti, re conducta, nil aliud debetur, nisi quod sua interest, eũ posse vti re cõducta, l. Ex cõducto. ff. locati, & l. Si merces. §. 1 & l. qui fundũ, eod. tit. Si ergo ei tale interesse offeratur, nihil habet quod cõqueratur. Porrò à tertio offerri posse probatur, ex l. Paulus. §. qui pign. ff. quib. modis pignora vel hypoth. soluantur, & ex l. cum secundus. ff. de distractio. pignorũ.

Contrarium respondit Bart. Socinus in conſ. 90 lib. 4, & ad superius argumentum respondet, negando conductorem pro obseruatione contractus, agere posse tantum ad interesse. Imo verò locator (inquit Socinus) tenetur, & compelli potest præcisè ad præstandam patientiam vtendi, vt in l. æde. C. locati, & in l. Si duo. §. Si cum inquilinus. cum ibi notatis. ff. vti possidetis qui locus nihil penitus ad rem facit, & nihil de hac re dicit.

Ad l. æde. respondeo, nihil facere. Dicitur ibi cõductorem expelli non posse, si pensionẽ soluat, quod facilè concedo, sed non efficitur, quin Dominus possit eam rem alteri vendere, vt in d. l. Emptorem. C. eod. tit. Et consequẽter quin ab emptore expelli possit, vt ibi dicitur.

Secundò dicit Socinus, communem sententiam non procedere, quando stipulatio in contractu locationis interposita est, quia illa corroborat contractum & maiorẽ ei efficaciam præstat iuxta l. Ex placito. C. de rerum permutation. cum similibus.

Rñdeo, stipulationẽm cõtractui robur addere, quoad hoc, vt actionẽ producat, in reliquis naturã sequi cõtractus, sup quo interponitur. l. 2. §. Si qs sub cõditione. ff. vt legatorũ nomine caueatur, & ex l. Si stipulatus. ff. de Vſuris, & simil. Quare cùm natura locationis sit, vt nõ impediat alienationẽ rei locatę, dominijq; eius in aliũ translationẽ, vt d. l. Emptorẽ, sequetur, stipulationẽ haudquaquã immutare ius emptoris, & singularis successoris posse.

Tertiò Socinus dicit, memoratam conclusionem non habere locum, vbi iuramentum in locatione interpositũ est, simul cum bonorum obligatione, quia illud præcisè obligat ad obseruanda promissa. Et Socinum sequi videtur Couuar. loco suprà citato, licet subdat dubiam esse hanc Socini sententiam, cùm hic non tractetur de vinculo iuramenti respectu iurantis, vel successoris eius vniuersalis, qui iuramento stare tenetur, sed respectu singularis successoris, qui non tenetur stare iuramento.

Sed

Sed mihi vr vera Soc. sententia, quia cùm iuramentũ obliget præcisè ad factum, vt in l. Si pecuniã. ff. de cond. causam. vbi Glo. Ias. & alij. Poterit conductor rem conductã retinere. Et si singularis successor dicat, quod tua interest, paratus sum dare, respondebit ipse, obligatus est mihi locator, ac rei dñs præcisè ad factum, hoc est, ad patientiam præstandam vtendi, fruendi, in eamq; causam obligauit bona. Quare competit mihi retinendi ius, quia tu non potes melioris esse conditionis, quàm locator, à quo causam habes, vt in l. Si mulier. §. 1. ff. ad Senatuscõsultum Velleianum. Vide etiam de hac re Roland. à Valle, cons. 6. lib. 1. num. 10. & 29.

CAPVT LXXXIX.

Si particulare damnum contingat, ex quo tota rei emphyteutica substantia non depereat, vtrum ad Emphyteutam pertineat, etiam quando non exiguam pensionem soluere tenetur domino, sed magnam & respondentem fructibus.

SI particulare damnum contingat, illud spectare ad Emphyteutam certum est, l. 1. C. de iure Emphy. sed controuersia est, quid si damnum notabile, puta insignis sterilitas contingat, & talis sit Emphyteuta, qui nõ exiguam, sed magnã pensionẽ soluere teneatur, vtrum idem statuendum sit?

Duplex est interpretum sñia. Prima est; hoc in casu locum non habere, & remittẽdam esse pensionem Emphyteutæ, sicut conductori remittitur. Ita respõdit Alex. in cons. 112. lib. 1. Francisc. Aretin. cons. 55. nu. 110. Carol. Rui. 77. nu. 7. lib. 1. Rolan. à Valle 96. nu. 26. lib. 1. Io. Sicardus, in d. l. 1. nu. 28. Clar. lib. 4. sententiarum. §. Emphyteusis, q. 8. vers. Sed nũquid propter sterilitatẽ. Hipp. Rimi. cons. 49. nu. 14. lib. 1. Et hãc sñiam benigniorẽ sibi videri dicit Andr. Geyll. lib. 2. pract. obseru. c. 23. nu. 24.

Altera est sñia penitùs contraria, non esse remittendam pensionem Emphyteutæ, sed omne damnum particulare ad ipsum pertinere, siue modicam pensionẽ soluat, siue magnam. Ita respondit Natta in cons. 49. & 194. & alij, vt refert & sequitur nouissimè Aurelius Corbulus in Tract. de Iure Emphyt. cap. 15. amp. 12.

Videbatur mihi prima sententia verior, primò ex l. Si vno. ff. locati. Vbi dicitur cõductori fundi vectigalis propter sterilitatem remittendam esse pensionem. Si conductori fundi vectigalis remittenda est. Ergo & Emphyteutæ, is enim ab eo cõductore vix differt, vt docet Glos. in rubr. ff. Si ager vectig. vel Emphyt. peta.

Secũdò ex eo, quod habetr in §. Lex itaq; in Auth. De nõ alienãdis reb. Eccl. & in Auth. perpetua. C. de sacros. Eccl. Dr in illis legibus concedi posse rem Ecclesiasticã in Emphyteusin cũ diminutione sextæ partis mercedis iustæ, & hoc pp fortuitos casus, qui ad Emphyteutã spectant. Ergo si iusta pensio ab Emphyteuta soluatur, videtur dicendum, casus fortuitos ad eum non spectare.

Tertiò. Nã cessante rõne legis, cessat lex. l. Adigere. §. quis. ff. de Iure patro. Sed ratio cur damnũ particulare spectet ad Emphyteutam, illa est, quia is modicam pensionem soluit in recognitionem dominij, non autem in compensationem fructuum, quos percipit ex re Emphyteutica. vt docet Bart. in d. l. 1. in 2. oppositione, C. de Iure Emphyt. Ergo si magnam pensionem præstet æquiualentem fructibus, secus est dicendum.

Postremò quia illa non est propriè Emphyteusis, in qua magna pensio soluitur fructibus attemperata, sed est potiùs locatio. Emphyteusis. n. est propriè, cùm res datur ad meliorandum, modica aliqua pensione data. Id patet ex verbi etymologia, ex qua sumi potest argumentum, vt docet Bart. in l. oẽs populi. in 6. q. ff. de Iust. & Iu.

Ceterùm re diligentiùs considerata & perspecta, contrariam sententiam veriorem esse puto; Non esse remittendam pensionem Emphyteutæ, propter sterilitatem, licet magnam pensionem soluat. Moueor ex d. l. 1. vbi dicitur damnum ex quo tota rei substantia non perit, ad Emphyteutam spectare, sed damnum propter sterilitatem contingens, non est tale, vt tota res intereat. Ergo ad Emphyteutam spectat.

Non obstant argumenta in contrariũ adducta. Quòd enim attinet ad l. Si vno. Rñdeo non esse veram Assumptionem, quòd Emphyteuta non differat à conductore fundi vectigalis. Illa sententia Glo. nullo iure probatur. Contrarium patet esse verum ex traditis per Franc. Cona. lib. 7. comment. iu. cap. 12. num 7. & per Alciat. lib. 3. dispunctionum, cap. 10. & lib. 1. parerg. cap. 36.

Ad secundum respondeo, non esse bonam consequentiam illam, Res Ecclesiastica in Emphyteusin concedi potest cum diminutione sextæ partis pensionis propter casus fortuitos, qui ad Emphyteutam pertinent. Ergo si iusta pensio præstetur ab Emphyteuta absque vlla dimi-
B nutione, casus fortuiti ad eum non spectabunt. Consequentia debet sic fieri. Ergo si casus fortuiti ad Emphyteutam non spectent, res Ecclesiastica concedi nequit, cum diminutione illius sextæ partis. Quid enim prohibet, quò minus Emphyteuta damnum ex fortuitis casibus patiatur, secundum naturam contractus, & ad iustã & magnam pensionem soluendam obligetur expressa conuentione?

Ad tertium argumentum rñdeo. Ratio cur particulare damnum ad Emphyteutam spectet, illa est, quia soluit pensionem in recognitionem dominij, non autẽ in compensationem fructuum, sicut conductor, concedo. sed dum dicitur, quia modicam pẽsionem soluit. nego. Quid enim impedit, quò minus soluat in recognitionem directi dominij, etiam magnam & iustam pensionem?

Ad quartum & vltimum. Emphyteusis dr propriè cũ res datur ad meliorandum. Concedo. Sed cùm dr constituta modica pensione annua, id nego. Nec argumentum
C illud probat. Et quod dicatur Emphyteusis, licet magna & iusta pensio soluatur, probat tex. in §. quia verò leuis in Authen. de non alienand. reb. Eccl.

CAPVT XC.

Si res Emphyteutica sit ab hostibus occupata, vtrum remittenda sit pensio Emphyteuta.

ILlud etiam est in controuersia. Vtrum si res Emphyteutica sit ab hostibus occupata, remittenda sit Emphyteutæ pensio?

Variæ ac diuersæ sunt doctorum sententiæ. Alij enim docent locum esse remissioni; & hæc videtur magis communis sententia legistarũ, vt inquit Abbas in c. Potuit de loca. Ias. in l. 1. nu. 91. C. de Iure Emphyt. Iul. Clar. lib. 4. Sententiar. §. Emphyteusis, quæst. 8. vers. Sed quid in Emphyteuta. Andr. Geyll.
D lib. 2. pract. obseru. cap. 23.

Alij contrà, non esse locum remissioni, quia casus fortuiti ad Emphyteutam spectant, vt in §. Lex itaque, in Authen. de reb. Eccles. non alien. Bellum autem dicitur casus fortuitus, l. In rebus. ff commod. Et quia tota res non perit, licet fructus pereant, fructus enim dicuntur pars rei, l. Fructus pendentes. ff. de rei vendic. Ita Card. Florentin. respondit, vt refert Abbas loco annotato, & ita etiam respondit Collegium Patauinum, vt refert Iason, vti suprà. Idem voluit Conanus lib. 7. comment. Iuris, cap. 12. num. 7.

Alij distinguunt, vtrum pensio modica soluatur, an verò magna, & primo casu locus non sit remissioni, secundo casu sit locus. Ita Collegium Mediolanense, vt post Cuma. refert Clarus loco suprà dicto.

Alij distinguunt, vtrum bellum sit iustum, an iniustũ, primo casu locus sit remissioni, quia bona capta ab hostibus effecta sunt capientiũ, Secundù verò casu nõ, quia

spes

spes est recuperationis. Ita Aug. in d. l. 1. tit. nostro & ibi. A Io. Sicard. num. 31.

Alij denique aliter, præsertim Aurelius Corbulus, qui distinguit in plures casus hanc quæstionem de Iure Emphyt. cap. 15. ampl. 18.

Mihi omnium optima, verissimaq; cõis sentẽtia videtur, quòd scilicet Emphyteutæ remittẽda sit pensio, quando propter tumultus & calamitates fundum ingredi nõ potest: Et moueor, quia eo in casu fundum possidere nõ dicitur l. Cum vnus, §. vlt. ff. de bonis auth. Iud. possi. ibi. *Aut propter latronum potentiam non potest possideri, rectè dicitur, non esse quod possideatur.* Si enim fundum non possidet, ergo pensionem soluere non tenetur fundi nomine, & perinde est, ac si fundus non extaret & perijsset, respectu temporis, quo possideri non potest.

Vnde nihil mouet, quod dicitur hoc in casu fundum extare, & non perijsse, quia idem est, ac si non extaret. Nec enim Dominus patientiam vtendi & fruendi præstare potest, nec quicquam omnino habet Emphyteuta B ex eo fundo ampliùs, quàm si verè non extaret.

Non obstat, quod dicitur casus fortuitos ad Emphyteutam pertinere, vt in d. §. Lex itaque. Qm̃ id concedo, nisi tota res pereat, vt in l. 1. tit. nostro. Hoc verò casu, idẽ omnino est, ac si perijsset pro eo tempore, quo impeditur possideri, & in potestate hostium reperitur.

CAPVT XCI.

An Emphyteuta Ecclesiæ teneatur soluere collectas, & tributa fiscalia Domino temporali.



Ontrouertitur etiam, vtrum Emphyteuta Ecclesię obligatus sit ad soluẽdas collectas, & onera fiscalia Respondet Bart. in l. Priuatæ. C. de Excusa. mune. lib. 10. Emphyteutã Ecclesiæ nõ teneri, ne grauetur duplici onere soluendi, scilicet Ecclesię pensionẽ, & fisco tributum. Eandem sniam secutus est Ias. in l. 1. num. 31. C. de Iure C Emphyt. eamq; tutiorem dicit Bossius, in tit. de Principè, & priuilegijs eius, nu. 128. Eandem alijs citatis nouissimè amplexus est Marcus Antonius Eugenius, in cons. 96. num. 22. lib. 1.

Sed contrarium docuit Andr. Iser. in tit. Quæ sint rega. in verb. plaustrorum, dicens, inspiciendam esse personam Emphyteutæ, qui cùm sit obnoxius collectis, tenetur eas soluere etiã pro re Emphyteutica Ecclesiæ, quia res à persona conditionem accipit, non contrà, l. 1. C. de Imponenda lucratiua descript. lib. 10.

Idẽ rñderunt Alex. in cons. 101. lib. 1. Natta, cons. 114. nu. 18. Et ad rationẽ illam Bart. rñdent, eam nullius esse momenti, quia duplici onere aliquis grauari potest diuerso respectu, vt patet ex multis, sed præcipuè ex l. Si pendentes. §. Si quid Cloacarij. ff. de Vsufr. vbi cõductor fundi vectigalis soluere tenetur vectigal municipio, & tributũ fisco. Et si bona esset rõ hęc, nullus Emphyteuta, ẽt priuati, obligatus esset ad collectas. Is. n. pensionem sol- D uit Dño, vnde ne duplex onus subiret, nõ teneret soluere tributum fisco, quod tñ est cõtrà, l. 2. C. de Iu. Emphyt.

Ego puto veriorem esse Bart. sniam duplici ratione. Primò, quia vr̃ hæc satis bona regula, in hac materia, vt quoties Dñs ad collectas non tenetur, non teneatur etiã Emphyteuta. l. Priuatæ. C. de excusa. mune. lib. 10. vbi Emphyteuta fisci non tenetur, quia fiscus est immunis. Sed Ecclesia non tenetur ad collectas. l. 2. C. de Episcopis & Cler. c. 1. de Immu. Eccl. lib. 6. cum vulg. Ergo nec Emphyteuta tenetur. Altera ratio est, quia vbicunque aliquis possidet rem immunem à collectis & tributis, is collectas & tributa pendere non teneatur. l. 1. C. de imponenda lucratiua descript. lib. 10. ibi. *Contraq́, si cuiuslibet, &c.* Sed Emphyteuta Ecclesię possidet rem immunẽ à collectis, quia bona Ecclesiæ sunt immunia. l. Placet. C. de Sacrosanct. Ecclesi. ibi. *Ne prædia vsibus cœlestium* A *secretorum dedicata, sordidorum munerum fęce vexentur, &c.* Et c. Non minus de Immu. Eccl. cum similibus. Ergo non tenetur ad collectas.

Ad argm̃ rñdeo. Quod dr̃ rem à persona cõditionem recipere, concedo, si intelligatur iuxtà terminos. d. l. 1. C. de Impo. lucra. descript. à qua desumitur pronunciatum. Dr̃ ibi, Curiales esse immunes à collectis, & ꝙ si bona collectis subiecta perueniant ad eos, sint immunia, sed si ad alios, secus; quia inquiritur personæ conditio. Iste non est casus noster, quia Ecclesiæ bona ab ipso principio, natura, sua sunt exempta & libera, vnde ad quemcũq; perueniãt, sarcinam collectarum effugere debent, vt inquit tex. in d. l. 1. vers. Contraq; si cuiuslibet. C. de imponenda lucratiua descript. Posset autẽ argm̃ procedere, & simul ẽt cõtraria Doctorum snia, si res ab Ecclesia in Emphyteusin cõcessa, fuisset ab aliquo priuato Ecclesiæ vendita, ac ppea collectarum oneri subiecta, tũc. n. locus esset decisioni dictæ legis, quod à primordio tituli, poste- B rior formetur euentus. i. cùm res à principio est descripta in libro fisci, cum alijs rebus, quæ collectarum oneri subiacent, si perueniat ad Ecclesiam, quæ immunis est, ipsa res euitabit onus collectæ, sed si ab Ecclesia trãferatur ad alium non exemptum, redibit ad naturam suam, pp personam possessoris, & sic ad collectas erit obligata.

CAPVT XCII.

Emphyteusi finita absque culpa Emphyteutæ, vtrum meliorationes repeti possint.



Icitur in l. 2. C. de Iure Emphyt. Emphyteutam in solutione canonis cessantẽ, per triennium, iure suo cadere, emphyteuticamque rem reuerti ad Dominum, vnà cum meliorationibus factis. Nunquid hoc procedat etiam, quando Emphyteuta cadit Iure suo, absque culpa, vt verbi gratia, si res Emphyteutica concedatur vsq; C ad certum tempus, certamue generationem, & illud sit elapsum, ac generatio extincta.

Respondit Bald. in l. Senatus §. Marcellus. ff. de legatis. hoc casu meliorationes ad Emphyteutam pertinere, eiusue hæredes, non autem ad Dominum. Sequitur Ias. d. l. 2. C. de Iure Emphyt. num. 27. Deci. qui alios citat in cons. 518. Probatur hæc sententia multis similibus.

Primò ex eo, quod habetur in cap. 1. § Si Vasallus. tit. Hic finitur lex, & consuetudines regni incipiũt. vbi tex. dicit. *Si vasallus in feudo aliquod ædificium fecerit, vel ipsum sua pecunia meliorauerit, & contingat postea, vt sine filio masculo decedat dominus, aut patiatur ædificium auferri, aut soluat precium meliorationis.*

Secundò ex eo, quod dicitur in l. Diuortio §. impendia. ff. soluto matr. vbi tex. loquens de meliorationibus à marito factis in fundo dotali, sic ait. *Planè si nouã villam necessariò extruxit, vel veterem totam sine sua culpa collapsam restituit, erit eius impensa petitio.*

D Tertiò ex l. Domos. ff. de legatis. *Domos hereditarias exustas* (ait lex) *& heredis nummis extructas ex causa fideicommissi, post mortem hæredis restituendas, boni viri arbitratu sumptuum rationibus deductis, &c. respondi.*

Quartò ex l. Eum ad quẽ. C. de Vsufr. vbi de meliorationibus vsufructuarijs sic dr̃. *Proinde, si quid vltrà, quàm impendi debet, erogatum potes docere, solenniter reposces.*

Quintò & vlt ex l. Sed addes. §. Si inquilinus. ff. locati, vbi tex. ait. *Si inquilinus ostium, vel alia quadã ædificio adiecerit, quæ actio locum habet? Et est verius, quod Labeo scribit, competere ex cõducto actionẽ, vt ei tollere liceat, &c.* scilicet eiusmodi adiectiones & meliorationes.

Verũ istis nõ obstantibus cõtrariã sniam veriorẽ esse puto, vnà cũ Francisco Sarmiento lib. 3. select. interpret. c. 4. nimirum eiusmodi meliorationes ad Dominũ pertinere, nõn autem ad Emphyteutã, vel eius hæredem.

Et moueor, qa Emphyteuta ex natura cõtractus Emphyteu-

phyteutici, tenetur fundum, ac rem meliorare, vt verbū ipſum oſtendit, quod ſignificat meliorationem ſiue plantationem. Cōſequenter non poteſt meliorationes factas repetere, facit enim id, quia tenetur, vnde res non poteſt parere liberationem & repetitionem. l. Qui hominem. §. vult. ff. de ſolution.

Confirmatur argumentum ex l. Colonus. & ex l. Dominus horreorum. §. in conducto. ff. loca. quibus in locis dicitur, conductorem demum impēſas ac meliorationes factas repetere poſſe, ſi non tenebatur ex lege contractus eas facere. Vnde cum Emphyteuta ex lege contractus teneatur, idem eſt dicendum, quia tantundem operatur natura contractus, quantum expreſſa contrahentium conuentio. l. quia tantundem. ff. de nego. geſtis.

Ad ſimilia in contrarium adducta, vno verbo reſponderi poteſt, ea non loqui, nec procedere, quādo is, qui meliorationē facit & impenſas, tenetur ex natura cōtractus eas facere, vel ex conuentione & pacto. Quamobrē nec concluſio etiā procedit in ijs expenſis, quas Emphyteuta facere nō tenetur ex natura contractus, veluti ſunt ædificia. Vide Arium Pinell. de reſcin. vend 2. par. c. 3. nu. 10.

CAPVT XCIII.

Emphyteuta non ſoluens penſionem per triennium, an cadat ipſo iure ab omni iure quod habet, an verò ita demum, cum lata erit ſententia.

Dicitur in l. 2. C. de Iure Emphyt. Emphyteutam ceſſantem in ſolutione per triennium, cadere Iure ſuo, ſi Dominus voluerit. An ipſo Iure cadat, an verò per ſententiam. Hanc quæſtionē tractat Specul. in tit. de Emphy. q. 41. & concludit non ipſo Iure priuari, ſed per ſententiam Iudicis.

Sequuntur eandem ſententiam Paul. Caſtr. in conſi. 68. lib. 2. Lud. Rom. in conſi. 212. & alij quos refert Tiraq. in rep. l. Si vnquam. C. de Reuo. don. in verbo reuertatur, nu. 187.

Argumenta verò ſunt hæc, vbicunque lex vtitur verbis futuri temporis, nō autem præteriti vel præſentis, priuatio non inducitur ipſo Iure, ſed per ſententiam, vt docet Glo. in l. Iubemus. §. ſanè. C. de Sacroſanct. Eccl. in verſ. priuetur, & in l. in criminal. in verſ. habeatur. C. de Iuriſd. om. Iud. ſed lex vtitur verbis futuri tēporis, dicit enim in §. Si verò quis aut locator, in Authen. de alien. & Emphy. Emphyteuta qui nō ſoluit canonē *extraneus fiet à Iure ſuo*. & l. 2. C. de Iure Emphy. vtitur verbo illo, *Cadat Iure ſuo*, quod videtur tempus futurum deſignare.

Secundò probatur ex d. l. 2. eod. tit. dicitur enim Emphyteutam cadere iure ſuo, ſi Dominus voluerit. neceſſaria ergo eſt Domini petitio, & conſequenter ſententia Iudicis.

Tertiò facit argumentū à ſimili. Nam vaſallus feudo priuatur, ſi id irrequiſito Domino alienauerit, vel alias ob cauſas à lege definitas, & tamē ipſo Iure non cadit: ſed per ſentētiā, vt in c. 1. de feudo ſine culpa nō amitten. c. 1. §. Sancimus, quo tempore miles inueſtitu. petere poſſit.

Quartò, quia etiā lex dicit cōpenſationē ipſo Iure fieri l. vlt. C. de compenſa. & tamen ſententia Iudicis requiritur. l. Quod in diem. §. 1. ff. de compenſa. l. Si autem. § vlt. ff. de nego. geſt. Ergo idem dicendum in Emphyteuta.

Poſtremò facit tex. in l. Lex vectigali. ff. de pignorib. vbi præſupponitur à Iudice pronūciari, ſuper huiuſmodi priuatione Iuris, cùm aliquis conduxit fundū vectigalē, & debitū vectigal non ſoluit. ibi: *Si cum in exolutione vectigalis, tam debitor, quam creditor ceſſaſſent, & propterea pronūciatum eſſet, fundū ſecundùm legem, Domini eſſe, &c.*

Contrariam ſententiam habuerunt alij, quos refert & ſequitur Iaſ. in d. l. 2. C. de Iure Emphy. num. 14. Alex. in cōſ. 6. lib. 3. Deci. 146. & alij multi quos refert & ſequitur Aurelius Corbulus de Iure Emphy. cap. 15. Ampl 45.

Argumēta huius cōtrariæ ſententiæ hæc ſunt. Primò, quia l. 2. C. de Iure Emphyt. dicit Domino licere Emphyteutam expellere, qui per triennium ceſſauit in ſolutione. Si enim licet Domino eum repellere, ſequitur ſententiam Iudicis non eſſe neceſſariam.

Secundò, quia eadem l. 2. vtitur verbis illis, *Cadat omnino*, & eodem modo loquitur tex. in §. ſcire. in Auth. de nō alienan. reb. Eccl. Verbum autem illud eſt præciſum, & ſignificat ipſo iure, vt tradit Ludo. Roman. in ſing. ſuo omnium primo, ex Glo. in l. 1. §. ſi pecuniā, in verbo omni. ff. depo. Idem docet Matteſil. ſing 10.

Tertiò, quia tex. in l. Lex vectigali. ff. de pignor. dum loquitur de ſententia Iudicis ſuper eiuſmodi priuatione, dicit pronunciationem fieri declaratoriam priuationis. & propterea (inquit textus) *pronunciatum eſſet, fundum ſecundùm legem, Domini eſſe, &c.* Quod ſi non induceretur priuatio ipſo Iure, tunc per ſententiam eſſet inducenda, & ita concipienda foret, ac ſi Iudex priuaret Emphyteutā, & doctrina Bald. in c. 1. §. 1. quib. mod feud. amittatur.

Hanc poſteriorem ſentētiam ego ſequor, verioremq; de iure puto. quia d. l. 2. C. de Iure Emphy. dicit, Emphyteutam cadere Iure ſuo, ſi Dominus voluerit, quòd autē ſententia Iudicis requiratur, nullum verbum in textu, vt parum ſit credibile, id Iuſtinianum omiſſurum fuiſſe, ſi neceſſarium eſſet. Illud tamen moneo, hanc ſententiam intelligendam eſſe, quādo certum eſt & in confeſſo, Emphyteutam in ſolutione ceſſate. Quod ſi dubium eſſet, tunc ad hoc vt conſtaret, Iudicis pronunciatione, ac ſententia opus eſſet, ex notatis per Iaſonem in l. Si quis maior. nu. 25. C. de Tranſaction. & fuſiùs per Menochium conſ. 99. nu. 169. lib. 1.

Non obſtant argumenta in contrarium, quia quod attinet ad primum, de verbis futuri temporis, verum eſſe fateor, illud quod dicitur, verba futuri temporis, legis deſignare priuationem, non ipſo Iure, ſed per ſententiam. Sed non procedit, quando talia verba ſunt coniuncta, cum verbis deſignantibus ipſo Iure induci priuationem, vt eſt dictio, *mox, ſtatim, omnino*, & ſimilia. Bartol. in d. l. Iubemus. §. ſanè. C. de ſacroſanct. Eccl. & in l. Imperatores. ff. de Iure fiſci. Sic autem eſt in quæſtione noſtra. vt dictum eſt ſuprà.

Ad id autem quod ſecundo loco dicebatur, Emphyteutam non priuari iure ſuo, niſi dominus voluerit, conſequenter neceſſariam eſſe petitionem eius, ac ſubinde Iudicis ſententiam. Reſpondeo, negando conſequentiam. Neceſſaria quidem eſt domini petitio & declaratio, ſed quid prohibet, quo minus domino voluntatem ſuam declarante, priuatus Emphyteuta dicatur abſque, alia Iudicis ſententia?

Ad tex. d. l. Lex vectigal. reſpondeo, ibi quidem iudicialis pronunciationis fieri mentionem: ſed nullum verbum quòd talis pronunciatio ſit neceſſaria. Et nos quoque fatemur euenire poſſe, vt Iudicis pronūciatio in hac re ſequatur, negante, exempli gratia, Emphyteuta, ſe in ſolutione canonis ceſſaſſe, & domino eum non ſoluiſſe dicente, tunc & Iudex adeundus eſt, & ſententia expectanda, quæ diſputationem dirimat, licet ante eius prolationem Emphyteuta intelligatur priuatus, ſi nō ſoluerit.

Quod autem adducebatur de Vaſallo, non adeò exploratum eſt, ſiquidem Iaſone teſte in l. 2. C de Iure Emphyt. numero 16. multi contrarium docent, ipſo Iure, ſcilicet, vaſallum feudo priuari. Et licet ſententiæ Iudicis fiat mentio in legibus in contrarium allegatis, illud eſt propter controuerſiam inter dominum, & vaſallum, quæ vbi exiſtit, neceſſe eſt, vt competentis Iudicis ſententia definiatur.

Eadem reſponſione tollitur vltimum argumentum de compenſatione. Nam compenſatio ipſo Iure inducitur, ſed in legibus allegatis, iudicialis ſententiæ facta mentio eſt. propter controuerſiam inter partes, vtrum locus eſſet compenſationi, exiſtentem.

CAPVT XCIV.

Emphyteuta cessante in solutione, & domino declarationem suæ voluntatis differente, fructus interim percepti ad quem pertineant; An ad dominum, an verò ad Emphyteutam?



QVid si Emphyteuta cessauerit in solutione canonis, & antequam dñs declarauerit, se velle eũ Iure suo cecidisse, fructus perceperit, an teneatur ad restitutionem eorum? Videbatur mihi prima facie respõdendũ, teneri. Primò, quia posteaquã cecidit, dicitur esse malæ fidei possessor. Possessor autẽ malæ fidei fructus non facit suos, sed restituere tenetur. l. Si fundũ. C. de rei vendicat.

Secundò ex eo, quod in vsufructuario cõstitutum est, is enim ad restitutionem fructuum tenetur, quos finito vsufructu percepit. l. Si Pater. C. de Vsufruct.

Tertiò ex eo, quod dicitur de Vasallo. Nã si committat crimen feudi priuatione dignum, restituere tenetur fructus, quos percepit, antequã lata sit in eum sententia priuationis, l. 1. vbi Castren. notat. C. de his quib. vt indig.

Quartò, Nam Emphyteuta priuatur iure suo si dominus voluerit: hæc autem verba, *si dominus voluerit*, conditionem important: sed hæc est natura conditionis, vt retrotrahatur. l. Si filiusfa. ff. de verb. obli. domino ergo declarante se velle, idem est, ac si statim cùm cessauit, priuatus fuisset; quo casu fructus, haud dubiè, ad dominum pertinuissent.

Quintò, Nam & filio legitimæ supplementum debetur cum fructibus. §. prohibemus. in Authen. de Triente & Semisse. l. Scimus. C. de inoff. testam. si voluerit. vt declarat ibi Glo. in verbo, ipso Iure. Et tamen cùm declarat se velle fructus consequi, debet à die mortis Patris, non à die declarationis, vt tradunt Bald. in l. Papinianus, §. Vnde si quis. ff. de inoff. testam. & Cornel. in consi. 165. circa finem, lib. 3.

Sextò, Rei legatæ dominium in legatarium transit, si velit, hoc est, si acceptauerit legatum, & tamen si acceptauerit, ex die aditæ hæreditatis, res eius esse intelligitur, non autem ex die acceptationis. l. Si tibi homo. §. Cum seruus. ff. de leg. 1. Sic ergo & in quæstione nostra, res emphyteutica ad dominum pertinet ex die, quo emphyteuta in solutione cessauit, non autem ex die, quo dominus voluntatem suam declarauit.

Septimò, mouebat me Iuris regula, quòd principalis causa inspicienda sit, & ab ea dispositio regulam sumere debeat. l. Si hæres testamẽto. ff. de act. empt. l. Vxorem. §. Agri plagam. ff. de leg. 3. Causa autem principalis, ob quã priuatur Emphyteuta, est, quia non soluit canonem, vnde illa videbatur inspicienda, & ex ea iudicandum, priuationem inductam esse, consequenter ex eo die fructus ad dominum pertinere, ad quem res pertinuit, non autẽ ad Emphyteutam iam exclusum, & priuatum iure suo.

Octauò, vbi lex imponit pœnam ipso iure, propter aliquod factum, illa non habet locum, nisi sequatur Iudicis declaratio, per quam constet de tali facto, vt tradit Ias. in l. Si quis maior. nu. 25. C. de Transact. & alijs. & tamen etiam ante declarationem pęna effectum habet. l. vlt. C. ad leg. Iul. Maiest. Deci. in cõs. 235. Sic igitur in quæstione nostra etiam ante declarationem domini, videbatur locus esse pœnæ, & priuationi Iuris emphyteutici.

Postremò, nõ parũ mouebãt Authoritates eorũ, qui in terminis quæstionis nostræ id affirmarunt Iuris esse, ita enim rñderunt Ang. in §. si verò in perpetuũ. in Auth. de non alien. reb. Eccl. Spec. tit. de emphyt. q. 10. Bald. in l. Si pater in 3. notabili. C. de Vsufr. Soc. sen. in cõs. 176. nu. 10. lib. 2. Ias. in l. 2. C. de Iure emph. nu. 17. Fel. ĩ c. de quarta. nu. 33. de Præscrip. Cępolla in cõs. ciuili 25. nu. 7. Ripa in l. 1. §. si hæres. nu. 26. ff. ad Treb. & alij, vt p Tiraq. in rep. l. Si vnquã. in verbo reuertatur. nu. 271. C. de Reu. dona.

A Verùm re maturiùs considerata & discussa, contrariã sententiam veriorem esse iudico, secundùm quam iudicauit Rota Bononiensis, vt per Petr. Beninten. decis. 37. Sequitur Aurelius Corbulus in tract. de Iure emphyt. cap. 15. Ampl. 38. licet distinguere videatur inter dominum scientem & ignorantem.

Sed mihi videtur indistinctè in proposita quæstione fructus ad Emphyteutã spectare, non aũt ad dominum.

Moueor hac ratione, quia fructus ad eum spectant, qui rei est dominus. l. ex diuerso. §. 1. ff. de rei vend. Sed antequam dominus declaret se velle, Emphyteuta non est priuatus Iure suo, sed dominium rei retinet. Ergo fructus ad eum spectant.

Minor probatur ex l. 2. C. de Iure emphyt. vbi dicitur Emphyteutam cadere Iure suo ob canonem non solutũ, *si Dominus velit*. Ergo antequam dominus velit, non dicitur cadere, illa enim verba *si dominus velit*, important cõditionem, antequam aũt conditio eueniat, actus sub con B ditione factus, non habet effectum. l. Cedere diem. ff. de verb. sig. l. Legata sub cõditione. ff. de cond. & demonstr.

Non obstant argumenta in contrarium. Quod enim attinet ad primum, nego Emphyteutam esse malæ fidei possessorem, ex eo tẽpore, quo cessauit in solutione, quia non dicitur priuatus iure suo, nisi dominus velit. Ergo ante domini declarationem, non est priuatus, & sic est bonæ fidei; potestque probabiliter credere dominum velle ei pœnam remittere.

Non obstat secundum, quia fateor finito vsufructu ad dominum fructus pertinere, nõ autem ad vsufructuariũ. Sed nego in quæstione nostra finitum esse, & extinctũ ius Emphyteuticum ex sola cessatione in solutione.

Ad Castr. in l. 1. C. de his quib. vt indig. respondeo, dato quod verum dicat, non enim disputo, doctrina eius nititur eius legis decisione. Ideo autem in casu dictæ legis fructus interim percepti ad fiscum pertinent, quia statim hæres priuatus fuit, nec expectanda fuit conditio à lege C expressa, vt in quæstione nostra. Cõditio scilicet, si fuerit.

Ad quartum argumentum de conditione, quòd retro trahatur, respondeo duobus modis. Primò, id non habere locum in quæstione nostra, quia illud procedit ex fictione legis, & vbi agitur de pœna, cessat fictio legis, l. Sciendum, cum l. sequ. ff. ex quib. cau. maio.

Secundò respondeo, id quod dicitur, conditionem retrotrahi, locum habere, quando à casu pendet, secus cum à potestate contrahentiũ. l. Potior. & ibi. Bart. ff. qui pot. in pign. habeantur. Sed cõditio illa, si dominus voluerit, pendet à voluntate domini, potest enim velle & nolle. Ergo non trahitur retrò. Item in præiudicium tertij, conditio non trahitur retrò, vt probat tex. & ibi Bald. in vlt. col. in l. 1. C. an seruus ex suo facto. Alex. in consilio 228. numero 3. libro 6. Tiraq. tract. de Iure constit. 2. parte. ampl. 21. nu. 6.

Ad quintum & sextum argumẽtum Concedo supplementum legitimæ ex die mortis Patris filio deberi, nec- D non legatæ rei dominium ex die aditæ hæreditatis legatario acquiri. Sed ex his nego ad quæstionem nostram rectè inferri. Est enim differentia inter conditionem à lege expressam, & eam, quæ tacitè subintelligitur. Conditio expressa suspẽdit dispositionis effectũ, ita vt locũ habere non possit, antequã illa purificetur, sed conditio tacitè subintellecta, dispositionem non suspendit. Vtrumque docet tex. in l. Si ita legatum. § Ille si volet. ff. de leg. 1.

Quòd attinet ad legitimam & eius supplementum, itemque ad rem in testamento legatam, verum est hæc non acquiri, nisi filius & legatarius velint, posset enim filius, si vellet, repudiare legitimam. Sed hæc conditio tacita, & à lege subintellecta, meritò non suspendit acquisitionẽ legitimæ & legati, sed ex die mortis legitima deberi dicitur, & legatum ex die aditæ hæreditatis acquiri.

Secus est in conditione expressa à lege, qualis est in quæstione nostra, dicit enim lex, Emphyteutam cadere Iure suo, si dominus voluerit. Hæc cõditio à lege exprimitur,

mitur, vnde dispositionem & actum, id est, priuationem Emphyteutæ suspendit, donec impleatur, meritò ex die quo purificata est huiusmodi conditio, & sic ex die, quo dominus, se velle, dixerit, priuatio effectum habet.

Ad septimum, quod causa principalis sit attendenda, concedo, si talis sit causa, quæ possit effectum producere, sed causa illa, nempe negligentia soluendi canonem, sola non potest effectum producere, nisi concurrat domini voluntas, meritò ante voluntatem domini Emphyteuta cadere non dicitur iure suo, consequenter fructus lucratur interim perceptos.

Ad octauum de pœna ipso Iure imposita, concedo etiã ante declarationem Iudicis pœnam effectum habere, ratio est, quia declaratio Iudicis non requiritur ad essentiã rei, id est, ad hoc, vt pœna lege imposita locum habeat, quasi pœnæ locus non sit, si declaratio Iudicis sequatur, imò verò locus est pœnæ ipso Iure ante Iudicis declarationem, quia declaratio requiritur, non vt pœna imponatur, quæ iam imposita est, sed vt constet de facto, propter quod pœna irrogatur. Sed in quæstione nostra, declaratio & voluntas domini, est de essentia priuationis Emphyteutæ, vnde ante declarationem non est locus.

Ad postremum argumentũ ex authoritate sumptum, respondeo, argumentum ab authoritate Doctorum, probabile esse, non autem necessarium, rationique & legi cedere, vt latè docent Doct. in l. 1. ff. Si cert. pet. Euerard. in locis legalibus loco ab Authoritate.

CAPVT XCV.

Vtrum dominus authoritate propria expellere possit Emphyteutam, propter Canonem non solutum per triennium.



ARdua est quæstio propter multiplices Doctorum sententias. Aliqui enim dicunt, nõ posse dominum anthoritate propria eum expellere, quia nemo potest sibi ius dicere, vt in tit. C. Ne quis in sua causa iudicet, & ius sibi dicat. & l. Non est singulis. ff. de reg. Iur.

Alij verò affirmãt dñm id facere posse, argumẽto l. 2. C. de Iure Emphyt. in qua dr̃, domino licere Emphyteutam expellere. Item, quia idem in locatore cõstitutum videtur, vt conductorẽ expellere possit ob pensionem non solutam. l. Æde. C. Locati. l. Quæro. § Inter locatorem. ff. eod. Et postremò ea ratione, quia dominus rem Emphyteuticam possidere dicitur ciuiliter, vt docet Glos. in l. 3. §. Ex cõtrario. ff. De acquir. poss. is autem, qui ciuilem habet possessionem, authoritate propria ingredi potest naturalem ab alio occupatã. l. Clam possidere. § Qui ad nundinas. ff. eod. & hæc videtur magis communis sententia. Vide Iasonem in l. 2. C. de Iure Emphyt. nu. 105. Decium in cons. 146. nu. 7. Alex. cons. 105. nu. 18. lib. 3. 113. nu. 11. libro 1. Clar. libro 4. sentent. §. Emphyteusi, quæst. 44. & quæst. 11. Corbulum de Iure Emphyt. cap. 15 quæst. 12.

Alij dicunt domino licere Emphyteutam in possessione turbare, sed non expellere. Ita Bart. in l. 2. C. de Iure Emphyt. nu. 3.

Alij distinguunt hoc modo. Aut certum est Emphyteutam non soluisse Canonem, vt quia id fatetur, Aut dubium est, quia fortè ipse negat. Primo casu, licet domino propria authoritate eum expellere, secundo autem casu non licet. Specul. tit. de Emphyt. q. 48. Alij aliter dicunt, & distinguunt.

Mihi verior videtur eorum sententia, qui negant domino licere propria authoritate Emphyteutam expellere. Imprimis, quia nemo potest sibi ius propria authoritate dicere, vt dictum est.

Secũdò ex l. Creditores. C. de pig. vbi Imp. ita dicit: *Creditores, qui non reddita sibi pecunia, conuentionis legem ingressi, possessionem exercent, vim quidem facere non videntur. Attamen authoritate Præsidis possessionẽ adipisci debẽt.*

A Si creditor non potest absque Iudicis authoritate possessionem ingredi, licet ex lege conuentionis potestas ei facta sit, ergo nec dominus potest authoritate propria expellere Emphyteutam, etiamsi maximè potestatem habeat eum expellendi, ex lege contractus.

Tertiò ex eo, qd constitutũ est in dote, soluto. n. matrimonio dos ad mulierem reuertitur, & potest mulier eã vendicare. l. in reb. C. de Iure do. & tamẽ propria authoritate id facere non potest. l. Dotis. C. soln. matr.

Quartò & vltimò, quia possent ex eiusmodi expulsione, authoritate propria facta, oriri scandala, rixę & delicta, quæ omnia leges euitare student, vt in l. Æquissimum. ff. de vsufr. inde enim iniurias nasci non oportet, vnde iura oriuntur. l. In fundo. ff. de rei vend.

Ad argumenta in contrariũ, facilè rñderi potest. Nã quod attinet ad primum & scdm, concedo esse domino permissum, vt si velit, Emphyteutam expellat, sicut & conductorẽ locatori expellere licet, sed nego id propria B authoritate fieri posse, nec id allegatæ leges dicunt.

Quod verò dr̃, ei, qui ciuilem habet possessionem, licet authoritate propria ingredi naturalem ab alio occupatam. Ergo dño licebit Emphyteutam expellere. hoc argumentum, quod vrget omnium maximè pro hac sententia. Ias. in l. 2. C. de Iure Emphyt. num. 105. tollitur ex notatis per eundem Iasonem in d. l. Clam possidere. §. Qui ad nundinas, nu. 24. ff. de acq. poss. vbi dicit, domino non licere Emphyteutam expellere authoritate propria, quia Emphyteuta naturaliter possidens, initium habet iustum suæ possessionis, & is expelli potest, qui possessionem naturalem iniustè occupauit, sicut loquitur ille tex. in d. §. Qui ad nundinas, & aliæ leges concordantes à Iasone ibi allegatæ.

CAPVT XCVI.

C *Vtrum Emphyteuta, qui per triennium Canonem totum non persoluit, sit priuandus Iure suo.*



EMphyteutam, qui totum Canonem nõ soluit per triennium, Iure suo emphyteutico priuandum esse docuerunt Specul. in tit. de Emphyteut. q. 29. Paulus Castr. ad l. In executione. § Item si ita. ff. de verb oblig. Ias. in l. 2. nu. 54. 55. C. de Iure emphyt. Decius in Authen. qui rem. C. de Sacros. Eccles. & alij, quos refert & sequit᷑ Aurelius Corbulus de iure Emphyt. c. 15. Ampliatione 5.

Argumenta verò sunt ista. Is, qui tenetur aliquid præstare sub pœna, in pœnam incidit, nisi totum præstet. d. l. In executione. §. Item si ita. ff. de verb. oblig. ibi: *Nisi totus detur, pœna committitur centum.* Sed Emphyteuta tenetur Canonem præstare domino sub pęna priuationis iuris sui, ergo nisi totum præstet, in pœnam incidit.

Secundò, quęlibet conditio indiuidua est, nec pro parte impleri potest. l. Cui fundus. ff. de cond. & demonstr. D Sed Emphyteuta ius suum sub illa conditione habet, vt Canonem domino pendat, ergo nisi totum pendat, cadit omni suo iure.

Tertiò facit regula vulgaris. Nihil actũ vr̃, vbi superest aliquid agendum, l. pen. C. de his quib. vt indig. Vnde etiã dicimus; Non defendere eum, qui in totum nõ defendit. l. Defensor. ff. de interrog. act. Et is edere non dicitur, qui in totum nõ edit, l. Argentarius. §. 1. ff. de eden.

Quartò facit, quod habet᷑ in l. Fistulas. § Qui fundum. ff. de cõtrah. empt. ibi: *Nec si partem soluat, ex empto cum venditore aget, quoniam contractum as alienum diuidi non potest.*

Quintò, textus in l. Quamdiu. C. de distract. pignor. ibi: *Quamdiu non est creditori integra pecunia numerata, etiamsi pro parte maiore eam cõsecutus sit, distrahendi rem obligatam non amittit facultatem.*

Sextò, Is, qui totum Canonem non soluit, non adimplet pro sua parte contractũ, frustrà ergo petit sibi à domino

mino adimpleri, l. Quæro. §. Inter locatorem. ff. Locati.

Septimò, Emphyteuta, qui totum Canonem non soluit, impunè euadere non potest. Itaque vel totum ius suũ amittere debet, vel partem. Sed partem non debet amittere, quia dominus inuitus cogeretur cum eo habere rẽ communem contrà l. Si non sortem. §. Si centum. ff. de condict. indeb. Ergo totum debet amittere.

Octauò, pœna ista priuationis imposita est Emphyteutæ, quia cùm Canonem non soluit, dominum contẽnere videtur. Sed si non soluat totum, videtur dominum contemnere; Igitur in pœnam incidit.

Nonò facit, qđ docet Glos. in l. Res bona fide. ff. de cõtrah. empt. vbi docet. Pactum legis cõmissoriæ, quo cauetur, vt si emptor intra certum tp̄s venditori precium nõ soluat, res sit inempta, locum habere etiam vbi totum nõ soluit, licet deficiat, vt inquit illa Glos. *In vno nummo.*

Postremò facit, quod docet Bart. in l. Cùm si exhibuis sent. §. vlt. ff. de Public. & Bald. in l. Minorib. C. de his quib. vt indig. vbi docent, Eum, qui offm̄ habet denunciandi maleficia, puniendum esse, licet vnum tantũ maleficium denũciare neglexerit. Item id quod docet Bald. in l. Etiam, nu. 8. C. ad leg. Falcid. Eum, qui fidem accommodat defuncto testatori de restituendo aliquid incapaci, tota nihilominus hæreditate indignum reputari, ac proinde eam fisco applicandam.

Cõtrariam sententiam habuerunt Ias. sibi contrarius in d. l. In executione. §. Item si ita. ff. de verb. oblig. Guido Papæ decis. 174. Petrus Benintendus decis. 6. Paulus Picus in Auth. Præterea, nu. 12. C. Vnde vir & vxor.

Primum argumẽtũ est ex l. Si seruus §. Si plurium. ff. Si qs caution. ibi: *Pœnam quidem integram committi, licet vnus statui non sit, Labeo ait: quia verum sit, omnes statos non esse. Verum, si pro rata vnius offeratur pœna, exceptione doli vsurum eum, qui ex hac stipulatione conuenitur.*

Scdm̄ est ex c. Suam, de Pœnis, vbi obligatus ad certã quantitatem certa die sub pęna soluendam, si partem intrà terminum soluit, ad pœnam integram non tenetur.

Tertium, ex l. Commissoriæ, C. de Pactis inter empt. & vend. qui textus iudicio meo nihil ad rem facit.

Quartum, quia pœna non debet esse maior delicto. l. Sancimus. C. de Pœnis, & pœnæ sunt interpretatione potiùs molliendæ, quàm exasperandę. l. Interpretatione. ff. eod. tit.

Ego verò tres casus distinguendos puto. Primus est, qñ Emphyteuta non soluit quidem per triennium totũ Canonem, sed tñ tãtùm soluit, singulo anno, quod si coaceruetur, vnius anni æquat Canonis debitam quantitatem, hoc in casu existimarem, eum non esse priuandum iure suo, duabus rationibus. Priore quidem, quia solutio à debitore facta cedere debet in duriorem & grauiorem causam. l. 1. & 3. l. Si ex pluribus. ff. de Solutio. l. 1. C. eod. tit. Ergo in proposito cedere debet in causam debiti Canonis vnius anni, vt sic pœna euitetur, quæ vt incurratur, triennium requiritur. Altera est ratio, quia si exempli causa Emphyteuta sit obligatus ad soluendum annua decem, & singulo anno quinque soluerit, procul dubio soluisse dicitur plus, quàm vno anno teneretur soluere. Qualis ergo esset rigor priuare istum iure suo, qui aliqd supra vnius anni integram pensionem soluit? qui si solã vnius duntaxat anni pensionem solueret, non priuaretur. Respondet, sed frustrà, Corbulus loco superiùs annot. & Ias. in d. l. 2. num. 57. C. de Iure emphyt.

Secundus casus est, quando id, quod soluit Emphyt. nequaquam sufficit ad vnius anni integram pensionem debitam, sed tamen aliquid minimum deficit. Et hoc in casu idem statuendum puto, argumento tex. in c. Suam, de pœnis. Et quia, vt solet dici, de minimis non curat Prætor. l. Scio. ff. de in integr. rest.

Tertius est casus, quando id, quod soluit Emphyt. singulis annis, non æquat debitam vnius anni portionem, & modicum non est, sed verbi gratia, deest tertia pars vel dimidia. Hoc in casu communiorem amplector sen-

A tentiam, quæ docet Emphyteutam esse priuandum iure suo, Moueor ijs argumẽtis, quæ superiùs allata fuere pro eiusdem sententiæ confirmatione.

Ad argumenta in contrarium ita respondeo. Ad primum, maior propositio est vera, minor autem falsa, quia Emphyteuta non tenetur Canonem soluere sub pœna priuationis, sed priuationis pœna est imposita in solutione cessanti per triennium. Non videtur autem cessare per triennium, cùm id, quod soluit annuatim, ad vnius anni pensionem integram extenditur.

Ad secundum concedo totum argumentũ, & sic Emphyteutam obligatum esse ad soluendum totum Canonem, sed dum infertur, Ergo nisi totum soluat, absolutè priuatur iure suo, nego consequentiam.

Ad tertium, fateor, si totum Canonem non soluat, nõ videri Canonem soluisse, sed non sequitur, ergo indistinctè priuandus est iure Emphyteutico.

Ad Quartũ, cõcedo ei, qui contractũ nõ adimplet in
B totum, actionem nõ competere: vt in d. §. Qui fundum, sed non sequitur eum iure suo priuandum, quia sic priuandus esset, licet vno duntaxat anno cessaret in solutione, quod tamen est falsum, quia requiritur triennium.

Ad quintum respondeo, creditori ius esse pignora vendendi, licet debiti pars soluta sit, quia nisi totũ soluatur, ius illi remanet pignoris pro residuo, ideo rem obligatã rectè distrahit, quæ res ab hac nostra longè diuersa est.

Ad sextum patet solutio. Neq; enim bona est consequentia; Emphyteuta pro parte sua fidem non seruauit, ergo cadit iure suo, quia si id sequeretur, vnius anni negligentia in soluendo sufficeret ad incurrendam pęnam. Illud sequitur, actionem denegari Emphyteutæ non seruanti fidem, argumento d. §. Inter locatorem.

Ad septimum dico, Emphyteutam nec toto iure suo priuandum esse, nec parte, quia non est absolutè verũ, eum in solutione cessasse per triennium, vti lex requirit. Non cessauit, inquam, vbi Canonis pars soluta singulo
C anno, ad vnius anni pensionem integram extendatur.

Ad octauũ nego, ita dñm contemni ab Emphyteuta totum Canonem non soluente, vt proinde iure Emphyteutico sit priuandus, neq; enim omnis ad hunc effectũ sufficit contemptus, sed requiritur cessatio triennalis.

Ad nonum rideo, nõ ita constitutum esse, in Emphyteuta, vt nisi Canonem persoluat anno quolibet, iure suo priuetur, sicut in pacto legis commissorię constitutũ est, vt nisi totum precium soluatur, res sit inempta: Dicimus enim Emphyteutam cadere iure suo, si per triennium in solutione cessauerit. Eundem verò nõ cessasse per triennium, si tantum soluit annis singulis, quod simul cumulatum, vnius anni pensionem adæquet.

Ad postremum respondeo, Constitutus officialis ad maleficia denuncianda meritò punitur, si vnum maleficium denunciare negligat. Peccat enim in officio. Sic & ille, qui fidem suam accommodauit de restituendo aliquid incapaci. Non idem iuris in Emphyteuta, quia pro
D omni culpa & negligentia nõ punitur, sed propter triennalem cessationem, vt dictum est, duntaxat.

CAPVT XCVII.

Vtrum, si Emphyteuta decedat pluribus hæredibus relictis, quorum vnus suam Canonis portionem soluat, alter verò non, tota res emphyteutica reuertatur ad dominum, an verò pars tantum.

QVatuor sunt opiniones Doctorum. Prima, totam rẽ ad dñm reuerti. Authores sunt Spec. tit. de locato, q. 71. Ias. ad l. 2. num. 57. 58. C. de iure Emphyt. Clarus §. Emphyteusis, quęst. 9. Quæro quid si Emphyteuta, & alij à Corbulo relati de iure Emphyteutico, cap. 15. Ampliatione 8.

Fundamentum est, quia si defunctus obligatus sit ad pecuniam soluendam sub aliqua pœna, altero ex hæ-

redibus

redibus suâ partem non soluente, pęna committitur contra omnes, & qui suam partem soluit, familiæ herciscundæ iudicio id, quod sua interest à cohærede, qui non soluit, consequitur, l. Hæredes, §. In illa, ff. Fam. hercisc. tex. in l. Stipulationum, 2. § Item si in facto, & in l. Stipulationum, 5. §. Si sortem, ff. de verb. oblig. *Si sortem*, ait textus, *promiseris, & si ea soluta non esset, pœnam, etiamsi vnus ex hæredibus tuis portionem suam ex sorte soluerit, nihilominus pœna committetur, donec portio cohæredis soluatur.*

Secunda est opinio quorũdam antiquorum, quos Io. Andr. refert in additione ad Specul. loco annotato i rem emphyteuticam ad dominum reuerti pro parte non soluentis tantum.

Fundamentũ est in l. Fraudati, §. Sed si vnus, ff. de Publicanis, vbi: *Si vnus ex pluribus hæredib. rem communem causa vectigalis surripiat, portiones cæteris non auferuntur*, hoc est, si vnus ex pluribus hæredibus rei cõis vectigal non soluerit, tota res non incidit in commissum, sed portio tantum non soluentis, vt ibi declarat Paulus Castrẽ.

Tertia est opinio Bart. in Commentarijs d. l. Fraudati, vt si vnus hæredum singulis annis tantum soluerit, ꝙ spacio annorum trium ad vnius anni pensionem integrã sufficiat, tunc nullo modo res ad dominum reuertatur, quia solutio ab vno facta, cedere debet in cãm vtiliorem ad euitandam pęnam l. 1. & seq. ff. de solutio. Si verò non tantum soluerit, tota res emphyteutica ad dominum reuertatur, & sic pœna committatur contra omnes.

Quarta est snia Imolensis in c. Potuit, nu. 47. de locato: Iure ciuili inspecto, totam rem ad dominum reuerti, secus autem inspecto iure Canonico, quo iure tantus rigor non seruatur, argumento, c. Suam, de Pœnis.

Ex his quatuor sententijs eligendam arbitror secundam, quæ docet non totam rem emphyteuticam ad dominum reuerti, sed portionem non soluentis tantum. Moueor ex d. l. Fraudati, §. sed si vnius, ff. de Publicanis, cui nemo respondet.

Moueor secundò, quoniam vbi emphyteuta moritur relictis pluribus hæredibus, tot videotur esse emphyteutæ, quot hæredes existunt; Vno ergo non soluente, alter prægrauari non debet, sed qui non soluit, suam iuris emphyteutici partem amittit.

Ad argumentũ in contrarium sic respondeo: hæredes defuncti emphyt. non esse obligatos ad pensionem soluendam, tanquam hæredes, ex persona s. defuncti, sed tanquam nouos emphyteutas, ex persona propria. Videtur enim is, qui rem concessit alicui in emphyteusin, pro se, & suis hæredibus, vel filijs, ipsis hæredibus & filijs emphyteusin dare. Quare sicut, si pluribus res in emphyteusin detur, dicuntur esse plures emphyteutæ, nec alterius negligentia in soluendo alteri nocet, ita & in pręsenti specie respondendum est. Alia ratio in eo est, qui sub pœna aliquid promittit. Nam ex persona hæredum, conditio obligationis non mutatur, l. Stipulationum, 2. §. Ex his, ff. de verb. oblig. Conditio autem obligationis est, vt pęna committatur, nisi tota res promissa, præstetur, l. In executione, §. Item si ita, ff. de verbor. oblig.

CAPVT XCVIII.

Utrum Emphyteuta priuati moram incontinenti post elapsum tempus ad euitandam pœnam purgare possit.

St in emphyteuta Ecclesiæ definitum, celeri satisfactione eum moram purgare posse, c. Potuit, de locato. Sed in emphyteuta priuati controuersum. Namque moram eum purgare non posse censuerunt multi, quos commemorat Iason in l. 2. nu. 73. C. de iure emphyt. Couuar. lib. 3. variar. resol. c. 17. nu. 4.

Alij posse affirmarunt, Angelus in l. Et si post tres, ff. Si quis caution. Bald. in l. Si pacto quo pęnam, C. de pactis, Franciscus Sarmientus, lib. 3. Selectarum interpretationum, cap. 5.

A Alij denique, vt refert Ias. loco annotato, emphyteutam purgare posse moram, docent, antequam dominus declaret priuationi locum esse; post declarationem verò, non posse.

Ipse opinor priorem sententiam esse probabiliorem, quam inprimis confirmabo, deinde argumentis in contrarium respondebo.

Probatur hæc sententia primum ex eo, quòd vbi dies, & pœna est obligationi adiecta, mora purgari nõ potest, l. Traiect. §. De illo, ff. de verb. oblig.

Secundò ex l. Celsus, ff. de Arbitr. vbi si arbiter intrà Kalendas Septembris dari iusserit, nec datum erit, licet postea offeratur, attamen *semel commissam pœnam compromissi non euanescere*, ait Iurisconsultus.

Nec valet Sarmienti responsio, excipientis casum, quo incontinenti moram debitor purgauerit, quia nullo iure probatur hæc interpretatio.

Tertiò probatur argumento l. 1. vers. Nisi fortè, ff. de
B pecunia legata, ibi: *Habebit igitur hæres obligationem, tamdiu, quamdiu cum eo lis de pecunia contestetur, nisi fortè aliud tempus testator, vel mente vel verbis præstituit.*

Quartò ex l. 2. C. de iure emphyt. vbi dicitur, emphyteutam, qui non soluit per triennium, omnimodò repelli posse, ibi: *Sed omnimodò eo si dominus voluerit, repellendo*, &c. Quæ verba arguunt, ita absolutè repelli posse, vt nec moram purgare possit.

Postremò, quia vbi pœna ipso iure imponitur, mora purgari non potest, l. Qui ob rem, ff. de cond. indeb. l. Si is cui, de leg. 2. Tiraquel. ad l. Si vnquam, in verbo, Reuertatur, nu. 3 to. C. de reuocan. donatio. Pœna verò de qua agitur ob Canonem non solutum, ipso iure est imposita, vt conclusum est suprà, c. 93.

Primum argumentum contrariæ opinionis. Vbi aliquid est decisum Iure Canonico, illud est seruandum & in foro Cęsareo, vt in Authent. Vt Clerici apud proprios Episcopos, &c. Sed Iure Canonico decisum est, moram
C purgari posse, vt in d. c. Potuit, de locato, igitur, &c.

Respondeo, in emphyteuta Ecclesiæ id esse decisum, non in emphyteuta priuati; Ratio differentię esse potest, quia emphyteuta Ecclesię iure suo cadit, si per biennium in solutione cesset, meritò purgare moram potest, sed emphyteuta priuati, triennale tempus habet, & sic longius tempus, & sic moram purgare non poterit.

Secundum argumentum est ex l. Si serui, §. sequitur, ff. de verb. oblig. vbi dicitur, ex ęquitate moram purgari posse, ęquitas verò rigori præfertur, l. Placuit, C. de iud.

Respondeo, illum textum non procedere, vbi dies & pęna est obligationi adiecta, sicuti docent leges superius allegatæ, tunc enim moræ purgationi locus non est.

Tertium argumentum est ex l. Si cum dies, §. vlt. ff. de arbit. Respondeo, loquitur quando certa dies obligationi non est adiecta.

Quartum est ex l. Etsi post tres, ff. si quis caution. Respondeo, id, ꝙ ibi dicitur, locum habet in obligationibus
D Prætorijs, & iudicialibus, in quibus tantus rigor nõ seruatur, quantus in contractibus, & conuentionibus.

Postremum est ex l. Si insulam, ff. de verb. oblig. ex l. Continuus, §. Item qui Insulam, & ex l. si ita quis, §. Seia cauit, ff. eod. tit. Respondeo, illas leges loqui, quando dies tantum obligationi est inserta, secus vbi dies est adiecta, & simul pęna à lege imposita, vt in specie nostra.

CAPVT XCIX.

Si dominus Canonem receperit ab emphyteuta, postquam iam erat priuandus iure suo, quia non soluerat, vtrum videatur pœnam ipsam priuationis seu caducitatis remittere.

Væstio hæc grauis est, difficilis, & controuersa, nec ab aliquo, quem viderim, interprete, clarè explicata. Ego sententijs omnium perpensis, eam distinctionem adhibendam puto, quæ sequentibus Conclusionibus continetur.

Prima conclusio. Si dominus sciat Emphyteutam suo iure cecidisse,& Canonem nihilominus recipiat temporis futuri, caducitatis pęnam remisisse videtur. Probatur hæc conclusio; quoniam iniuria dissimulatione aboletur, §.vlt. Instit. de iniur. Dicitur autem iniuria domino inferri ab ipso Emphyteuta, si Canonem ei non soluat, quia si non videatur illum agnoscere tanquam dominum, cũ non soluat, quod in dominij recognitionem debet, Ita docent Bart. in l.2.nu 8.C.de iure Emphyt. Ias. ibid.nu. 124. Ruin.in cons.110.lib.1. Clar.§. Emphyt.q.10.

Secunda conclusio. Si dominus ignoret Emphyteutã cecidisse iure suo, recipiendo Canonem, non videtur pęnam remittere caducitatis, quia nemo renunciare intelligitur iuri, quod sibi ignorat competere, l. Mater, ff. de inoffi.testam.l. Si quando,§.vlt.C.eod.tit.l. Legitima, ff.de petit. hæred. Ita Specul.tit.de Emphyteusi, q.24. Ias.in l. 2.C.de iure Emphyt.nu.130. Aurel. Corbul.de iure Emphyteutico,c.15.declar.21.nu.14.

Tertia conclusio. Si dominus declarauerit Emphyteutam iure suo cecidisse propter Canonem non solutum,& nihilominus temporis futuri Canonem receperit, nisi protestatus fuerit, saluum sibi esse ius caducitatis, videtur eam remittere, ita Bart. in l.2.n.8. C. de iure Emphyt. D. meus Cephal.in cons.221.lib.2.quia protestatio reseruat ius protestantis, l. Sid debitor, §.1. ff.quib. mod.pig.vel hypot.solu.& declarat eius animum, l. At si quis,§. Plerique, ff. de relig. & sumpt.funer.

Si dicatur talis protestatio est contraria facto, vnde nihil prodest, vt in hac specie dicebat Rimiual. in cõs.249. nu.49. Curt.sen.in cons.81.Ruin.in cons.110.lib.1. Respondet D. Cephal.argumentum procedere, quando dominus recepit Canonem ante caducitatis declarationẽ, secus si post, quia tunc est ius quæsitum, cui renunciare velle non præsumitur, argum. l. Cum de indebito, ff.de Probation.& eorum quæ tradit Alex.in l.Non solum,§. Morte,n.17. ff.de oper.noui nunc.& in cõs.26.col.1.lib.5

Sed contraria sententia verior & communior est, bona præceptoris mei pace; Nam protestationem hoc in casu non prodesse, docuerunt Iason in l.2.nu.124.C.de iure Emphyt.Ruin.in d.cons.110. lib.1.Clar.in §. Emphyteusis, quest.10.Aurel.Corbulus, loco parum ante citato, nu.2. Protestatio enim contraria facto, nihil releuat, l.1. § 1.ff. Si vsusfr.petat.l. Aemilius, ff.de Minorib. Iason in l. Si quis extraneus,nu.6.ff.de acq.hæred. Et vbi quis post ius quæsitum actum facit penitus contrarium,&, vt vocant, incompatibilem iuri quæsito, censetur illi renunciare, l. Post diem, ff. de lege Commissor.l.Commissoriæ,C. de pactis inter empt. & vend.l.2. C.de iure dom. impetr. l. vlt.ff.de inoff. testam. Est autem actus receptionis Canonis pro tempore futuro prorsus repugnans iuri quæsito: nam ius quæsitum præsupponit soluentem non esse amplius Emphyteutam, eò quòd iure suo ceciderit; Receptio verò Canonis, esse Emphyteutam, quia nemo soluit Canonem, nisi sit Emphyteuta.

Quod verò respondit Alexand. in cons. 26. & in d. §. Morte, ad rem non facit; quia loquitur in casu longè diuerso. Vendidit quis rem suam cum pacto redimendi, Instrumentum venditionis aliquot post menses celebrauit, nulla mentione facta pacti redimendi, respondit Alexander, non idcirco pacto redimendi renunciatum, Rectè, quia actus postea factus, videlicet, instrumentum venditionis, non repugnat pacto, licet enim pacti mentionem non contineat, non tamen aliquid contrarium continet.

Si tamen Emphyteuta soluens, tali protestationi consentiat, sibi præiudicabit, l.vlt.§. Itẽ si prædixerit, ff. Nautæ, caupones & stabular. Ita Ripa, in c.Cum M. nu.130. de Constit.Ruin.in cons.151.nu.12.lib.1. Iason in d.l.2. nu.127.C. de iure Emphyt. secus est, si taceat Emphyt. vt per Aretin.in cons.35.in fine, Alex.in cons.14. col.penult.lib.2.Ruin.in cons.110.nu.4.& 151.n.12.lib.1. Boer. quæst.309.Clarus,§. Emphyteusis,q.10. D.Menoch.lib. 3,de Præsumpt.cap.112.nu.22.

A Nec obstat argumentum Imolæ, in c. Potuit, de locato, ex l.vlt.§. Item si prædixerit, iuncta Glos. ff. Nautę, caupon.& stabul. quia ibi agitur de vectoribus, quibus facta est protestatio, vt suas res custodiant, & seruẽt, ea protestatio nocet ijs, quibus est facta, si non contradicant. Rectè; quia non est contraria facto, vt in præsenti specie.

Quarta conclusio. Si dominus recipiat Canonem tẽporis præteriti,& de Emphyteuta Ecclesiæ agatur, non censetur remissa caducitatis pœna, Auth. Qui rem, C.de sacrosanct. Eccl.§. Si verò aut locator. in Auth.de Alien. & Emphyt. Ita Iason in l.2. nu.127. C.de iure Emphyt.

Quinta conclusio. Si dominus receperit Canonem tẽporis præteriti,& agatur de Emphyt.priuati, distinguendum est. Aut dominus primò Emphyteutam expulit, deinde Canonem recepit, & tunc non videtur pęnam remittere, l.Colonus, ff.locat. Auth. Qui rem, C.de sacrosanct. Eccl. Aut prius Canonem accepit, deinde vult Emphyteutam expellere, & tunc non potest: nisi fuerit protestatus, se nihilominus eum velle expellere. Ita Bart. in l.2.nu.8.C.de iure Emphyt.

B Sed longè probabilior est eorum snia, qui docent pęnam caducitatis remissã intelligi absolutè hoc in casu, ita Specul.tit. de emphyt.q.23. Imola, in c. Potuit, nu.4.de locato. Franciscus Sarmientus select.interpret.lib.3.c.6.

Probatur argumento l.Rescriptum, §.si pacto, ff. de pactis, ibi. *Sabinus putat, quod est verius, vtraque via vti posse, prout elegerit, qui stipulatus est, si tamen ex causa pacti exceptione vtatur, æquum erit accepto eum stipulationẽ ferre.* Item probatur in l.3. §. Labeo ait, ff. de doli mali except.& in l.vlt. §.vlt.ff.de eo quod certo loco,& in l.2. ff. si quis caution.

Sic & dominus vtraq; via vti potest, nimirũ põt emphyteutam expellere, vel Canonẽ exigere, si Canonẽ maluerit, ęquum est, eũdem pęnã caducitatis acceptò ferre.

Non obstat text. in Auth. Qui rem, C.de sacrosanct. Eccl. quia loquitur in emphyt. Ecclesiæ,& ratio est; quia

C ius quæsitum ex caducitate, prælatus remittere non debet in præiudicium ipsius Ecclesiæ.

Non obstat tex.in l.Colonus, ff.loca. quia colonus nõ habet ius in rẽ, nec meliorationes amittit, sicuti emphyteuta: est enim valdè durum & iniquum, vt emphyt. ius suum amittat, meliorationes perdat, & Canonẽ soluat. Facit text. in l.4. §. Labeo ait, ff. de doli mali except. ibi. *Exceptione esse repellendum: iniquum enim esse hominem possidere,& pœnam exigere.*

Sunt qui pro contraria opinione adducunt tex.in l. si pro fure,§.1.ff.de condict.furtiua, vbi pęna legalis remissa non videtur, ex eo, ꝙ quis agat ad rem furto subtractã. Sed non rectè; quia in ea specie constat vtrumque deberi, rem, & pęnam: At in specie nostra non constat, immò illud est, quod queritur; vtrum emphyteuta cogi possit ad soluendum Canonem temporis præteriti, quando iure suo est priuandus, quia non soluit.

Sexta conclusio. Si dominus accipiat Canonem, vt in

D præcedenti conclusione, adhibita tamen protestatione, saluum sibi esse ius caducitatis, non videtur pęnã remittere caducitatis, quia protestatio reseruat ius, & declarat animum protestãtis, l.si debitor,§.1.ff.quib.mod.pig. vel hypo.sol.l. Et si quis,§. Plerique, ff.de relig. & sumpt.funer. Ita Bald.in l.2.ff. si quis caution. Iason in l, vlt.nu.4. ff.de eo quod certo loco. Clar.§.emphyteusis,q.10. Menoch.de præsumpt. lib.3.cap.112.nu.18.

Septima conclusio. Si dominus petierit Canonem, videtur pęnam caducitatis remittere; Argum. est text.in l. Aemilius, ff.de Minorib.vers. *Pretium petendo recessisse a lege sua videtur*,& l. Post diem, ff.de lege Commissor. ita Ias.in l.2.nu.128.C.de iure emphyt. quod tamen intelligendum, nisi emphyteuta soluere recusauerit, argum. l. Nihil interest, §.1. ff.de inoff. testam.l. penult. ff. ne quis eum, qui in ius vocat.est, vi eximat,

Octaua conclusio. Si posteaquam emphyteuta iam in pœnam incidit caducitatis, Canonem recipiat, non ipse dominus, sed eius procurator, non videtur remissa caducitatis

citatis pœna. Ratio est: quia ius quæsitum domino, procurator remittere sine speciali mandato non potest, l. Cõtra iuris, §. filius, ff. de pactis. Ita Decius, in consil. 319. nu. 3. Ruin. in consil. 100. nu. 10. lib. 3. Berous in consil. 116. nu. 10. lib. 1. Paris. in consil. 86. nu. 17. lib. 4.

CAPVT C.

Vtrum, si res emphyteutica fuerit ad dominum reuersa morte emphyteutæ ipsius, & liberorum, teneatur dominus eam dare proximiori agnato.



NOn desunt qui affirmant dominum teneri. Ita Bartolus, in l. 1. §. Permittitur, ff. de aqua quot. & æst. Iason in l. 2. nume. 22. C. de iure emphyteut. Dec. in consil. 131. Ripa, in l. 1. ff. de priuil. cred. & alij, quos commemorat Antonius Gabrielius commun. conclus. tit. de iure emphyteutico, conclus. 1.

Sed contrariam sententiam, quæ negat dominum teneri, longè arbitror probabiliorem; quam amplexi fuere Aretinus, Castrensis, & alij à Gabrielio citati loco citato, Ruinus in consil. 152. lib. 1. Franciscus Sarmientus lib. 3. Selectar. interpret. c. 7. Rota Bonon. Benintend. decis. 19. Andr. Geyll. lib. 2. Obseru. c. 148.

Probatur hæc sententia in hunc modum. Res in emphyteusin concessa usque ad certam generationem, extincta generatione ad dominum reuertitur: Ergo dominus potest eam pro se retinere, vel cui maluerit, concedere, argumento l. Dudum, C. de contrah. empt. Est enim vnusquisque in re sua moderator & arbiter, l. in re mandata, C. mand. & nemini iniuriam facit, qui suo iure vtitur, l. Iniuriarum, §. vlt. ff. de iniur.

Primum argumentum contrariæ opinionis est ex l. 1. §. Permittitur, ff. de aqua quot. & æstiua. *Permittitur autem* (ait Iurisconsultus) *aquam, vel ex castello, vel ex riuo, vel ex alio loco publico ducere; idque à Principe conceditur, alij nulli ius competit aqua ducendæ, & datur interdũ prædijs, interdum personis. Quod prædijs datur, extincta persona non extinguitur; quod datur personis, cum personis amittitur; ideoq; neque ad alium dominum prædiorum, neque ad hæredem, vel qualemcunque successorem transit. Planè ei, ad quem dominium transit, impetrabile est: nam si docuerit prædijs suis aquam debitam, etsi nomine eius fluxisset, a quo dominium ad se transit, indubitatè impetrat ius aquæ ducendæ. Nec est hoc beneficium, sed iniuria, si quis fortè non impetrauerit.* Hactenus Iurisconsultus.

Respondeo, Iurisconsultum loqui de iure aquæ ducẽdæ, & de eo, cui aqua debetur, is facilè eam impetrare po-
A test, cum ei debeatur, & eam habuerit is, à quo dominiũ habuit. Alia est ratio rei in emphyteusin datæ, quæ maioris est momenti, nec proximior docere potest sibi debitam esse, eam ob causam, quòd aliarum rerũ dominium ad se transierit.

Secundum est l. Congruit, & l. vlt. C. de locat. prædior. Ciu. lib. 11. *Congruit* (inquit tex.) *æquitati, vt veteres conductores fundorum publicorum, nouis conductoribus præferantur, si facta nobis augmenta suscipiant.*

Respondeo, id specialiter ita constitutum esse in ueteribus conductoribus, quia & ipsi cogi possunt ad recõducendum finita locatione, si lucrum aliquod fecerunt ex priori conductione, nec inueniantur alij, qui conducant, l. Cotem, §. vlt. ff. de Publican.

Tertium est ex l. 1. C. de Metallarijs, lib. 11. quæ nihil ad rem facit, hoc enim vult duntaxat, vt Metallarij fisco vendere cogantur metalla, quæ foderunt, potiùs, quàm alijs.

B Quartum est ex l. Si in emptionem, ff. de Minoribus quæ lex huc non pertinet, loquitur enim de minore in integrum restituendo, vt rem recuperet, quæ fuerat suorum maiorum.

Quintum est l. vlt. C. de iure dom. impetr. vbi dicitur, creditorem cui res est pignorata, impetrare posse dominium pignoris, si tamen prius debitorem moneat, vt soluat, & redimat pignus, quæ res nihil habet commune cum quæstione ista.

Sextum ex l. Iubemus, §. & filios, C. de Aduoc. diuersor. iud. vbi filius aduocati alijs in officio paterno præfertur. Respondeo, alia est ratio in officijs publicis, in quibus parentum merita filijs prosunt, & speratur filius similis futurus patri, si sit idoneus, & fore, vt prudenter administret officium, sicuti pater fecit.

Septimum ex l. 1. ff. de priuileg. cred. ibi. *Potior habetur Creditor cognatusve*, & idem in l. Imperatores, ff. de pact. Respondeo, textum loqui, cùm de uendendis bonis de- C bitoris agitur, vt præferatur cognatus creditor, quod ad rem nostram nihil facit.

Postremum est ex c. 1. §. Porrò, Qualiter olim feudum poterat alienari, sed nihil ad rem facit. Hoc enim ille textus vult: Vasallo alienare volente rem feudalem, dominum esse præferendum, si idem precium offerat.

Porrò si agatur de re Ecclesiastica in emphyteusin cõcessa, quæstio hæc est definita ex §. Neque illud, in Authen. de non alien. reb. eccl. vbi dicitur pactum non valere, quo cauetur, vt Ecclesia teneatur finita generatione proximioribus emphyteusin renouare. Nam si ecclesia teneretur id facere, nulla esset ratio, cur pactum non valeret, l. Non impossibile, ff. de pact.





ANDREAE FACHINEI
I. C. FOROLIVIENSIS, &c.
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER SECVNDVS.

CAPVT PRIMVM.

Tres controuersiæ circa precij certitudinem, ex qua consistit emptionis & venditionis substantia.



SICVT inter omnes conuenit, emptionis & venditionis substantiã ex re, & precio consistere, & precium certum esse oportere; ita controuersia est nonnulla circa precij certitudinem. Quid enim si uenditio fiat eo precio, quod in arca habeo? vel precio iusto? vel precio declarando à peritis æstimatoribus, quorum unus eligendus sit à venditore, alter ab emptore, an precium satis certum esse dicatur, vt consistat emptio ac venditio? A

Et quidem cum Vlpianus dicat in l. Hæc uẽditio, §. 1. ff. de contrahenda empt. *Huiusmodi emptio. Quanti tu eũ emisti. Quantum precij in arca habeo, valet.* Accursius ibidem in verbo. *Quantum. Facias vim*, inquit, *in eo, quod dicit Quantum. Nam in quantitate debet consistere, Secus ergo si diceret, pro eo precio, quod in arca habeat.* B

Accursium secutus est Barto. ad l. si seruus, 111. §. qui quinque, de leg. 1. necnon Ias. in l. vlt. nu. 12. ff. de condic. causa data, & alij, quos commemorat Fabianus de Mõte, de empt. & vendit. in 5. q. princ. nu. 34. vbi dicit, hanc sententiam esse communiter receptam.

Fundamentum est in eo, quòd verba illa; *Eo precio, quod in arca habeo*, corpus siue speciem designent, nõ autem quantitatem, vt probatur ex l. Planè, §. 1. & ex l. Sed etsi certos, & ex l. si seruus, §. qui quinque, de leg. 1. Emptio autem sine quantitate nulla est, ut inquit Imperator in l. empt. C. de contrah. empt. C

Sed contrariam sententiam longè probabiliorem & communiorem esse iudico. Nimirum, in ea specie uenditionem esse. Hanc sententiam amplexi sunt Alber & Salicet. in d. l. Hæc uenditio, §. 1. Fabianus de Monte, loco proximè citato, & alij, quos refert & sequitur Arius Pinellus, in Commentarijs l. 11. C. de rescind. vend. in prima parte Rubricæ, c. 1. nu. 2. & 3.

Probatur hæc sententia: quia nulla est differentia inter illa uerba. *Quantum precij in arca habeo.* Et illa verba. *Eo precio, quod in arca habeo.* Vtroque enim casu designatur quantitas pecuniæ, quæ est in arca. Vnde non oportet calumniari, aut uerba legis captare, vt alibi dicit tex. in l. penult. ff. ad exhib.

Huc accedat, quòd verba sunt accipienda secundum subiectam materiam, l. si uno, ff. locati, subiecta autẽ materia postulat, vt uerba illa quantitatem significent, non autem speciem. Præsertim, quia per hanc interpretationem actus sustinetur, l. Quoties, ff. de rebus dubijs, & ff. de verb. oblig.

Alia ratio est in Legatis & Fideicommissis, de quibus loquuntur leges allegatæ, valet enim legatum, licet species designata esse videatur.

Nec rectè ad propositam quæstionem accommodatur l. vlt. ff. de cond. causa data, quia illa lex non loquitur in ea specie, in qua contrahentes utuntur uerbo, uenditionis, sicut in quæstione nostra.

Quod attinet ad secundum, Alber. & Fulgos. in d. l. Hęc venditio, §. 1. in ea specie uenditionem esse dixerũt, quasi mentio illa iusti precij certitudinem continere uideatur, ex eo, quòd arbitrio boni viri declarandum sit, *in quo nulla dicitur esse mora vel conditio*, vt dicebat Vlpianus, in l. 1. de leg. 2. & late respondit Io. de Anania, in consi. 19. num. 12.

Potissimum autem horum fundamentum est in l. Si fundus, 16. §. vlt. ff. de pignorib. Cuius verba hæc sunt: *Potest ita fieri pignoris datio, hypothecave, vt si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptionis possideat rem iusto precio tunc æstimandam; Hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio.*

Alij magis communiter dixerunt, non esse uenditionem, sed contractum innominatum. Ita Bal. in l. vlt. nu. 8. C. de contrah. empt. Alexander ad Bartolum, in d. l. hæc uenditio, & in l. Item, nu. 17. vbi etiam Ludouicus Romanus, nu. 33. ff. de verb. oblig. Socinus, in l. Si quis arbitratu, nu. 19. ff. eod. Fabianus de Monte, de empt. & vend, in 5. q. princ. nu. 25. & 26. Ripa, in l. Ita stipulatus,

num.

num.20.ff.de verb.obl.Ruin.in consi.144.nu.1.lib.1.Iacopinus Rimin.in consi.412.lib.3.Crauetta, in cõs.272.nu.19.vers.Aliter etiam respondeo, D.Ioannes Cephalus,in consi.10.nu.14.& 15.lib.1.

His subscribit Antonius Gomes.var.resol.Iuris,ti.de contract.c.2.nu.9.Verùm dicit, uenditori non compete re actionem ad precium,sed ad rem & fructus, actionẽ, inquam, præscriptis verbis, vel in factum, ex æquitate, l.Quoties,ff.de præscriptis uerbis.

Arius autem Pinellus,in commentarijs l.2.C.de rescind.vendit.in 2.parte Rubricæ,c.1.nu.21. in proposita specie,neque uenditionem esse respondit, neque contractum innominatum; Non esse venditionem, quia precium non est certum; Non esse contractum innominatum, quia contrahentes de venditione tantum cogitabant. Allegat l.Verbis ciuilibus,ibi: *Ne fiat contra voluntatem*, ff.de vulg.& pupill.

Probat verò Gomesij sententiam, dicentis in hac specie uenditionis iusto precio factæ,nõ esse dandam actionem ad iustum precium petendum, etiam traditione facta: *Quia cùm conuentio illa*, inquit, *quæ ad venditionem tendebat,nulla sit ex defectu substantialium, non potest per obliquum suscitari ex traditione secuta,l. Nunquam nuda, ff.de acquir.rer.domin.* l.Obligationes quæ proprijs viribus non subsistunt,ff.de actionibus & obligationibus.

Ego in hac re sic statuo. Primùm,communem sententiam veriorem esse; Nempè,in ea specie non esse venditionem. Secundò,esse contractum innominatum. Tertiò, traditione facta,actionem dandam esse uenditori ad precium iustum consequendum,quod scilicet Index æstimauerit.

Priorem propositionẽ ita probo. Venditio non ualet, nisi precium sit certũ,§.preciũ,in Institutionib.de empt. & vend. Sed in hac specie non est certũ. Igitur nõ valet.

Si dicatur satis esse certum,quia iustum precium intelligitur arbitrio boni uiri.

Respondeo,huic argumento Iustinianum occurrere, in l.vlt.C.de contrah.empt.vbi statuit,nullam esse uenditionem, si precium certum non sit, uel commissum arbitrio certæ personæ: *Nulla coniectura*,inquit, *immò magis diuinatione in posterum seruanda, verum in personam certam, an in boni viri arbitrium respicientes contrahẽtes, ad hæc pacta venerunt, quia hoc penitus impossibile esse credentes,per huiusmodi sanctionem expellimus.* Quamobrẽ, quod dicitur: In boni uiri arbitrio nullam esse moram, uel conditionem,uel etiam incertitudinem,locũ habere potest in legatis, quemadmodum Vlp. loquitur in d.l.1. de leg.2.Ratio est:quia legatum in arbitrium alterius cõferri potest, & intelligitur in arbitrium boni uiri collatum,& certa semper persona nominatur.

Ad l.Si fundus,§.vlt.ff. de pignorib.placet mihi communis respõsio, quam latè defendit Pinellus loco proximè citato, Iurisconsultum in ea specie loqui,vbi pactum venditionis iusto precio pignori accedit: nos autem loquimur, vbi pactum uenditionis per se consideratur, ac in eum modum celebratur.

Secundam autem propositionem sic probo. Vbi contrahentes venditionem, appellant eam conuentionem, quæ verè non est venditio, intelligitur esse contractus innominatus, l.Insulã, ff.de præscriptis verbis: *Insulam*, ait Neratius, *vt aliam reficeret, vendidi*, (hæc non potest esse vera venditio, nullo precio designato) *Respondi, nullam esse venditionem, sed ciuili intentione incerti agendum*, id est, *præscriptis verbis*, inquit Glos. *quæ datur ad incertum*, id est, *ad interesse, vel vt fiat quod conuenit.*

Et Paulus Castrensis ibidem: *Non est venditio*, inquit, *quæ sine precio stare non potest, sed est contractus innominatus*, & eodem in loco Iason: *Hic non potest*, inquit, *esse venditio, quia sine precio non consistit, erit ergo contractus innominatus.*

Quamobrem dum ita Pinellus argumentatur. Cõtrahentes de venditione tantum cogitabant, ergò illa conuentio nõ valet, quasi contractus innominatus. Respon

A deo, argumentum procedere, si constaret contrahentes voluisse tantummodo emptionis & uenditionis cõtractum celebrare. Cæterùm, id non constat, ex eo, quod de uẽditione facta fuerit mentio: nam & apud Neratium uẽditionis verbo usi sunt contrahentes, & tamen contractus est innominatus.

Tertiã uerò propositionẽ ita probo. Nempè, actionẽ esse dandam, ad precium consequendũ, facta traditione, scilicet actionẽ præscriptis verbis. Actio præscriptis verbis datur, ut fiat id, quod conuentum est, l.Naturales,§. Etsi quidem,ff.de præscr.verbis. etsi non fiat ad interesse, ibi: *Sed vt damneris mihi, quanti interest mea*, &c. Sicuti declarant ibi Bar.Castr.nu.7.& Ias.nu.6. Ergò uenditori, qui rem tradidit, actio danda erit, vt emptorem cogat ad iustum precium præstandum, quod scilicet Iudex declarauit.

Quanquam interim non negauerim, eidẽ uenditori actionem cõpetere, vt res restituatur, veluti ob eam cau-
B sam data, quæ secuta non sit, vt in d.§.Etsi quidem.

Denique, quod attinet ad tertium, duplex est Doctorum sententia; Altera Pinelli, in d.l.2.C.de rescin.vend. in 1.par.Rubricæ, c.1. nu.6. existimantis uenditionẽ sic factam non ualere, quia precium sit incertum, argumẽto l.vlt.C.de contrah.empt.& l.Si merces, ff.Locati.

Altera est sententia magis cõis: huiusmodi uenditionem consistere. Ita docent Bar.& Castr.in l.Si merces, ff. Locati.Corn.in consi.50.lib.1. Dec.in cons.648. Franc. Bursatus in cons.149.num.25. lib.2.& Simon Pretus in consi.6.nu.16.

Et hæc sententia uidetur mihi ualde probabilis. Non enim ullũ uideo discrimen, aut differentiæ rationẽ inter hanc speciẽ & illam, qua precium cõmittitur arbitrio certæ & nominatę personæ. Quæ quidẽ venditio ualet, si sequatur declaratio. Iccirco enim uenditio ualet in ea specie, quia precium definiri debet à persona electa, nec circa eã electionem ulla potest inter contrahẽtes esse dissen-
C sio. Itaque negotium non dicitur esse tunc imperfectũ, sicuti cũ dicitur: *Quanti velis. Quanti æquum putaueris. Quanti æstimaueris, habebis emptum.* Vel cum precium alieno arbitrio generaliter committitur, in quibus casibus non ualet uenditio, vt in d.l.Si merces, ff.Locati,& in l.Quod sæpè,§.1.ff.de contrah.empt.

Idem ergo Iuris est in casu de quo loquimur, cũ scilicet precium declarãdum est à peritis æstimatoribus, quorum alter eligendus sit ab emptore, alter à venditore. Nã & nulla inter eos accidere põt discordia, & uidentur esse iã electi aut pro electis habẽdi, quasi quod ex pacto destinatum & constitutũ est, pro iã facto habendum sit, ut & alibi, l.Etsi nõ sunt,§.Quid ergo, l.Lana, l.Vestimentorũ ff.de auro & arg.leg.l.Ligni,§.1.l.Si chorus,§.1.de leg.3.

Ex his patet responsum ad argumentũ Pinelli; quia licet personæ non sint certæ ac nominatæ, quarũ iudicio precij quantitas committitur, ex pacto tamen eligendæ sunt, eademq; est ratio, ac si essent electæ, vt dictũ est.

D

CAPVT II.

Vtrum duobus vendentibus cum pacto redimendi, liceat vni totum precium offerendo rem redimere.

DVobus vendentibus cum pacto redimendi, vni eorum ius redimendi rei partẽ non cõpetere, partem precij offerenti, communis est omnium sententia. Ita enim docuit Bar. in l.Si quis aliam, ff. de solutionib. & in l. Cui vsusfructus, ff. de usufructu leg. & in consi.195. Angelotus, Castr. in d.l.Si quis aliam, & in consi.221. lib.1. Fabianus de Monte, de empt.& vend.7.q.princ.non procul à principio. Decius in l.Eius qui,§.Quas uerò, ff.si certum petat. Ias.in l.Stipulationes non diuiduntur, nu.20. ff.de verb.oblig. Franciscus Aret.in consi.3.Socin.in consil.16. lib.quarto, Cagnolus in l.2. C.de pactis inter emptorem & venditorem, nume.102. vbi dicit Ruinum

contrarium docuisse in l.4.§.Cato.in 2. lectura.ff.de verbor.oblig. Qui tamen hoc non dicit, immò ipsemet Ruinus hanc sententiam est secutus in d.l. Stipulationes nõ diuiduntur, nume.31. Eandem sententiam secutus est Tiraquellus de retractu consanguineorum, §.23.Glo.1. ubi num.11.dicit, se neminem inuenisse qui contrarium doceret, præter Obertum Cremonensem, & Fumianum. Sed quid facerent, inquit, aduersus tot legum proceres, & eos quidem tot armis rationum & legum munitos?

Controuersia igitur est in eo: vtrum si totum preciũ vnus offerat, ac rem totam redimere intendat, audiẽdus sit, altero nolente vel negligente redimere.

Etenim Castr. in d.l. Si quis aliam, ff.de solutionibus, apertè negat eum esse audiendum. Eandem sententiam secuti sunt Io.Crotus & Alciatus in l.4.§.Cato.ff.de verbor.oblig. & idem Alciatus in l.Creditori, C.de pactis. Si Tiraquello credimus, hos ita referenti de retractu cõuentionali, §.1.Glo.6.nu.33. Sed Alciatum non inueni ista docentem, immò verò contrarium docet in d.l. Stipulationes non diuiduntur, nu.65.& 66. Refert tamen alios eiusdem sententiæ sectatores.

Alij responderunt non licere vni totam rem redimere, licet totum offerat precium, sed ei licere partem suam redimere, si modò totum offerat precium. Ita respondit Raphael Fulgosius in l.Quod si nolit, §. Idem Marcellus, ff.de ædilitio edicto. Necnon vt mihi videtur Soc. in consi.16. nu.51.lib.4.

Sed hęc sententia est iniquissima, & minus firmo nititur fundamento. Est enim iniquum, vt is, qui reuendit rem, totum precium consequatur, & simul etiam partem ipsius rei.

Fundamentum verò solidum non habet, quia nititur l. Quod si nolit, §. Idem Marcellus, ff.de ædilitio edicto. Eius verba hæc sunt: *Idem Marcellus ait, non posse alterum ex dominis consequi actione ex empto, vt sibi pro parte venditor tradat, si pro portione precium dabit.* Ex his verbis sic Fulgosius argumentatur: Ergo si non pro portione precium dabit, sed totum, partem rei, actione ex empto, consequetur.

C Respondeo, non rectè sumi id argumentum, sed ita sumi oportere, Non potest partem precij soluendo, partem rei consequi, ergo si totum precium offerat, totam rem consequi poterit. Ita liceret argumentari, non autem ad eum modum, quo Fulgosius est argumentatus. Quanquam non diffiteor, etiam altero modo sumptum argumentum non esse admodum forte.

Cæterum communior est sententia, &, vt mihi videtur, etiam probabilior, licere vni ex venditoribus totum precium offerendo, totam rem redimere. Ita docuit Castrens. sibi contrarius in consi.221.lib.1.Soc.in l.1.§.Sed & quoties, ff.ad Trebell. Ias.in d.l.Stipulationes non diuiduntur, nu.21.& ibid. Rum.nu.32.& Alciat.num.65.& 66. Cagnolus in l.2. C.de pact.inter empt. & vendit. nu.103.& alij quos refert & sequitur Tiraq. de retractu
D conuentionali, §.1.Glo.6.num.37.quibus addo Laurentium Syluanum in consi.22.

Probatur hæc sententia, primum ex l.Fistulas, §.qui fundum, ff.de contrah. empt. vbi Labeo ita scribit. *Qui fundum ea lege emerat, vt soluta pecunia traderetur ei possessio, duobus hæredibus relictis decessit. Si vnus omnem pecuniam soluerit, partem familiæ herciscundæ iudicio seruabit. Nec si partem soluat, ex empto cum venditore aget, quoniam ita contractum æs alienum diuidi non potest.*

Ex sententia igitur Labeonis, audiendus est, qui totum petit, si totum precium offerat.

Secundò probatur ex l.Fundus, ff.eod.tit. vbi Iabolenus ita: *Fundus ille est mihi, & Titio emptus. Quæro vtrũ in partem an in totum venditio consistat, an mihi actum sit? Respondi, personam Titij, superuacuò accipiendam puto, ideoq; totius fundi emptionem ad me pertinere.*

Sic & in quæstione nostra superuacua videtur esse illius persona, qui redimere negligit, & totum ius redimẽdi ad alterum spectat.

A Tertiò probatur ex l.1.§.Si pecunia, ff.Depositi. *Si pecunia*, inquit, *in sacculo signato deposita sit, & vnus ex hæredibus eius, qui deposuit, veniat repetens, quemadmodum ei satisfiat videndum est. Promenda est pecunia, vel coram Prætore, vel interuenientibus honestis personis, & exsoluenda pro parte hæreditaria.* Et paulò post: *Sed si res sunt, quæ diuidi non possunt, omnes debebit tradere, satisdatione idonea à petitore ei præstãda, in hoc quòd supra partẽ eius est.*

Quartò probatur. Nam si duo sint hæredes, vnus potest pignus luere, totam debitam pecuniam offerendo, l. Hæredes, § Idem obseruatur, ff. Familiæ herciscundæ. Ergo idem in proposita specie statuendum est, cum nulla subsit ratio diuersitatis.

Postremò probatur ex æquitate quadã. Emptor enim rem reuendere tenetur. Si pars precij offeratur, partem reuendere non cogitur, ne scilicet inuitus in communionem incidat. Sed si totum precium offeratur, non habet iustam causam recusandi, cùm nihil sua intersit, si
B modo ei caueatur à redimẽte in eo, quod supra eius partem est.

Sed videamus quantum habeant momenti cõtrariæ sententiæ argumenta. Sunt autem tria potissimum.

Primum argumentum. Vnus præoccupare nõ debet ius alterius, nisi altero consentiente, Sed redimere volens hoc in casu præoccupat ius alterius, ergo non est audiendus.

Respondeo. Non præoccupat ius alterius, sibi videlicet alterius partem applicando. Immò tenetur alterum ipsius socium ad communionem recipere, & partem ei tradere fundi redempti, si precij partem restituere paratus sit.

Secundum argumentum. Vbi quis tenetur plurib. ad factum indiuiduum, non potest cogi ad illud prestandũ, nisi omnes consentiant, l.2.§.ex his, ff.de verb.obl.l.vlt. ff.Communia prediorum. Sed qui tenetur reuendere, teneri dicitur ad actum indiuiduum, ergo cogi non potest
C ad illud præstandum, nisi omnes consentiant.

Respondeo, nego maiorem. Non obstant leges allegatæ. Nam in §.ex his, hoc tantum habetur. Hæredes vnius, qui obligatus erat ad aliquid indiuiduum, omnes in solidum teneri. In l.vlt.ff.communia prædiorum. textus dicit; Plurium Dominorum fundi consensum requiri, in imponenda, vel acquirenda seruitute. Rectè. Nam & in specie nostra inuitus alter partem redemptæ rei non habebit.

Tertium argumentum. Obligatio reuendendi dicitur continere obligationem dandi, quæ diuidua est, secundum Gl.in l.2.in verbo, Viam, ff.de verb.obl. In obligationibus autem diuiduis vni actio in solidum nõ datur, sed tantum pro parte, l. Duo fratres, ff.de acquir. hæreditate. Ergo vni actio non est danda ad totam rem consequendam.

Respondeo. Nego maiorem. Quoniam obligatus ad reuendendum nõ dicitur esse obligatus ad dandum, sed
D ad tradendum, licet ex traditione dominiũ trãsferatur, si tradens sit Dominus, l.ex empto, ff.de action.emptio. Nec contraria sententia legibus probatur.

CAPVT III.

Vtrum minor vigintiquinque annis emens rem cum pacto reuendendi, absque decreto Iudicis, & alijs solemnibus, eiusmodi pacto obligetur.



COntrouersia est inter Doct. de minore, qui rem emit cũ pacto reuendendi, an teneatur eiusmodi pacto, necne. Etenim eum obligari responderunt Bal. subscribens Angeli responso, in consi.416. lib.2. Andr. Isernia in c.1. §.1.de feudo dato in vim legis cõmissoriæ. Cagn. in l.2.C.de pact.inter emptorem & venditorem, num 149. Pinellus in l.1.in 3.par. C.de bonis maternis. Tiraq.de retractu conuent.ad hu-tituli, nu.13.& seq.

Quo-

Quorum argumenta hæc sunt. Non licet vnam partẽ contractus approbare, & aliam reprobare, l. Cum queritur, ff. de administratio. Tutor. l. Nam absurdum, ff. de bonis libertorum, l. Si ita stipulatio. ff. de operis libertorum. Si ergo minor approbat contractum venditionis, tenetur etiam approbare pactum reuenditionis.

Secundò. Pactum huiusmodi pertinet ad executionem primi contractus, hoc est, emptionis factæ, ergo minor illud seruare tenetur, argumento l. 4. §. Si ab ignoto, ff. de Manumissionibus. Ibi. *Nam etsi pupillus emat, æquum est eum fidem adimplere, cum sine damno eius hoc sit futurum.*

Tertiò. Huiusmodi pactum est pars contractus, & res ea lege vendita minoris æstimatur, vt latè dócet Tiraquell. de retractu conuentionali, §. 1. Glo. 1. num. 1. & in præfatione, nu. 20. Ergo ne alter decipiatur, æquum est vt minor obligetur.

Quartò. Minoribus à lege nõ subuenitur, nisi decepti esse probentur, l. Verum, §. Sciendum, ff. de Minoribus, l. Quod si minor, §. Non semper, ff. eod. Sed hic nulla est deceptio, ergo non est subueniendum. Consequenter obligati videtur.

Quintò. Pactum reuendendi approbatur etiam Iure Canonico, si vsura absit, c. Ad nostram, de empt. & vend. c. illo vos, de pigno. Vnde comprehendit etiam personas Ecclesiasticas. Cur igitur & Minorẽ non cõprehendat?

Sextò. Cum Minori res donatur, aliquo pacto vel munere adiecto, sine dubio obligatur, l. causam, 20. ff. de Manumiss. l. Si rogatus, ff. de Manumissis vindicta. Cur ergo & huiusmodi pactum seruare non teneatur?

Septimò. Minor obligatur ex pacto addictionis in diẽ, l. Si emptionẽ, ff. de Minorib. Dum ibi dicitur Minorem restitui, Nam si non obligaretur, restitutione non esset opus. Ergo obligatur etiam pacto de quo agitur.

Octauò. Non debet Minor cum aliena iactura locupletari, c. ex tenore, vers. *Nos igitur*, de foro competenti. Sed hic locupletatur cum aliena iactura, quia propter pactum minoris rem emit. Ergo tenetur pactũ obseruare.

Postremò. Huiusmodi pacta resolutiua contractus locum habent in Ecclesia, c. Verum, de conditionib. appositis. Ergo & in minoribus.

Alij verò dixerunt, minorem quidem nõ obligari huiusmodi pacto, si ipse contrahat, secus autem si tutor, vel curator eius. Argumento l. contrà iuris, §. vlt. & l. sequẽti, ff. de pactis. Ita Curtius iunior, in cons. 146. Cagnolus in d. l. 2. num. 148. Idem quo ad Tutorem & Curatorem responderunt Angelus, & Iacopinus de S. Georgio, in d. l. contrà iuris, §. vlt. & Bertrandus in cons. 15. lib. 2.

Sed longè probabilior, & communior est sententia eorum, qui dixerunt, Minorem nequaquam obligari. Ita docuit Franciscus Accursius, quem refert & sequitur Io. Andreæ in Additione ad Speculatorem, rubr de pactis. Sequitur Albericus in l. Si ad resoluendam, C. de Prædijs Minorum. Fabianus de Monte de empt. & vendit. quæst. 7. princ. in principio. Castren. in cons. 112. ad finem lib. 1. Gozadinus cons. 15. & 16. Alciatus responsn 221. Menoch. de Arbitrijs Iudicum, Casu 171. nu. 31.

Probatur hæc sententia ex l. Si ad resoluendam, C. de prædijs Minorum. *Si ad resoluendam*, inquit, *donationẽ, quam in emancipatum te pater contulerat, minor viginti-quinque annis cautionem ei emisisti, cum huiusmodi scriptura contra Senatusconsulti authoritatem facta sit, non obest iuri tuo.*

Respondent contrariæ sententiæ Authores, hunc textum esse intelligẽdum de pacto resolutiuo ex interuallo facto, postquam scilicet minori est ius quæsitum.

Sed nihil valet hæc interpretatio, cum nullum sit verbum in ea lege, ex quo probari possit.

Secundò hæc sententia probatur ex l. 1. §. vlt. & l. seq. ff. de rebus eorum, &c. *Si minor viginti quinque annis emerit prædia, vt quo ad precium solueret, essent pignori obligata venditori, non puto pignus valere. Nam vbi dominiũ quæsitum est minori, cœpit non posse obligari. Sed hic vide-*

A *tur illud mouere, quòd cum dominio pignus quæsitum est, & ab initio obligatio inhæsit. Quod si à Fisco emerit, nec dubitatio est, quin ius pignoris saluum sit. Si igitur talis species in priuato venditore inciderit, Imperialis beneficio opus est, vt pignus confirmetur.*

Respondet Pinellus, differentiam esse inter pignus, & pactum reuendendi, quia pignus præsupponit dominiũ esse translatum in emptorem.

Replicari potest, etiam rei venditæ cum pacto reuendendi dominium in emptorem transferri, vt latè probât Tiraquell. de retractu conuentionali, §. 2. Glos. 1. nu. 34. & Menoch. in cons. 26. lib. 1.

Sed Pinellus dicit, ex pacto reuendendi statim ab initio indicari, rem firmiter non esse mansurã apud Minorẽ, vnde non habet q̃ cõqueratur, si reuendere cogatur.

Respondeo. Idem est in pignore, vt patet ex d. l. 1. §. vlt. in illis verbis. *Et ab initio obligatio inhæsit.*

Nec difficile est ad argumenta in contrarium respon-
B dere. Nam ad primum respondeo, totum contractum esse approbandum, quando in omnibus partibus valet, & consistit, aliàs secus, vt patet in pupillo, qui ex contractu nõ obligatur, & tamen alios obligat. l. Iulianus, §. Si quis à pupillo, ff. de actionibus empt. & in Institutionibus de Authoritate Tutorum in principio.

Ad secundum respondeo, pactum quidem esse annexum priori contractui, sed tamen specialiter esse constitutum in minore, vt contractus valeat, & pacto non obligetur, propter Senatusconsulti authoritatem, quo cauetur ne minorum bona distrahantur, nisi authore Prætore, & alijs solennib. adhibitis. Qua de re nihil prorsus agitur in l. 4. §. Si ab ignoto, quæ in contrarium adfertur.

Ad tertium respondeo. Pactum illud esse partem contractus, sed in Minore specialiter constitutum esse, vt non obligetur.

Ad quartum respondeo. Minoribus non esse succurrendum per restitutionem in integrum, nisi sint dece-
C pti, sed hic non indiget in integrum restitutione, quia non obligatur.

Ad quintum. Concedo huiusmodi pactum comprehendere & Minores, si modò interueniát iuris solennia.

Ad sextum. Concedo minorem teneri ad seruandum pactum, si modò non contineat rei immobilis alienationem, vel obligationem.

Ad septimum respondeo. Aliud esse in pacto addictionis in diem, talis enim venditio, aut est cõditionalis, aut sub conditione resoluenda, l. 2. ff. de in diem addictione. Vnde minor perfectè dominium non acquirit. Secus in pacto reuendendi, quia non impedit dominij translationem, vt dictum est.

Ad octauum respondeo, non esse nouum in minorib. & pupillis, si dum ipsi alios obligant, contrà, alijs non obligentur, vbi solennia iuris non interueniunt.

Ad vltimum argumentum respond. pactum quidem resolutiuum valere, cum aliquid donatur Ecclesiæ. Ita
D loquitur tex. allegatus, & in ea specie idem esset in minore cui donatur. Ceterum, aliud in minore ac pupillo, q̃ ad propositam quæst. attinet, legibus nostris constitutũ est, nec diuersitatis ratio deficit, quia vbi donationi conditio adijcitur, illa est seruanda, nisi contineat bonorum immobilium contrà Senatusconsulti authoritatem alienationem, tunc enim Principali opus est authoritate.

CAPVT IV.

Venditione facta cum pacto redimendi intrà certum tempus, si ante lapsum temporis precij pars soluta fuerit, & post tempus elapsum redimere volens, residuum soluere paratus sit, vtrum sit audiendus.

NOn est eadem omnium sententia, vtrum sit audiendus is, qui ex pacto, vt redimat prædium, partem precij soluit, intrà tempus constitutũ, residuum verò paratus est soluere post tempus elapsum. Etenim Io. Imolensis in cons. 36. in casu præmisso,

A missio, & Gozadinus ad l. 2. C. de pactis inter emptorem, & venditorem, in 7. quæst. hunc audiendum esse responderunt; Hieron. aūt Cagnolus in d. l. 2. nu. 162. id negat.

Argumenta Imolensis sunt duo. Primum. Cum emptor venditori partē precij soluit, emptio dicitur esse perfecta, nec pœnitentiæ locus est, l. 2. C. Quando liceat ab emptione discedere. Ergo idem est respondendum in ipsa reuenditione. Idem probat tex. in l. Non icirco, & in l. Ea conditione, C. de rescindenda venditione, quib. in locis dicitur, non icirco licere à venditione recedere, ꝙ totum precium solutum ex lege contractus non sit, sed actionem ad residuum, quod debetur, competere.

Secundum argumentum. Mora regulariter purgari potest, l. Interdum, §. vlt. ff. de verbo. oblig. §. vlt. in institutionibus de perpetuis, & temporalibus actio. Ergo & hoc in casu redimere volens audiendus erit, si post elapsum tempus residuum præstare, atque adeo moram purgare paratus sit.

B Argumenta verò Cagnoli sunt ista. Nemo potest ex contractu agere, nisi illum perfectè adimpleuerit pro parte sua, l. Iulianus, §. offerri, ff. de actionib. empt. Sed hic redimere volens perfectè non adimpleuit, quia precium totum tempore conuento non soluit. Ergo actionem non habet ad redimendum.

Secundò. Nemo tenetur fidē obseruare illi, qui prius eam non seruauit, l. Cum proponas, 2. C. de pactis. Sed hic redimere volens non seruauit, quia non soluit, &c. Ergo, nec illi seruanda est.

Tertium argumentum est ex l. Si quis ita, §. Sententia, ff. de verbor. oblig. vbi soluens partem summæ promissæ intra tempus constitutum non auditur, si post elapsum terminum residuum soluere velit, sed non reperitur ille textus.

Ego animaduerti sententiam Cagnoli secutum fuisse Ioannem Petrum Surdum in cons. 52. vbi citat etiā Ancharanum, quæst. familiari 12. nu. 12. in 1. par. Existimo autem quęstionem posse definiri ex responso Sceuolæ in C l. Si ita quis, §. Seia cauit. ff. de verbor. oblig. cuius verba hæc sunt. *Seia cauit Lucio Titio, quod mandante eo hortos emisset, cum precium omne cum vsuris ab eo recepisset, se in eum proprietatem hortorum translaturum. Deinde incontinenti inter vtrumque conuenit, vt intra Kal. Aprilis primas vniuersam summam mandator numeraret, & hortos acciperet. Quæritur cum ante Kal. Apriles non omne precium cum vsuris a Lucio Titio Seia solutum sit, interposito tamen modico tempore, reliquum precium cum vsuris Seia Titius soluere paratus fuerit, neque Seia accipere voluerit, & vsque in hodiernum diem per Titium non stet, quò minus reliquum soluat, an si nihilominus Lucius Titius Seia pecuniam vniuersam soluere sit paratus, ex stipulatu agere possit; Respondit posse, si non multò post obtulisset, nec Mulieris quicquam propter eam moram interesset. Quod omne ad Iudicis cognitionem remittendum est.*

Hoc responso dirimitur omnis hæc controuersia, vt fatetur etiam Surdus loco allegato, nu. 44. & 45. Nam si D paulò post tempus elapsum residuum precij offeratur, nec Aduersarij intersit, reuenditioni locum esse non dubito, aliàs secus.

Non obstant argumenta in contrarium, quia fateor actionem ex contractu non dari illi, qui non seruat cōtractum ex sua parte, & fateor frangenti fidem non esse fidem obseruandam: sed in hac specie fides obseruatur, & licet aliqua mora interponatur, si tamen emptoris nō intersit, nullum afferre debet venditori detrimentum.

Quod si longè post tempus residuum precij offeratur, aut emptoris intersit, non erit reuenditioni locus. Nec obstat id, quod dicebatur, non icirco licere à contractu recedere, ꝙ totum precium solutum non sit, ex l. Non icirco, C. de rescin. vend. & ex alijs legibus. Quia id locum habet, vbi quis agendo, vellet à contractu recedere, atq; illum infirmare, secùs autem, quando excipiendo quis aduersus eum se defendit, qui contractum nō adimpleuit, sicut declarat optimè Ruminald. in l. Cum proponas, co-

A lum. 2. C. de pactis, Alciatus, in cons. 108. num. 5. Franciscus Becius, in consil. 45. nu. 38. Roland. à Valle, in consil. 38. lib. 4.

Porrò tertium argumentum Cagnoli ex l. Si quis ita, §. sententia, nihil mouet, neque enim reperitur illa lex, nisi errore librariorum ille textus allegatus fuerit locu l. Si ita quis, §. Seia cauit, ex quo textu, vt iam dixi, quæstio optimè definitur.

CAPVT V.

Controuersia inter Socinum, et Iasonem de eo, qui vendere promisit, precioque accepto rem tradidit, nulla tamen venditione facta, an dominium rei in accipientem transtulerit.



CElebris est controuersia inter Socinum & Iasonem, de eo, qui vendere aliquam rem promisit, & nulla venditione facta, rem tradidit, an dominium transtulerit? Etenim, Iason dominium translatum esse negabat, in B l. Si ante, ff. soluto matrim. & ita etiam respondit ex facto interrogatus, in consil. 117. lib. 1. Contrarium autem Socinus docuit in eadem l. Si ante, & contrarium respondit in consil. 170. lib. 2.

Argumenta Iasonis potiora, sunt ista. Promissio de vēdendo non est venditio, ideò nec per eam dominiū trāsfertur, sed tantum actio personalis contra promittentem datur, l. Si sterilis, §. si tibi fundus, ff. de actionib. empt. l. Qui fundum, ff. de contrab. empt. Sed hic est pactum de vendendo, & nulla est secuta venditio. Igitur, &c.

Secundò, Nuda traditio in aliquem dominium non transfert, sed requiritur causa idonea, l. Nunquam nuda, ff. de acquir. rer. dominio. Sed hic nuda est traditio rei; Nec pactum de vedendo causa est idonea ad translationem dominij. Igitur.

Argumenta verò Socini potiora, hæc sunt. Per tradi- C tionem dominium acquiritur, si præcedat causa sufficiēs saltem in potentia, l. Sub conditione, & ibi Bart. ff. de solut. l. Dotis fructus, §. vlt. & l. seq. ff. de Iure dotium, l. 1. §. 1. ff. pro dote. Sed hic traditio interuenit, & præcessit causa idonea, saltem in spe, & potentia, vt loquuntur, nempe, pactum illud de vendendo. Ergò, &c.

Secundò, Emptor respectu rei emptæ, & Maritus respectu dotis, ęquiparantur; sicut enim emptor habet rē, quia precium soluit, ita Maritus dotem, quia sustinet onera matrimonij, l. Ex promissione, ff. de actio. & oblig. Sed Maritus dotem accipiens ante cōtractum matrimonium, dominium eius acquirit, si sustineat onera matrimonij, vt docet Glos. communiter recepta, in l. Si ante, ff. soluto matrim. Ergò & emptor dominium acquirit, si rem acceperit, & precium soluerit.

Ego longè probabiliorem, & cōiorem esse iudico sententiam Socini, eam enim secuti sunt Decius, in cōs. 614. Curtius iun. in cons. 82. Ruin. in cons. 47. lib. 4. Cagnol. D ad l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit. num. 172. & alijs, quos refert, & sequitur Tiraquell. de Retractu conuent. ad finem tit. nu. 83. A Ias. aūt sñia est Ruin. in cons. 77. n. 9. lib. 1. & authoritas Ale. in cōs. 73. lib. 2. qui tñ loquitur eo in casu, quo totum precium nō est ab emptore solutū.

Probatur verò euidenter, quoniā empt. & vendit. perficitur ex consensu contrahentium, l. consensu, ff. de acti. & oblig. Sed in hac specie, consensus adest cōtrahentiū, vt patet ex factis ipsis, nempè, ex rei traditione, & precij solutione. Ergò videtur esse perfecta venditio, & dominium translatum. Ex factis n. voluntatem & consensum elucere, perinde, ac ex verbis, exploratum est, vt in l. de quibus, ff. de legib. in l. Recusare, ff. de acquir. hæred. & alibi.

Ad argumentum Ias. ita respondeo. Quod attinet ad primum, concedo aliud esse venditionem, aliud pactum de vendendo, si nihil aliud concurrat; Sed hic sunt circūstantiæ, quæ venditionem constituunt & faciunt, nempè, precij solutio, & rei traditio, ex quibus venditio efficitur, nec enim verbis opus habet, sicut stipulatio.

Ad secundum. Fateor nuda traditione dominium nõ transferri, sed hic traditio non est nuda, sed ex causa uenditionis, quæ resultat ex traditione facta, & numeratione precij.

CAPVT VI.

Re uendita cum pacto redimendi, incrementum alluuionis an pertineat ad eum, qui redimit, an ad eum, qui reuendit.



DE incremento alluuionis, an pertineat ad emptorem qui reuendit, an uerò ad uenditorem, cui fundus restituitur, non uulgaris est controuersia. Triplex enim est Doctorum sententia.

Prima. Huiusmodi incrementum ad uenditorẽ pertinere cui fundus restituitur. Huius sententiæ author citatur Paulus Castr. in consi. 388. Videtur diceodum, secundum antiqnam impressionem, sed non reperitur illud consilium, ut Tiraquel. dicit, de Retractu conuentionali, nu. 92. ad finem tituli.

Eandem sententiam aliquando secutus est Cagnolus, ut ipse refert in l. 2. nu. 189. C. de pactis inter emptor. & uenditor. Et coofirmari potest duobus argumentis. Alterum est. Resoluta uenditione omne commodum interea contingens, ad uenditorem reuertitur, l. Cum autem, §. 1. ff. de ædilitio edicto, l. Si hominem, ff. De usucap. l. Quod dictum, & l. Imperator, ff. de in diem addictione. Sed in hac specie venditio resoluitur ex pacto reuenditionis, & restituitur res uenditori, Ergò restituenda est cum omni accessione, & commodo.

Alterum argumentum. Augmentum, siue accessio pertinet ad eum, ad quem res ipsa pertinet, quia sequitur rem ipsam, ut patet in re pignori obligata. Si quid enim illi interea accedit, pertinet ad creditorem, cui res restituitur, l. Fundus, §. Si res. l. Paulus, §. Si domus, ff. De pignor. l. si conuenerit, 2. §. si nuda, ff. De pignoratitia actione. Ergo accessio per alluuionem facta, pertinere debet ad uenditorem, quia ipsi uenditori res restituitur.

Secunda est opinio. Si uenditio facta sit ad corpus, ut loquuntur nostri, ad uenditorem pertinere augmeotum alluuionis, simul cum ipso fundo restituto. Si uerò facta sit ad mensuram, ad emptorem pertinere. Ita Gozadinus, ad d. l. 2. C. de pactis inter empt. & uendit. in pen. q. & Franciscus Zoanetus ibidem, nu. 128.

Fundamentum est; quia ubi uenditio est perfecta, omne commodum, & incommodum ad emptorem spectat, l. 1. C. de periculo & commodo rei uenditæ. Sed hic reuenditio uidetur esse perfecta, quia inter partes est conuentum, ut reuenditio fiat certo precio, Ergo ad eum, qui rem redimit, omne commodum spectare debet.

Hæc uera sunt, cum uenditio facta est ad corpus, cæterum, si ad mensuram facta sit, quia certus est numerus iugerum agri uenditi, sufficit emptori si tot iugera reuendendo restituat, quot ipsi tradita sunt à uenditore, quod suprà est, sibi retinere potest.

Tertia est sententia uera, & communis. Augmẽtum de quo agitur, ad emptorem pertinere. Ita Hieronym. Cagnol. in l. 2. nu. 190. C. de pactis inter empt. & uendit. Iacob. Menoch. alios citans, in consi. 26. lib. 1. & nouissimè Senatus Pedem. apud Ant. Tessaur. decis. 140.

Probatur hæc sententia duobus potissimum argumẽtis. Alterum est. Emptio cum pacto reuendendi dicitur esse perfecta, vsque adeò, vt emptor interea dominium acquirat, & fructus tanquam dominus consequatur. Hanc propositionem latè probat Tiraquell. de retractu conuent. §. 2. Gl... num. 34. Ergo omne incrementum, & commodum ad ipsum emptorem spectar. Hanc consequentiam probat text. in l. Id quod, ff. de periculo & commodo rei venditæ, & in l. 1. C. eo. tit.

Alterum argumentum. Inter contrahentes æqualitas est obseruanda, l. si id quod, §. vlt. ff. de rescind. vendit. & latè respondet Crauetta, in consi. 245. nu. 7. Sed si fundus diminueretur, damno id cederet emptori, nec enim uenditor illum redimere cogeretur. Ergo & cõmodum augmenti ad emptorem spectare debet. Facit regula l. Secundum naturam, ff. de reg. iur. & ferè in terminis, l. pen. C. de solutionibus, vbi text. ita dicit: *Cum pro pecunia, quam acceperas, secundum placitum Euandro te fundum dedisse profitearis, eius industriam, vel euentum meliorem tibi, non ipsi prodesse, contrarium non postulaturus, si minoris distraxisset, non iuste petis.*

Ad argumenta in contrarium respondeo. Quod attinet ad primum: Distinguo Maiorem. Nam si venditio resoluatur, eò quòd facta sit sub conditione, siue sub tali pacto, ut pro infecta habeatur, tunc fateor perinde statuendum esse, ac si factà non esset venditio, ac proinde omnia esse restituenda venditori, quæ medio tempore accesserint. Secùs autem dicendum, vbi vẽditio est resoluta ex pacto reuendendi, neque enim perinde resoluta esse videtur, ac si facta non fuisset, quia sic etiam fructus medio tempore percepti restituendi essent venditori, quod est falsum.

Ad secundum respondeo. Leges allegatas loqui in creditore, qui cum dominium rei pignoratæ nõ habeat, sed illud pertineat ad debitorem, meritò etiam carere debet eo augmento, & commodo, quod rei accessit alienæ.

Ad argumentum secundæ opinionis respondeo. Nihil aliud probare, nisi commodum & incommodum spectare ad emptorem, & consequenter etiam ad hunc redimentem, posteaquam reuenditio facta est, & id nemo negat, sed quæstio est de augmento quod medio tempore accessit, videlicet, antequam venditor oblato precio vẽditam rem sibi restitui ac reuendi peteret.

CAPVT VII.

Utrum, qui promisit facere pactum de reuendendo, immediatè cogi possit ad reuendendum.



EVm, qui promisit facere alicui pactum de reuendendo, immediatè cogi posse ad reuendendum censuerunt Io. Franciscus Purpuratus, in l. Cum fundus, §. seruum tuum, ff. si cert. petat. Boerius, decis. 183. nu. 14. & Tiraquel. de retractu conuent. ad finem tit. nu. 61.

Contrarium responderunt Cagnolus, ad l. 2. nu. 201. C. de pactis inter emptoc. & vendit. & Rolan. à Valle, in cons. 69. lib. 3. Huius quæstionis definitio pendet ex doctrina Io. Andr. in additione ad Spec. tit. de solutionibus, & oblig. vtrum scilicet vera sit, vel falsa. Dixit Io. Andr. Eum, qui promisit se obligaturum ad decem, immediatè ad decem præstanda conueniri posse.

Nos hic tria breuiter præstabimus. In primis docebimus Io. Andreæ sententiam frequentioribus Doctorum suffragijs munitam esse. Deinde probabiliorem esse demonstrabimus, quàm contraria sententia. Tertiò, quę sit in specie proposita opinio nostra, subiungemus.

Communiorem esse hanc sententiam Io. Andreæ, patet ex Doctorum numero qui eam sunt secuti, Alexãder, Socin. Ias. Curt. iun. & Purpuratus, ad l. cum fundus, §. seruum tuum, ff. si cert. pet. Ruin. in l. 4. §. Cato, nu. 25. ff. de verb. obl. Romanus Sing. 186. Obligo me. Gomesius in §. In personam, nu. 41. de Actionib. Afflictus decis. 61. Rubeus cons. 29. Cassanæus in cons. 56. Zasius in cõs. 10. nu. 36. lib. 2. alios citans Hier. Gabrielius in cons. 58. nu. 11. Michael Grassus lib. 1. commu. opinio. c. 10. Bursatus in cons. 100. nu. 11. lib. 1.

Eandem verò sententiam improbarunt Decius, & Riminal. in d. §. seruum tuum, Marsilius Sing. 469. Grammaticus decis. 103. nu. 188. & quidam alij, quos commemorat Rolan. à Valle, in cons. 69. nu. 25. lib. 3. vbi tamen Alciatum citat, qui hoc non dicit.

Hos verò, & numero & authoritate lõgè antecedunt sententiæ Ioannis Andreæ sectatores, vt patet.

Quod attinet ad secundum, veram esse hãc sententiã, sic

sic demonstro. Circuitus inutiles euitandi sunt, l. Cum fundus, §. Seruum tuum, ff. Si certum petatur, l. Dominus testamento, ff. de condictio. indeb. Clementina, Auditor, de Rescriptis. Sed euitantur inutiles circuitus hoc in casu, si promissor immediatè cogatur ad soluendum, ergo cogi debet.

Secundò. Pactum de liberãdo aliquem, liberationem parit, vt propterea exceptio detur debitori. Ergo eodem modo pactum de se obligando, obligationẽ inducere debet. Prior illa propositio probatur ex l. Si intrà, ff. de pactis, & ex l. Si credimus, C. de fideic.

Quinque verò sunt potissimum argumenta contrariæ sententiæ. Primum. Actus agentium non operantur vltra eorum intentionem, l. Non omnis, ff. si cert. pet. Sed promittens se obligaturum, non uidetur animum habuisse statim se obligandi, Ergo statim conueniri non potest, vt soluat.

Respondeo. Cùm nulla dies adijcitur, præsenti die debetur id, quod promissum est, l. Eum qui Kalẽdis, §. Quoties, ff. de verb. obl. Ergò is, qui promisit se obligaturum, statim conueniri potest, non tantum vt se obliget, sed ad euitandos circuitus, vt soluat.

Secundum arg. Qui promittit se obligaturum, videtur promittere factum, argumento l. Consilio, in fi. ff de curatore furios. Consequenter præcisè cogi nõ potest, sed præstando interesse, liberatur, l. Stipulationes nõ diuiduntur, ver. Celsus, ff. de verb. ob. l. si pœnã, in fi. ff. eo. Ergò statim ad præstanda decem non compellitur.

Respondeo. In hac specie, id quod interest, nihil aliud esse, quàm rem ipsam promissam, nam si tu promisisti, te mihi obligaturum ad decem, nec te obligare uelis, id, quod mea interest præstando, decem procul dubio mihi præstabis, quia mea interest habere decem. Facit tex. in l. Stipulatio ista, §. alteri, ff. de verb. obl. dũ ibi dr̃ inuẽtas esse stipulationes, *vt vnusquisque stipuletur quod interest.*

Tertium argumentum sumitur ex l. Si quis stipulatus sit Stichum, §. vlt. ff. de verb. obl. vbi is, qui promisit fideiubere, pro fideiussore non habetur, sed in id tenetur, quod stipulatoris interest.

Respondeo. Illud meritò esse cõstitutum in ea specie, quia non aliam ob causam satisdatio à stipulatore desideratur, quàm, vt suæ prospiciat indemnitati. Quare, si consequatur id, quod sua interest, propterea quòd fideiussio non præstatur, satis illi consultum est.

Quartum argumentum. Aliud est uenditio, aliud promissio de uendendo, ex communi Doctorum sententia. Castr. & alij, in l. in bonæ fidei, ff. de eo quod certo loco, ergò similiter aliud est promissio de se obligando, aliud ipsa obligatio.

Respondeo. Concedo totum argum. Sed propter circuitum datur actio immediatè ad promissa.

Quintum argumentum sumitur ex l. Quod si nolit, §. in factum, ff. de ędil. edicto, vbi Iurisconsultus docet, non posse ad precium agi, ex pacto de redhibendo, sicut ex ipsa redhibitione. *In factum*, inquit, *actio competit ad precium recuperandum, si mancipium redhibitum fuerit.* Et paulò post. *Illud planè hæc actio exigit, vt sit redhibitum. Cæterum, nisi fuerit redhibitum, deficit ista actio, etiã si nudo consensu placuerit vt redhibeatur.*

Respondeo, ex pacto actionẽ non dari, l. Iurisgentiũ, §. igitur nuda, ff. de pact. Meritò ibi nõ datur actio, si nudo consensu placuerit ut redhiberetur. At in quæstione nostra, præsupponendum est oriri actionẽ ex promissione facta, uel quia stipulatione vallata sit; uel quia sufficientem habeat causam vnde actio oriatur.

Quod verò attinet ad tertium, quod suprà sum pollicitus, vbi pactum de reuendendo continet rem certam, ac precium certum, existimo promittentem immediatè compelli posse ad reuendendum. Mouet me inprimis authoritas Io. Andreæ, & sequacium, tum illa ratio circuitus euitandi.

Respondet Rolan. à Valle, Io. Andreę decisionem longè differre ab hac specie, quoniam obligatus ad reuendendum, dicitur esse obligatus ad factum, quo casu præcisè compelli non potest, sed præstando interesse, liberatur, quod quidem interesse est incertum. Sed in casu Io. Andreæ certum est ac definitum.

Replicatur, falsum esse antecedens, quòd scilicet obligatus ad reuendendum, præcisè compelli non possit, vt in sequenti capite fusius demonstrabitur.

CAPVT VIII.

Is qui reuendere promisit, an præcisè compelli possit ad reuendendum.

EVm, qui reuendere promisit, ad reuendendũ præcisè compelli non posse, responderunt Corneus in consil. 4. lib. 1. Socin. sen. in consil. 253. in quæst. 3. lib. 2. Gozadinus ad l. 2. C. de pact. inter emptorem & vend. col. 2. & ibi etiam Cagnolus, nu. 12. & nu. 129. Corasius lib. 3. Miscellaneorum, c. 9. & alij, quos recenset Tiraq. de retractu conuent. §. 1. Glo. 7. nu. 60.

Fundamentum est in eo, quod obligatus ad factum, præcisè compelli non possit, sed in id, quod interest condemnetur, l. Stipulationes non diuiduntur, vers. Celsus, ff. de verb. obl. Sed talis promittens dicitur esse obligatus ad factum, Reuendere enim est facti, argum. l. 4. ff. de vsuris, & l. Consilio, in fi. ff. de curatore furios. Ergo præcisè compelli non potest.

Sed contraria sententia semper mihi uerior uisa est, quam amplexi fuere Pinellus in Commentarijs, l. 2. C. de rescind. vend. in 2. par. c. 3. nu. 22. Io. Baptista Lupus, in commẽtarijs, l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. cõm. 2. num. 24. vers. sed aduertendum est, Cassanæus in consuet. Burgund. Rub. 5. §. 1. uers. Aduerte, & Francisc. Zoanetus in ead. l. 2. nu 78.

Probatur hæc sententia lege, & ratione, lege quidem quia ita constitutum est in d. l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit. *Si fundum*, inquit, *parentes tui ea lege vendiderunt, vt siue ipsi, siue hæredes ipsorum emptori precium quãdocunque, vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur, teq; parato satisfacere conditioni dictæ. hæres emptoris non paret, vt contractus fides seruetur, actio præscriptis verbis, vel ex vendito tibi dabitur, habita ratione eorum, quæ post oblatam ex pacto quantitatem, ex eo fundo ad aduersarium peruenerunt.*

Nec obstat uerbum, *restituere*, quo usi sunt in ea specie contrahentes, & quod inprimis perpendunt contrariæ sententiæ authores. Quoniam cùm intelligi debeat secundum subiectam materiam, vti regulariter verba accipiuntur, idẽ importat, quod reuendere. Vel id, quod reuenditionis consequens est, emptori rem restituere.

Ratione verò probatur hæc sententia, quia semper contractus interpretari debet secundum mentem contrahentium, l. Semper in stipulation. de reg. iur. & prout ipsi contrahentes verisimiliter respondissent, si tempore contractus fuissent interrogati, l. Tale pactum, §. vlt. vbi Iason latè, nu. 16. ff. de pact. Ac denique in eum modum interpretari debet, per quem nemo ex contrahentibus decipiatur, l. Si id quod, ff de rescind. vendit. l penult. in fine, C. communi diuidundo, Crauetta in consi. 133 nume. 7. & alibi.

Sed si dicamus, promittentem esse præcisè compellendum, & satisfacimus menti contrahentium & nemo deceptus remanet; si uerò secus interpreteremur, contrariũ sequitur: Ergo illa interpretatio præcipua esse debet, quę promittentem præcisè cogit ad reuendendum, atque adeò ad rem restituendam, cùm scilicet rei restituendæ facultatem habet.

Illa minor propositio euidenter patet. Quis enim in ea conuentione existimaret aliud, quàm eum animum vendentis fuisse, ut restituto precio rem suam recuperaret? Quis non uidet eum decipi, si in eo laborare debeat, ut id, quod sua interest, demonstret, cuius rei plerumque diffi-

difficilis probatio esse solet, vt icciirco de pœnis in facti stipulationibus adijciendis admoneamur, ne circa eiusmodi probationes laboremus, §. non solùm, in Institut. de verbor. oblig.

Ad argumentum contrariæ sententiæ vno verbo respondetur. Illud in præsenti specie vires non habere, propter circumstantias supradictas, quibus euincitur, eã fuisse mentem contrahentium, vt præcisa esset obligatio.

CAPVT IX.

De mutatione monetæ, Controuersia sexta.



CVm mutatio monetæ alia sit extrinseca, alia verò intrinseca, quædam sunt de vtraque controuersiæ.

Extrinsecam mutationem appello vnà cũ Doctoribus, quoties materia non mutatur, sed tantum æstimatio. Intrinsecam uerò, quoties eadem æstimatio quidem manet, sed materia precisior, aut uilior efficitur.

De extrinseca sunt quinque controuersiæ. Prima in contractu mutui. Secunda in dote. Tertia in emptione & venditione. Quarta in eodem contractu, vbi pactum reuendendi accessit. Quinta in legato Testatoris. Circa verò intrinsecã mutationem unica est generalis controuersia; Sitne habenda ratio ipsius mutationis intrinsecę, ita, vt eadem bonitas materiæ, quæ tempore contractus aderat, etiam tempore solutionis præstari debeat.

Quod attinet ad primam quæstionem, seu controuersiam, illa est huiusmodi. Si tu mihi mutuasti centum aureos, & antequam restituerem, aucta, vel diminuta sit aureorum æstimatio, vtrum id cedat tui Creditoris cõmodo, vel incommodo, an verò mei Debitoris.

Tres sunt Doctorum sententiæ. Vna. Hanc mutationem pertinere ad commodum, vel incommodum debitoris. Huius sententiæ Authores sunt Ant. Butr. & Abbas, in c. Quantò, de iureiur. Curt. sen. & iun. ad l. Cum quid, ff. si cert. pet. Modern. Paris. in tract. de Contract. q. 91. num. 604. Qui quidem tractatus adscribitur Gaspari Caballino. In eandem sententiam propendere uidentur, Dec. in d. l. Cum quid, num. 56. & Couuar. de Collatione veter. nummis. §. vnico, nu. 3. vers. Cæterum. Idem tradit Afflict. decis. 194. nu. 5.

Argumenta huius sententię sunt hæc. Substantia nũmorum in æstimatione potissimum consistit, l. 1. ff. de cõtrah. empt. ibi. *Ea qua materia forma publica percussa, vsum, dominiumq́, non tam ex substantia prabet, quàm ex quantitate*. Ergò id actum inter contrahentes censetur, vt pecunia restituatur eiusdem æstimationis, non autem maioris, neque minoris. Consequenter, si diminuta est æstimatio Principis edicto, tot Creditori refundere nũmos debitorem oportet, vt eandẽ pecuniæ æstimationẽ accipiat quam mutuò dedit. Quemadmodum & contra, si augeatur æstimatio, debitori sufficiet, tantum restituere, quanta erat pecuniæ mutuò datæ æstimatio.

Secundum argumentum. Obligatio ad pecuniam dicitur esse certa, l. Nummis, ff. de in litem iurãdo, l. 1. ff. de condict. triticaria. Ergò siue augeatur, siue minuatur ęstimatio pecuniæ, nil creditoris interesse uidetur, si modò illi restituatur pecunia æstimationis eiusdem, quam ipse dedit, alioqui, si secus statuatur, incerta erit obligatio, & variabitur ex mutatione ipsius monetæ.

Tertium argumentum. Pecunia recipit functionem in genere suo, & quidem etiam cum pecunia diuersæ speciei, vel materię, l. Quæ extrinsecus, ff. de verb. obl. Ergò pecuniæ æstimatio principaliter in contractũ deducta esse uidetur, sufficit enim si Creditori altera tanta pecunia diuersæ speciei, eiusdem tamẽ æstimationis, restituatur. Quod si æstimatio præcipuè attendenda est, illa certè attendenda erit, quæ tẽpore contractus erat, argumento l. Rutilia Polla, ff. de contrahen. empt. Consequenter, omnis mutationis commodum, vel incommodum, ad De-

A bitorem spectare debet, non autem ad Creditorem.

Quartum argumentum. Si diminutio æstimationis damno creditoris cedere deberet, sequeretur absurdum, nempè, eum, dum alteri benè facit, in damnũ incidere: Quod probatur: Nam si pecuniam non mutuò dedisset, potuisset eam exponere, secundum æstimationem, quæ erat tempore contractus.

Quintum argumentum. Si mutatio ista, præsertim verò diminutio precij ac æstimationis, ad creditorẽ pertineret, sequeretur debitori licere, mutuò acceptũ restituere non æquè bonum, quod est contra l. Cum quid, ff. si cert. pet. Ergò potius ad debitorem pertinere debet.

Sextum argumentum. Si ad creditorem pertineret hæc mutatio, & diminutio contingeret ęstimationis, lucrum faceret ipse debitor, & commodum sentiret, quia nummos expendere posset, secundum æstimationem illam, quæ tempore cõtractus erat; Interim frueretur vsura temporis, & beneficium acciperet. At contra creditor,
B dum alteri gratificaretur, damnum pateretur. Sed ista sunt iniqua, & contra iuris regulas, quę inter contrahentes æqualitatem seruandam esse monent, ergò non pertinet hæc res ad creditorem.

Septimum argumentum. Consuetudo est notissima, ferè ubique, vt debitori liceat in alia specie monetæ creditori pecuniam restituere, si modo eandem restituat quãtitatem & æstimationem pecuniæ, sicuti testantur Bart. in l. 1. ff. de au. & arg. leg. & in l. Paulus, ff. de solutio. Soc. sen. in consi. 6. lib. 1. Menoch. in consi. 49. num. 19. lib. 1. Ergò, siue minuatur, siue augeatur æstimatio, creditori sufficit accipere pecuniam sibi debitã, secundum æstimationem, quæ tempore solutionis est, si modò tantum cõsequatur, quãti æstimabatur pecunia mutuò data tẽpore contractus. Pro hac sententia facit Bartoli doctrina, in l. cũ certũ, ff. de au. & arg. leg. Quã refert & sequitur Curt. iun. in cons. 24. nu. 5. & 6. Menoc. d. cons. 49. nu. 17. lib. 1.

Postremum argumentum est ex c. Olim, de Censib.
C Sed loquitur de mutatione intrinseca, vnde non facit ad rem nostram, sicuti monent Aretinus, in d. l. cum quid, col. 2. & Menoch. d. cons. 49. nu. 32.

Secunda est opinio Baldi, in l. Acceptam, q. 17. C. de vsuris, & loquitur potissimum, vbi ęstimatio est diminuta. Aut statim atque debitor mutuo accepit, imminuta est æstimatio, & tunc, quia nullum commodum sensit ex priore æstimatione, ea diminutio cedere debet damno creditoris. Aut accidit ex interuallo temporis talis diminutio, postquam debitor pecuniam expendit, & antiquæ ęstimationis commodum sensit, & tunc debitoris incõmodo ea diminutio cedere debet. Hanc sententiam magnoperè commendat Modernus ille Parisiensis in loco superius annotato, nu. 701.

Tertia est sententia vera & communis. In hac re discrimen esse statuendum inter debitorem, qui nõ fuerit in mora soluendi, & eum, qui fuerit in mora: Nam si debitor fuerit in mora, damnum ex diminutione proue-
D niens, ad eum pertinebit. Si verò non fuerit in mora, diminutionis detrimentum, ut & commodum augmenti Creditoris erit. Ita Bar. in l. Cum quid, nu. 17. ff. si cert. pet. & in l. Paulus, nu. 8. ff. de solutio. Castr. in ead. l. cum quid, nu. 6. necnon Soc. nu. 42. & Alc. nu 68. Alex. ibid. nu. 16. Bauerius in Singularibus suis, in Rubr. Mista, de contract. nu. 19. Couuar. de collatio. veter. nummis. c. 7. §. vnico, nu. 3. Tiraq. de retractu consang. Gl. 18. nu. 27. Albertus Brunus, in tract. de Augmento & diminutione, concl. vlt. Limit. 1. Natta, cons. 454. num. 2. & 3. Boldgninus cons. 16. Boerius decis. 327. nu. 4. 7. & 9. Berous, in consi. 143. nũ. 25. 26. & 27. lib. 1. Corasius lib. 4 Miscellaneorum, c. 13. num. 5. Andr. Geyll, lib. 2. pract. Obseru. c. 73. n. 9. Menoc. cõs. 49. n. 45. Hier. Gab. cons. 164. nu. 4.

Probatur hæc sentẽtia argumento sumpto ex l. vinũ, ff. si cert. pet. Notatur in ea lege, debitorẽ vini mutuo accepti, obligatum non esse ad restituendum uinum eiusdẽ æstimationis, quæ tẽpore cõtractus erat, nisi fuerit in mora. Ergò idem & in specie ista statuendum videtur.

Con-

A Confirmatur argumentum hac ratione; Cùm debitor non eſt in mora, cur pati debet damnum ex diminutione æſtimationis, & non potius creditor, apud quẽ ſi nummi fuiſſent, damnũ ęquè ſenſiſſet? At potuiſſet inquies expendere illos antequam decreſceret æſtimatio; Verum eſt. Quid ni? Sed quis eum coegit ad mutuandũ? Quid ſi creuiſſet ęſtimatio? Nonne lucrum perciperet ex horum ſententia? Ergò & damnum ferre ęquo animo debet, ſatiſque debitor facit ſuæ obligationi, ſi totidem aureos, quot accepit, reſtituat, in bono auro, vel argento, iuſtoque pondere.

Reſpondent contrariæ ſententiæ authores; aliam eſſe rationem vini, quoniam vini æſtimatio prorſus eſt accidentalis, ita vt in contractu non cenſeatur eius habita ratio, at in pecunia ſecus, cum eius vſus principaliter conſiſtat in ęſtimatione extrinſeca.

Sed replicatur, non eſſe verum quod aſſumitur: nempè, in pecunia principaliter habendam eſſe rationem æſtimationis extrinſecæ, immò verò ęquè principaliter eſt **B** habenda ratio ęſtimationis intrinſecæ, hoc eſt, bonitatis ipſius auri, vel argenti, eiuſque materiæ, vt patet ex l. 1. C. de veter. nummi. poteſtate, & ex l. 1. C. de ponderator. & auri illatione, lib. 11.

Vnde non obſtat primum argumentum ipſius contrariæ ſententiæ. Quod enim Vlpianus ait in l. 1. ff. de contrah. empt. *Pecuniæ materiam, vſum & dominium, non tã ex ſubſtantia, quam ex quantitate præbere*, intelligendum eſt, quo ad commerciorum & permutationum commoditatem, eam enim ob cauſam inuentus eſt nummus, cuius ęſtimatione omnes res comparantur, atque ita etiam Vlpianus ipſe loquitur, vt patet.

Quod verò dicebatur pecuniæ æſtimationem principaliter in contractum veniſſe, actumq; cenſeri inter partes, vt eiuſdem æſtimationis nummi reſtituantur, cõcluſioni noſtrę non officit; quia omnis obligatio regulariter habet locum, atque intelligitur, rebus ſic ſtantibus, ſecùs **C** vbi mutatio eſt ſecuta, nec res eſt amplius in eodem ſtatu, l. Quod Seruius, & ibi Iaſon notat, nu. 8. ff. de condictio. cauſa data, cauſa non ſecuta. Latè Tiraquell. ad l. Si vnquam, in præfatione, nu. 266. C. de reuocandis donationibus. Ideò ſi diminutio æſtimationis facta fuerit, nõ tenetur debitor ad eam præſtandam, quæ tempore contractus erat.

Ad ſecundum argumentum reſpondeo, illud locum habere, ſi loquamur ſecundum tempora Romanorũ Iuriſconſultorum, tunc æſtimatio pecunię erat perpetua, & immutabilis, l. Ideo, ff. de eo quod certo loco. Nunc verò variatur æſtimatio monetarum, vnde ſatis certa erit obligatio ad pecuniam, ſi inſpecto tempore contractus apparuerit, quid, quale, & quantum, nulla ratione habita incertæ & futuræ mutationis, argumento l. cum hic ſtatus, §. ſi ſponſus, ff. de donationibus inter virum & vxorem. Neque enim id, quod certum eſt contractus tempore, ideò minus certum reputandum eſt, quod in futurum **D** mutari poſſit, alioqui nulla erit certa inter homines diſpoſitio, quandoquidem, omnia mutationi ſubiecta ſunt. Facit text. in l. Quemadmodum, §. ſi nauis, ff. ad legem Aquiliam, in l. 1. ff. de in litem iurando, in l. Plerumque, de reg. iur. cum alijs à Tiraquello citatis, de retractu conuent. §. 2. Gloſ. vnica, nu. 37. & ſeq.

Ad tertium argumentum, fateor pecuniam recipere functionẽ in genere ſuo, & actum cenſeri, vt eadem ęſtimatio præſtetur, ſed hoc intelligi debet rebus ita ſtantibus, non autem mutatione facta ęſtimationis.

Ad quartũ. Concedo fieri poſſe, vt creditor ante mutationem pecuniam eã expendat, ſed concedatur, etiam fieri poſſe vt non expendat, ſed penes ſe retineat pecuniam; itaque res eſt incerta, ita ſe habens ad lucrum, vt ad damnum. Lucrum enim faceret creditor, ſi augeretur æſtimatio, vt patet, conſequenter non debet conqueri, ſi ex diminutione ſentiat damnum, l. ſi lege, C. de vſuris, l. 1. C. de pactis, cum ſimilibus, & ſtatim dicetur.

Ad quintum argumentum reſpondeo, illud pertinere ad mutationem intrinſecam, de qua nunc non diſputamus. Vini enim bonitas, nequaquam in ęſtimatione conſiſtit, ſed pendet ex ſapore & guſtu, & alijs ſimilibus, vt notum eſt.

Ad ſextum reſpõdeo. Nullum abſurdum ſequi ex hac cõi ſententia, quoniam ſicuti damnum creditoris allegatur ex diminutione, & commodum debitoris, ita etiam è contrà, allegari poteſt creditoris commodum ex augmẽto æſtimationis. Quare hæc res, quæ ſe habet æquè ad dãnum, & ad lucrum, nil iniuſti, nil abſurdi continere videtur, l. de fideicom. C. de tranſact. l. ſi pater puellæ, C. de in offic. teſtam. l. ſi ea lege, C. de vſuris. Tiraquell. de iure primogeniorum, in 6. quæſt. num. 4.

Ad vltimum argumentum reſpondeo, negando conſuetudinem illam generalem extare, ſicuti negat Purpuratus, in conſ. 522. nu. 31. lib. 2. Deinde reſpondeo, Bart. qui allegatur, melius alibi docuiſſe, quàm in l. cum certũ, ff. de auro, & argento legato, ſicuti animaduertit Natta, in d. conſ. 454. nu. 6. atque intelligendum eſſe iuxta communem ſententiam, nempè, vt creditoris ſit periculum, vel damnum, ſicuti declarat Berous, in d. conſil. 143. nume. 26. lib. 1. Et tantum de hac prima quæſtione.

CAPVT X.

Explicantur aliæ quatuor Controuerſiæ de mutatione extrinſeca monetæ, necnon poſtrema, de mutatione intrinſeca.

SEquitur ſecunda controuerſia de contractu dotis, in qua quidem Sacro Regio Conſilio Neapolitano viſum eſt, inſpiciẽdam eſſe æſtimationem, quæ tempore contractus erat, & idcirco debitorem ſupplere oportere quod deeſt, ſi fortè decreuerit æſtimatio, ſicuti teſtis eſt Afflictus, deciſ. 194. Eandem ſententiam quibuſdam adiectis conditionibus amplexus eſt Pariſienſis ille in tract. de Contract. num. 717.

Cæterùm, & in hac ſpecie longè verior, & cõior eorũ ſententia mihi videtur, qui diſtinguunt eo modo quo in præcedenti, vt videlicet, ſi debitor in mora exiſtat, ipſius ſit periculum, & damnum ex mutatione proueniens, ſecus autem, ſi non fuerit in mora. Ita Bald. in conſ. 213. Punctus quæſtionis talis eſt, lib. 5. Aretinus in conſil. 84. Ludouicus Bologninus in conſ. 16. Natta in conſ. 454. & Nicolaus Boerius deciſ. 327. vbi teſtatur hanc eſſe communem ſententiam, & ita iudicatum fuiſſe.

Probatur hæc ſententia iiſdem argumentis, quibus Doctores vtuntur in præcedenti controuerſia; iiſdemq; modis argumenta contrariæ ſententię refelli poſſunt, quibus in præcedenti controuerſia confutata ſunt.

Quod attinet ad tertiam, in ea ſum ſñia, vt ex premiſſis decidatur, quoniam in contractu emptionis, & venditionis eadem planè eſt ratio, quæ in alijs contractib. Mutui ſcilicet, & Dotis. Iccirco, ſi emptor fuerit in mora ſoluendi precium venditori, mutationis periculum ſubibit; ſecus ſi non fuerit in mora. Ita Aretin. in conſ. 11. nu. 5. & de contractu locationis, & venditionis verba faciẽs Auguſt. Berous, in conſ. 143. num. 25. 26. & 27. lib. 1. Quare longa illa Pariſienſis diſt. in d. tract. de Contract. q. 93. n. 712. minimè neceſſaria eſſe videtur.

Quod attinet ad quartam controuerſiam Hieron. Cagnol. in l. 2. C. de pactis inter empt. & vendit. nu. 210. in eam ſñiam propendere videtur, quam in ſuperiorib. probauimus; dum citat Bart. in l. Paulus, ff. de ſolutio. & Aretin. in conſ. 84. Sed diſertè magis idem docet Boerius, deciſ. 327. nu. 4. Nempè, venditorem redimere volentẽ, totidem nummos, quot eidem numerati ſunt, emptori reſtituere debere, nulla ratione habita mutationis, ſed eius tantum æſtimationis, quæ tempore contractus erat. Idẽ reſpondit Crauetta, in conſ. 47. quorum ſententia videtur mihi veriſſima. Nam venditor emptori promiſit idẽ precium, quod accepit, reſtituere, puta centum aureos. Illud igitur reſtituit, centum aureos numerando.

Quod

Quod si minoris sint valoris, nulla est culpa venditoris, sed Magistratus. Si damnum emptor habet, illud æquo animo ferre debet, quia si aucta fuisset æstimatio, lucrum fecisset. Quare & in hac specie valere iubeo Parisiensem cum suis distinctionibus & ratiocinationibus. In maximo enim veterum Iurisconsultorũ & Legislatorum silentio, iuuat communes sententias amplecti, præsertim verò ratione munitas.

Atque idem statuo in legato pecuniæ à testatore designatæ, vt scilicet ea pręstanda sit legatario quantitas, quã testator reliquit, inspecta illa æstimatione, quæ tempore solutionis est, nulla ratione habita mutationis ac diminutionis, nisi à tempore morę, secutus Paul. Castr. qui ita docet in l. 3. C. communia de legatis.

Nec me mouet authoritas Mariani Socini sen. in consil. 6. lib. 5. vbi indistinctè respondit habendam esse rationem æstimationis, quæ tempore testamenti erat. Eius. n. argumenta hanc sententiam non euincunt.

Inprimis sic argumentatur. Testatoris voluntatem intelligendam esse secundum tempus testamenti, l. si ita, ff. de auro & argento legato. Consequenter legatum nummorum ex tempore testamenti esse declarandum, vt scilicet in ea ęstimatione præstetur, quæ erant tempore testamenti.

Respondeo, negando consequentiam. Nam licet habenda sit ratio temporis testamenti conditi, quantum ad quantitatem & qualitatem nummorum, atque adeò quãtum ad intrinsecam bonitatem ipsorum, non tamẽ eiusdem æstimationis habenda est ratio, quia testator de æstimatione cogitasse non videtur. Quare si paratus sit hęres legatario præstare eos nummos, quos testator designauit, nullamque in ea se moram admiserit, eum satisfacere puto testatoris voluntati, quippe, qui nummos eiusdem æstimationis pręstitisset, si eadem permansisset æstimatio.

Secundò, Marianus argumentatur ex consuetudine, quæ est, vt pro pecunia debita in certa specie, alia præstari possit. Quò fit, vt hęres statim à morte testatoris, si nõ soluat, vel aureos relictos, vel eorum æstimationem, in culpa esse videatur.

Respondeo. Dato, quod vigeat hęc consuetudo, quod tamen dubium est, vt in cap. præcedenti diximus, illa cõsequentia non est bona, ergò hęres potest a morte testatoris statim soluere in alia moneta. Quod si non soluat, in culpa esse videtur. Nam nos loquimur de hærede, qui nullam in soluendo moram commisit. Quod si legatum sub die, vel sub conditione relictum sit, quis culpam adscribet hæredi statim non soluenti?

Restat postrema quęstio de intrinseca mutatione monetę; in qua quidem communis est & vera sententia, in contractibus ita esse statuendum, vt si bonitatis intrinsecę mutatio contingat, nihilominus ea præstanda sit bonitas à contrahentibus, quę tempore contractus erat. Ita respondit Socin. sen. in cons. 298. lib. 2. Socin. iun. in cõsil. 145. num. 95. lib. 1. & 142. nu. 6. lib. 2. & 101. lib. 3. Natta in cons. 302. & 454. Couua. de veter. nummis. collatio. cap. 7. §. vnico, num. 2. in prima conclusione. Purpuratus in cons. 522. lib. 2. Dominus meus Cephalus in cons. 31. num. 8. Atius Pinell. ad l. 2. C. de rescind. venditio. in prima parte Rubr. cap. 3. nu. 23. Cagnolus ad l. 2. C. de pactis inter empt. & vendit. Albertus Brunus de augmento, Concl. vlt. Canonistæ communiter, in ca. Olim, & in c. cum Canonicis, de censibus.

Probatur hæc sententia. Primò ex c. cum Canonicis, De Censibus, cuius verba hæc sunt: *Cum Canonicis maioris Ecclesia, quandam summam pecunia pro pensione Ecclesia tua debitam, aliquot annis persolueris: & idem summam illam ex integro de meliori moneta exigant sibi solui. Tibi damus nostris litteris in mandatis, vt Canonicos illos solutione prioris pecunia, vel si non sit in vsu, æstimatione pensionis antiqua facias manere contentos.* Hactenus Gregorius.

Respondent contrariæ sententię authores, quos infrà

A referam, Pontificem ibi loqui, quando moneta non solum aucta est intrinsecus, sed etiam extrinsecus, proportionabiliter, iuxta intrinsecum augmentum. Quod probatur primò, quia vetus moneta non erat abrogata, neque diminuta, sed manebat in antiqua æstimatione, & sic erat bona & legitima, vt prius alioqui non diceretur in textu, Debitorem potuisse soluere ex antiqua moneta. Pecunia verò noua erat maioris æstimationis, quod ex eo patet, quia textus dicit, soluendum esse iuxta ęstimationem antiquæ monetę. Ergo moneta noua erat aucta etiam extrinsecus.

Secundò id probatur: quia plerumque ita accidit, vt si moneta aliqua melior & fortior cudatur, maior ęstimatio etiam indicatur.

Denique probatur: quia si noua moneta melior excusa fuisset sumptibus Reipubl. non aucto valore ipsius, tũc antiqua moneta vel fuisset reprobata, tanquam adulterina, vel cœpisset esse minoris ęstimationis, quorum
B neutrum accidit in specie dicti cap. cum Canonicis, immò contrarium accidit, quia vetus moneta, nec reprobata erat, nec æstimatione diminuta. Ex quo sequitur, tam extrinsecus, quam intrinsecus auctam fuisse.

Respondeo, hęc non obstare. Nam quod primo loco dicitur, monetam ibi non fuisse reprobatam, nullam habet firmitatem, quia Pontifex idem rescribit in vtroque casu, siue reprobata fuerit, siue non, vt patet ex illis verbis: *Solutione prioris pecunia, vel si non sit in vsu, æstimatione facias esse contentos.* Neque bona est consequentia. Vetus moneta non fuit reprobata, & mansit in sua veteri ęstimatione, Ergò moneta noua, tam extrinsecus, quam intrinsecus, melior facta est & aucta. Nam fieri potuit, &, nisi fallor, ita accidit, vt antiqua moneta reperiretur, ac in vsu esset. Canonici autem, nouam exigerent monetam longè meliorem, hoc est, melioris auri, seu materię magis preciosę, quamuis eiusdem esset precij. Quod iniustum erat
C Quod verò dicit textus: *Vel si non sit in vsu, æstimatione pensionis antiqua facias manere contentos*, non probat monetam nouam extrinsecus auctam fuisse, sed cum esset melior, non esse soluendam loco antiquę. Consequẽter videndum, quanti antiqua valuerit, & eam ęstimationem præstandam esse.

Confirmatur hęc sententia: quia nimis durum & absurdum esset, existimare Canonicos illos meliorem monetam exegisse, quę scilicet preciosioris esset materię, & simul etiam maioris æstimationis. Id profectò nimis iniustum fuisset, sic enim plus debito exegissent, unde & summus Pontifex eos redarguisset, ut laudabili more suo facere solet.

Rursus confirmatur hęc interpretatio: quia textus dicit, Canonicos exigere uoluisse summam pecunię debitam, de meliori moneta. Si moneta, quò ad æstimationem aucta fuisset, non summam sibi debitam, sed maiorem exegissent.

D Nec obstat illa responsio. Verba illa referenda esse ad numerum nummorum, qui erat idem, non autem ad ęstimationem inde resultantem, quæ maior erat, ut probant uerba in fine textus, ibi: *Aestimatione pensionis antiqua*, &c. Quia respondeo. Verba: *Aestimatione pensionis antiqua*, &c. Id non probare quod assumitur. Nam si ego peto, & exigo summam, quã mihi debes, in meliori moneta, non est sensus, ut mihi soluas, & numeres tot nummos, quot mihi debes, maioris tamen æstimationis, quam debeas. Sed sensus est, ut mihi restituas summam debitam in moneta meliori, hoc est, ex materia magis preciosa & pura.

Quod uero secundò dicebatur, plerumque id accidere, ut aucta bonitate intrinseca, augeatur etiam extrinseca, locum habere potest, quoties antiqua moneta iustam habuit æstimationem & congruam eius bonitati, tunc enim si augeatur quoad materiam & bonitatem necessariò augeri debet etiam quoad preciũ & ęstimationẽ. Hoc uerò an acciderit in ea specie, de qua Summus Põtifex lo

quitur, nobis est ignotum. Quare fieri potuit, vt antiqua moneta maioris esset æstimationis, quam eius materia exegisset, vt propterea eadem æstimatione manente, bonitas materiæ aucta fuerit.

Cum verò tertio loco sic argumentantur. Si expensis Reipub. noua moneta melior excusa fuisset, non aucto valore extrinseco, tune necessariò, vel fuisset antiqua reprobata tanquam adulterina, vel cœpisset esse minoris æstimationis, quorum neutrum est in d.c.cum canonicis.

Respondeo, forsan reprobatam fuisse in illa specie. Ait enim Pont. Max. *vel si non sit in vsu,* &c. Item, fortasse minoris æstimationis fuisse, quæ causa fuit, vt Canonici nouam monetam exigerent longè meliorē. Sed respondit Summus Pontifex si pecunia vetus sit in vsu, eam esse præstandam: *Solutione*, inquit, *prioris pecuniæ eos facias esse contentes.* Ex quo efficitur, mutatione intrinseca contingente, eius monetæ, qui tempore cōtractus erat in vsu, vel eius æstimationis rationem habendam esse, nec meliorē monetam exigendam, ex meliori f. materia.

Quæ sententia secundo loco probatur: quia intrinseca bonitas monetæ cōsistit in materia ipsa auri vel argenti, & in eius pondere ac specie, vt probat l. 1. ff. de contrahen.empt.ibi: *Non tā ex substantia, quam ex quantitate.* Quo fit, vt pecunia præstanda sit boni ponderis & materiæ, l. 1. C. de veteris nummismatis potestate, lib. 11. & l. 1. & 2. C. de ponderatoribus, lib. 10. Ergo ipsa bonitas intrinseca, quæ erat tempore contractus, præstari debet, quasi actum inter partes sit, vt præstetur eadem illa bonitas, argumento l. Cum quid, ff. si certum petat. Et quasi in contractum ipsum deducta sit, argumento l. Rutilia Polla, ff. de contrahenda emptione.

Respondet Parisiensis, vnus ex contrariæ sententiæ authoribus, quos statim adferam. Argumentum hoc probare, necesse esse, vt moneta non solum forma conuenienti, sed etiam materiæ bonitate, publicè definita & constituta prædita sit, vt dicatur esse proba moneta: *Quod*, inquit, *non est in controuersia* Sed fallitur in hoc, nec tollit argumentum, cuius vis est in eo posita, quod, cum bonitas materiæ pertineat ad intrinsecam bonitatem monetæ, illa principaliter in contractum deducta esse videatur vt præterea mutatione contingente, eius solius, vtpote a contrahentibus consideratæ, & in contractum deductę ratio habenda sit, quemadmodum docet communis hæc sententia.

Quæ probatur tertio loco. Creditor de iure non cogitur in aliam formam, quam conuenit, pecuniam recipere, vbi damnum passurus est, l. Paulus, ff. de solutio. Ergo similiter non est cogendus, vt pecuniam recipiat deterioris materiæ si damnum passurus sit, Nulla enim est diuersitatis ratio; Atqui verisimiliter damnum passurus est, tū qa moneta deterioris materiæ plerumq; æstimatione minuitur, tum, quia non tam facilè expendi potest. Si non est cogendus creditor, vt pecuniā recipiat deterioris materię, ergo neque debitor cogendus est ad soluendam pecuniam ex meliori materia conflatam, ne sequatur inæqualitas inter contrahentes.

Respondet Parisiensis, argumentum rectè concludere, vbi facti circumstantiæ ostendunt, aliquod iustum interesse Creditoris in præsenti: *Quibus in casibus*, inquit, *non loquimur, sed quando creditor tenax & auidus, cui debitum offertur, in pecunia communiter approbata & expendibili, & in qua non imminet periculum, quin commode tanti locare possit, si velit, caussatur diminutionem bonitatis intrinsecæ, qua sensim facto, vel conniuentia Principum, siue iuste, siue iniustè emersit: Hoc demum non solum inhumanū, sed iniquum nobis videtur, siue ex iustis causis ea diminutio emerserit, (quo casu nemo sanæ mentis dubitat) siue ex iniustis, quia tunc saltem casus est fortuitus respectu debitorum.* Hactenus ille.

Sed raro, ni fallor, talis mutatio continget & diminutio sine damno creditoris, ex causis supradictis, qui quidem creditor, semper iustè allegabit eam bonitatem sibi præstandam esse, quæ in contractum deducta fuit, præ-

A sertim, cum debitor possit eam præstare, supplendo id, quod deest antiquæ bonitati & materiæ.

Cæterum, ab hac sententia recesserunt Io. Faber, in Auth. Hoc nisi, C. de solution. Geminianus in cons. 137. Romanus, cons. 125. & in Singulari 519. incipiente: Qd tempus. Parisiensis, de Contract. quæst. 100. num. 749. & quidam alij, quos refert & sequitur Menoch. in cons. 49. nu. 38. Quorum argumentis iam respondendum est.

Primum est huiusmodi. Substantia monetæ est valor impositititius, non autem materia, quia nō est corpus physicum, sed artificiale, vnde non videtur in contractum deduci, nisi sub ratione valoris impositititij, & sic attendenda non est bonitas materiæ, sed tantum valor. Alioquin obligatio pecuniæ non esset certa, nec eiusdem potestatis & æquipollentiæ cum alia moneta, quemadmodum leges dicunt, si dato valore & cursu, exigeretur etiam bonitas materiæ, quæ erat tempore dispositionis.

Respondeo, negando substantiam pecuniæ consistere in valore impositititio, vt ipsi loquuntur, immò vero tam ex substantia, id est, ex materia consistit, quam ex quantitate, l. 1. ff. de contrahen.empt. & supra etiam diximus.

Et dum dicitur. Si non deduceretur moneta in contractum, sub ratione valoris impositititij, eius obligatio non esset certa. Id nego. Quid enim impedit, quo minus certa sit hęc stipulatio? Promittis mihi centum aureos coronatos boni & iusti ponderis? Apparet enim quid, quale, & quantum sit deductum in stipulationem, l. certum, ff. si certum pet. Et tamen materia, seu bonitas intrinseca in hanc stipulationem deducitur, ut patet.

Rursus, si dicatur ex hoc sequi, pecuniam non recipere æquipollētiam cum alia materia, respondeo, immò recipit functionem in genere suo, & alia moneta præstari potest, si aliud non obstet, & non sit ex deteriori materia confecta, ita ut damnum creditor passurus sit.

Secundum argumentum. Appellatione auri & argenti venit aurum & argentum etiam factum, vt vasa aurea
C vel argentea, l. quæsitum, §. illud, de leg. 3. l. cum aurum, ff. de auro & argento lega. Non tamen veniunt nummi aurei, vel argentei, etiam ex pura materia, ut in d. l. cum aurum, & in l. Quintus, 2. §. 1. eod. ergo speciale est in pecunia signata, vt in ea non materia inspiciatur, sed forma & indicatura imposita. Consequenter, si offeratur solutio in pecunia proba & currenti, quæ tantum valet in valore impositititio & currenti, quantum pecunia, quæ currebat tpe contractus, sufficere debet, & tenetur creditor eam recipere, licet in materię bonitate diminuta sit.

Respondeo, aureos nummos, vel argenteos, eam ob causam appellatione auri, vel argenti non contineri, quia non facile quisquam argenti numero nummos computat, ut inquit Iurisconsultus in l. quintus, 2. §. 1. ff. de auro & argento leg. Non autem eam ob causam, quod ratio materiæ in nummis non habeatur. Quod & præterea falsum esse, supra demonstrauimus.

Tertium argumentum petitum est ex historijs Romanorū. Etenim memoriæ proditum est, summa vrgēte necessitate, aliqn̄ excusos fuisse publico decreto nūmos ex
D vilissima materia, quos tñ creditores coacti sūt recipere.

Respondeo, nos hic non quęrere quid aliquando ex facto acciderit, & obseruatum sit, sed quid fieri debeat, secundum Iuris & æquitatis normam.

Quartum argumentum est ex l. cum certum, ff. de Auro & argen. leg. vbi textus ita dicit. *Cum certum auri, vel argenti pondus legatum est, si non species designata sit, non materia, sed precium præsentis temporis præstari debet.*

Respondeo. Nil obstare illum textum, quoniam illa verba, *Precium præsentis temporis præstari debet*, testamenti tempus significat, & sic tempus dispositionis, quod & nos dicimus inspiciendum esse, sicuti animaduertit Pinellus, ad l. 2. C. de rescind. vend. in 1. par. Rubr. c. 3. n. 25. Præterea, non loquitur ille textus de certo aliquo precio debitu, seu de certa quantitate relicta, sed de æstimatione rei legatæ, quæ augeri, & minui potest, Vnde non facit ad rem nostram.

Quin-

Quintum & postremum argumentum. Solutionis tēpus obseruari debet, non autem tempus contractus, quoties ex consuetudine vna moneta solui potest pro alia, vt declarat Bart. in l. Cum certum, ff. de auro & argen. leg. Sed talis consuetudo vbique extare videtur; Ergo tempus solutionis inspiciendum est.

Respondeo. Allegantı hanc consuetudinem onus incumbere probandi, vt dicebat Purpuratus, in cons. 522. nu. 31. lib. 2. Talis enim consuetudo verè non extat, teste Parisiensi, loco superius annotato, nu. 708. Item Bartolum alibi melius locutum esse, quam in d. l. cum certū, vt dicebat Natta, in d. cons. 454. nu. 6. Item, Bartolum loqui de mutatione monetæ circa æstimationem, non autem circa materiam, vt dicebat Berous, in cons. 143. nu. 26. & 27. lib. j. Denique nulla ratione vel lege eam consequentiam probari, quæ ex consuetudine allegata deducitur ad conclusionem nostram.

CAPVT XI.

Ius redimendi quod competit ex pacto, an in alium transferri possit.

IVs redimendi rem venditam, quod ex pacto competit, transferri in alium posse, respondit Castr. in cons. 1. lib. 2, ea ratione adductus, quod quæ ad hæredem transmitti possunt, alteri etiam cedi posse constat, l. Ex pluribus, ff. de administ. tut. Pactum autem huiusmodi, seu ius ex pacto competens ad hæredem transmittitur, l. 2. C. de pactis inter emptor. & venditor.

Huc accedat, q̄ res ipsa si fuerit redempta, transferri absque dubio in alium potest. Ergò & actio ad redimendum competens, cedi poterit.

Cæterum, Ruin. in cons. 72. lib. 1. contrarium respondit, motus authoritate Angeli, in l. Ad officium, C. commu. diuidundo, vbi ex sententia Petri & Cyni, docet nō licere consanguineo, qui ius redimendi habet ex statuto vel consuetudine, illud alteri cedere.

Huc accedat q̄ emptor facultatem redimendi concedere videatur venditori, quoniam ita venditor pactus est, ob singularem forsan affectionem in rem, quam vēdidit, quia vel maiorum suorum fuerit, vel ab eo acquisita.

Confirmatur hæc sententia ex l. si mulier, §. Ex asse, ff. de iure Dotium. Dum ibi dicitur, Fideicommissarium alteri ius suum cedere non posse, antequam sibi fideicommissum restituatur.

Et ad Castrensis argumentum respondetur. Argumētum rectè sumi ex transmissione ad cessionē, cum negatiuè concipitur, hoc modo. Non potest hoc ad hęredem transmitti ergò neque cedi, ita enim loquitur l. ex pluribus, ff. de admin. tutor.

Ad alterum vero argumentum, multum referre inquit Ruinus, vtrum actionem, quę ad redimendum cōpetit, quis cedat, an verò ipsam rem redemptam. Nam redimendi ius ad personam tantum venditoris restrictum esse videtur, res verò redempta liberè in alium transferri potest.

Ego Castrensis sententiam, & veriorem, & communiorem esse iudico. Nam secuti sunt eandem sententiam Andr. Siculus, in cons. 6. n. 21. lib. 4. Decius in cons. 164. & 614. Cassanæus in Consuet. Burgund. Rubr. 5. § 1. in quinto dubio, & in cons. 11. nu. 39. Crauet. in cons. 191. nu. 2. Tiraquell. alios referens, de retractu consanguin. §. 26. Glos. 3. nu. 1.

Probatur verò hæc sententia manifestē. Nam actiones regulariter cedi possunt, & in alium transferri, vt patet ex toto tit. de hæreditate, vel actione vendita, cur ergo & actio ad redimendum cedi non poterit?

Non obstat argumentum illud Ruini, quod ius redimendi ex statuto competens consanguineis, cedi nō possit, quoniam id summam habet rationem, quæ quidem ad speciem hanc accommodari non potest. Ratio autem

A est, ne cessio fieret extraneo, & inde præiudicium alteri consanguineo generaretur, sicuti diseriè explicat Romanus, in cons. 484. & ipsemet Ruin. in cons. 47. col. penul. versicul. nec obstat dum dicebatur, lib. 4. Porrò, quod dicebatur de affectione, nihil mouet, cum ipse uenditor cedendo alteri ius suum, affectionem deponat, & ut res in alterum transferatur, consentiat.

Ad l. si mulier, §. ex asse, respondeo, illam decisionem peculiari quadam ratione locum sibi vendicare, quę non pertinet ad rem nostram. Est autem ratio in illis uerbis textus: *Mulieri* (scilicet Fideicommissarię) *in hoc tenetur heres, vt hereditatem restituendo, transferat actiones. & quas habet, et quibus est obstrictus, quas transferre ad aliū, quam cui debet fideicommissum, non potest.* Sensus est, Fideicommissario non esse permissam hanc cessionem, antequam sibi fideicommissum restituatur, quia hæres scriptus & grauatus, sequi debet testatoris voluntatem, & Senatusconsulti Trebelliani authoritatem, de quo in l.
B 1. ff. ad Trebellianum, ac proinde fideicommissario hęreditatem restituere. Rectè, ne scilicet Fideicommissarius, qui actionib. hęreditarijs obstrictus esse dēt, aliū substituendo per cessionem, se liberet ab obligatione creditoribus ignorantibus, cōtra l. si mandato meo, § j. ff. Mādati.

Et hanc esse puto causam, cur fideicommissario liceat singulas res cedere, vt in l. Seruo inuito, §. vlt. ff. ad Trebellianum. Talis enim rerum particularium cessio, fideicommissarium non liberat ab onere obligationum hęreditariarum, nec hæres scriptus facit contra voluntatē testatoris, cum fideicōmissum restituat cui debet, licet res singulas alteri tradat ex uoluntate fideicommissarij.

CAPVT XII.

Vtrum reuenditionis pactum, vsuræ præsumptionem inducat, si accedat precij modicitas.

C PLures ac diuersæ sunt Doctorum sententię, vtrum pactū reuēdendi simul cū precij modicitate, vsuræ præsumptionē inducat. Sūt enim qui affirmant quamplurimi, quos ordine iuuat commemorare.

Inprimis Glos. in c. Conquestus, de usuris. Panorm. ibidem, & in c. ad nostram, nu. 4. de empt. & vend. & in cons. 76. lib. 1.

Innocentius, Io. Andreæ, Anton. Butr.

Io. de Annania, & Io. Imolens. in d. c. Ad Nostram.

Archidiaconus in c. Plerique, 14. q. 3.

Castrens. in cons. 109. lib. 1.

Ambrosius de Vignate, in c. Salubriter, de usuris.

Guido Papæ in cons. 180.

Alex. in cons. 54. lib. 6. & 46. lib. 3.

Afflictus in Decis. 40. 65. & 339.

Feracius Cautela 17.

Parisius in cons. 54. nu. 62. & 55. nu. 19. lib. 1.

Cassiodorus, decis. 1. tit. de usuris.

D Bertrandus in cons. 287. lib. 1.

Iacopinus à sancto Georgio, in l. si quis nec causam, §. 1. ff. si cert. petatur.

Cassanæus in consuet. Burgund. Rubr. 5. nu. 21. uers. Aduerte.

Capra, in Reg. 87. & 173.

Grammaticus decis. 76. nu. 30.

Crauetta in cons. 156. nu. 4. & nu. 7.

Natta in cons. 198. nu. 8. lib. 1.

Michael Grassus com. opi. li. 1. q. 8. ti. de empt. & uen.

Viuius Commu. opin. uerbo, uēdere, & in uerbo, contractus.

Emanuel Soarez in Thesauro receptarum sententiarum, in uerbo, contractus, nu. 20.

Io. Baptista Lupus, ad l. 2. C. de pactis inter empto. & uend. in 2. parte, nu. 29. uers. Tu autem.

Hieron. Gabriel. in cons. 74. nu. 5. lib. 1.

Collegium Mediolanēse & Papiēse, apud Cepollā de

simulatione contractuum, num. 100. vbi & alios multos citat. A

Christophorus de Castilione, in cōsilio impresso post tractatum Maleficiorum Bonifacij Vitalini.

Andreas Siculus, in cons. 55. lib. 1. & 4. & in d. cap. Ad nostram, de empt. & vendit.

Antonius Burgos, in d. c. ad nostram, Baldus Nouellus, Iacobus Puteus, & Lancellotus Decius, quorum responsa se habuisse testatur Cagnol. ad l. 2. C. de pactis inter empt. & vend. nu. 50.

Philippus Decius in cons 692.

Gratus in cons. 141. nu. 5. lib. 1.

Franciscus Becius in cons. 52. nu. 7.

Ludouicus Bologninus ad Annaniam, cons. 58.

Gratus in cons. 11. nu. 14. lib. 2.

Cæsar Vrsillus ad Afflictum, decis. 65.

Mandosius ad Romanum, in cons. 423. in fine, in verbo Maximè.

Cardinalis Albanus ad Bartolum, in l. Emptione, C. plus valere quod agitur. B

Benuenutus Stracha in Additionibus ad Crauettam, in cons. 156.

Cotta in Memor. in verbo pactum de retrouendēdo.

Riminaldus sen. in cons. 318. col. fin.

Riminaldus iun. in cōs. 218. n. 122. lib. 2. vbi alios citat.

Fundamentum huius sententiæ positum est in d. c. ad nostram, de empt. & vend. & in c. Illo vos, de pignorib. Nam in c. ad nostram, S. Pontifex pronunciare videtur, contractum esse fęneratitium ex pacto reuendendi, & precij modicitate, in illis verbis. *Cum reuera contractus vsurarius argeretur, quòd patet ex eo, q. Creditor debitori promisit, quod quandocunque a septennio vsq; ad nouenniū daret sexaginta vncias Tarinorum, quæ vix dimidiam iusti precii contingebant, domos restitueret, & oliuas.*

Si dicatur, ibi duo alia interuenisse, nempe, venditorē accipere voluisse mutuò pecuniam, item cogere non potuisse emptorem ad reuendendum ante septennium. C

Respondet Anton. Burg. Pontificem ibi adductum non fuisse ad ita pronunciandum, ex illa mutui petitione sed tantum ex pacto reuendendi cum precij modicitate, Et licet pactum illud reuenditionis à septennio esset vsque ad nouennium, nil refert. Arguit enim maiorem auaritiam, & maius desiderium lucrandi in emptore & creditore, quam vbi simplex est pactum de reuendendo arbitrio venditoris, sed tamen & illud simplex pactum lucrandi animum ostendit.

Secunda est opinio eorum, qui negant ex his duobus contractum censendum esse vsurarium. Ita Iacobus de Arena, & Cynus, in l. Emptione, C. plus valere q. agitur,

Cardinalis Zabarella, in c. Illo vos, de pignor.

Ancharanus in c. ad nostram, de empt. & venditio. & in cons. 277.

Laurentius Rodulphus, in tract. de vsuris, q. 60.

Alex. in cons. 109. lib. 4.

Socin. sen. in cons. 248. lib. 2. D

Socin. iun. in cons. 50. lib. 1.

Decius in cons. 167. nu. 4. & 648.

Ruinus in cons. 16. nu. 11. lib. 4.

Boerius decis. 102. & in cons. 31.

Corasius lib. 3. Miscellaneorum, cap. 9.

Cagnolus ad l. 2. C. de pactis inter empt. & vend. n. 51.

Gozadinus ibidem, nu. 30.

Osascus decis. Pedemont. 42.

Rolan. à Valle, in cons. 58. n. 10. lib. 4.

Dominus meus Cephalus, in cons. 289. nu. 37.

Dominus meus Decianus, in cons. 2. n. 176. & seq. li. j.

Iacobus Menoch. de Arbitrarijs Iudicum, Casu. 217.

Tiraquel. de retractu conuent. in pręfat. nu. 5.

Ex antiquioribus etiam Baldus, & Albericus, necnon Salicetus & Fulgo. in l. Emptione, C. plus valere quod agitur, & idem Baldus, in cons. 133. li. 1. 205. lib. 5. & 359. lib. 5. & 361. eod. lib. & idem Fulgosius in cons. 134.

Cumanus in cons. 184.

Iason in cons. 150. 151. & 153. lib. 4. & in l. Quoties, C. de iudicijs.

Fabianus de Monte, de empt. & vend. 7. q. princi. vers. sexto quæro.

Hostiensis, in Summa, de empt. & vend. §. Qualiter rescindatur, vers. vlt.

Calcaneus, in cons. 85.

Purpuratus, ad l. Rogasti. §. si tibi. ff. si cert. pet.

Iacobus Nouellus, in reg. iur. 133. vers. pactum de retrouendendo.

Henricus Boic, in d. c. ad nostram.

Augustinus Berous, in cons. 212. nu. 6. lib. 3. 165. n. 24. lib. 1. 169. nu. 18. eod.

Alexander de Neuo. in cons. 95. nu. 21.

Nenizanus in cons. 88.

Petrus de Ferrarijs, in forma libelli, in causa venditionis, in principio.

Aegidius Bellamera. decis. 7.

Conradus, de contract. q. 84. concl. 3. & 4.

Franciscus Bursatus in cons. 117. nu. 12.

Argumenta huius sententiæ hæc sunt. Contractus talis est iudicandus, qualis ex forma ipsa apparet, l. cum precibus, C. de probat. l. si tantum. ff. ad Macedonianum. Et tradunt Alex. in cons. 3. lib. 1. & Crauetta, in cons. 20. n. 3. Sed ex facie, seu forma contractus, de quo agitur, non videtur esse fęneratitius. Ergò talis iudicandus non est.

Secundò. Contractus in dubio præsumitur verus, nō autem simulatus & fœneratitius, d. l. cum precibus, C. de probation. & tradit Decius, in l. rogasti, § si tibi, nu. 6. ff. Si cert. petat. Ergò & contractus, de quo agitur, præsumitur esse verus & iustus, non autem vsurarius.

Tertiò. Non est contractus illicitus reputandus, nisi id manifestè euincatur, l. præuaricationis, §. vlt. ff. de præuaricator. c. ult. 31. q. vlt. c. præterea, 13. dist. Sed nulla lege id euinci potest, Ergò, &c.

Nec obstant Canones, qui ad hoc allegantur, Nempè, c. ad nostram, de empt. & vend. & c. Illo uos, de pignor. Quoniam id non probant, cum in illis casibus multa alia cōcurrerint, ex quib. cōtractus à Pōtifice reprobatus fuit

Si dicatur, Summum Pontificem in illis casibus perpendisse tantum precij modicitatem, & pactum reuendēdi. Respondetur, aliter illud pactum constitutum fuisse, quam in quæstione nostra. Nempè, vt à septennio vsque ad nouennium venditori redimere liceret, & sic ante septennium redimere non poterat, quod argumento est, emptorem ante illud tempus lucrari fructus voluisse.

Si replicetur id nō obstare, quia etiam vbi fit pactum huiusmodi simpliciter, vt venditori liceat quandocunque redimere, apparet emptorem animum lucrandi aliquid habuisse vltra sortem. Respondetur, non tam certum & magnum lucrum hoc in casu emptorem facere potuisse, sicut in ea specie, quando scilicet ante septennium redimere non licet.

Tertia est sententia, tria requiri, ut contractus iudicetur fœneratitius. Pactum reuendendi, precij modicitatē, & emptoris consuetudinem fœnerandi.

Hanc sententiam secuti sunt ferè omnes, quos pro pręcedenti opinione commemoraui. Dum enim negāt duo illa sufficere, tertium requirunt, nempè fœnerandi consuetudinem, quasi ex tribus hisce coniecturis, cōtractus præsumendus sit fœneratitius. Atque ob id perpendunt tres coniecturas concurrisse apud Pontificem in d. c. ad nostram. Et nominatim in c. Illo vos, de pignoribus, cōsideratam fuisse fœnerandi consuetudinem.

Quarta est sententia, nec tria isthæc sufficere, vt contractus reprobari debeat, tanquam illicitus, quia pactū reuendendi approbatur a lege, læsio item circa precium non improbatur, l. In causę, §. penult. ff. de minorib. l. nē si in precio, §. quemadmodum, ff. locan. Fęneratores autem etiam probos ac iure permissos contractus aliquando exercent; Ita docent Cyn. & Iacob. de Arena, in l. Emptione, C. plus valere quod agitur. & Ang Aretin. in § 1. nu. 30. in Instit. de except.

Quin-

A Quinta est opinio distinguentium. Aut præcessit mutui petitio, hoc est, Venditor ab emptore petijt mutuò pecuniam antequam venderet; aut non præcessit. Primo casu, ex pacto reuendendi, & precio exiguo contractus illicitus reputatur. Secundo casu non item. Ita Odofredus, relatus à Baldo in l. Emptione, C. plus valere qđ agitur. Rom. singul. 368. Quæro an pactum. & in cons. 423. Vitalis Cambanus in tract. Clausularum, pag. 274. num. 10. & Bald. in cons. 359. lib. 5.

Fundamentum autem istorum est in d. c. Ad nostrã, de empt. & vend. Nam ibi præcesserat mutui petitio.

Sexta & postrema est sententia, totam hanc rẽ prudentiæ Iudicis esse committendam, qui omnibus consideratis circumstantijs, contractum eiusmodi, tanquam licitum approbabit, vel vti fœneratitium repudiabit. Ita Corneus, in cons. 4. lib. 1. Alex. in cons. 119. in fi. lib. 4. Didacus Couuar. variar. resol. lib. 3. c. 8. nu. 4. Menoch. de præsum. lib. 3. cap. 122. nu. 40.

B Ego in hac re sic statuo, si tria hæc concurrant, nempe precij modicitas, pactum reuendendi, & consuetudo fœnerandi, contractum censendum esse fœneratitium. Hoc mihi persuadent Canones allegati pro confirmatione secundæ opinionis. Etenim, tres potissimum coniecturæ à Summo Pontifice perpensæ fuerunt, in d. c. Ad nostram, & in d. c. Illo vos, nominatim perpenditur consuetudo fœnerandi. Ratione quoque moueor, quia semel malus, semper præsumitur malus in eodem genere mali. Quare, si magna sit læsio circa precium rei venditæ, & pactum adsit reuendendi, nihil aliud suspicari licet, quam contractum initum fuisse in fraudem vsurarũ, ita scilicet, vt partes animum habuisse præsumantur mutuũ contrahendi, vsque ad certum tempus, & fructus ex re vẽdita vsurarum loco percipiendi. Quod si tria non concurrant, quæ dixi, vix animaduerto, quo potissimum argumento contractus huiusmodi iudicetur fœneratitius. Neq; enim Canones id dicunt, neq; ratio id euincit, cũ C venditori liceat quandocunque redimere, & sic antequã emptor aliquos fructus ex re empta perceperit, soleatque ipsum per se pactum reuendendi iustam rei æstimationem magnopere extenuare. Quare Iudicis arbitrio libenter id committo, ita, vt si aliqua alia suspicio accedat, tũc ad iudicandum vsurarium cõtractum procliuior existat.

CAPVT XIII.

Vtrum pacto redimendi præscribatur spacio longissimi temporis, quoties ita conceptum est, vt semper, et quandocunq; venditori liceat redimere.



Vm ita conuentum est inter emptorem & venditorem, vt liceat venditori quandocunque redimere, vtrum obstet redimere volenti, triginta annorum præscriptio, grauis est inter Doctores cõtrouersia. Sunt enim, qui D obstare affirmant, quamplurimi, nempe circiter quinquaginta, quos commemorant Ant. Gabrielius, Commun. conclu. tit. de præscript. concl. 6. Andr. Tiraquell. de retractu conuent. §. 1. Glos. 2. nu. 31. Didac. Couuar. variar. resol. lib. 1. cap. 9. Iacob. Menoch. in cons. 143. n. 23. & 201. nu. 85. Rolan. a Valle, in cons. 21. lib. 2. & Celsus Hugo, in cons. 61. nu. 4. & 5.

Istorum argumenta hæc sunt præcipua. Omnis actio regulariter extinguitur spacio lõgissimi temporis, l. sicut, l. omnes, C. de præscript. longissimi temporis, 30. vel 40. annorum. Igitur & actio quæ competit ad redimendum.

Si dicatur, in hoc caso pactum repugnare, quia dictũ est, vt semper, & quandocunque, liceat redimere. Respõdetur, id nihil obstare, quia verba perpetuum tempus significantia, 30. annorum spacium non excedunt. Id patet ex l. 1. ff. soluto matrim. iuncta l. In rebus, C. de iure dotium, ex l. Minor, §. Qui statu liberum, ff. de euictionibus, ex l. prætor ait, §. Hoc interdictum, ff. de operis noui nunciatione, ex c. 1. de in integrum restitutione, iuncto c. 1. eod. tit. lib. 6. & ex alijs locis plurimis a Menoch. commemoratis, in locis annotatis.

Secundò. Præscriptioni 30. annorum renunciari non potest expresse ab ipsis contrahentibus, secundum communiorem sententiam Doctorum, in l. Nemo potest, de legatis 1. & habetur apud Francisc. Balb. de præscript. in 5. parte 5. partis princip. quæst. 6. Ergò neque tacitè renũciari potest, aut renunciatum esse intelligitur illa conuentione, vt liceat semper, & quandocunque redimere.

Sed contraria sententia, videtur mihi longè probabilior, quam amplexi fuere Fulgos. in consi. 123. Andr. Sicul. in cons. 51. lib. 1. & 22. libro 4. Fabian. de Monte, de empt. & vẽd. in 3. q. 7. q. principalis. Io. Crotus, in l. nemo potest, de legatis 1. Francis. Zoanetus, ad l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. nu. 33. Cepol. Cautela 75. & 78. Cassanæus in consi. 11. & in Consuetudine Burgundiæ, tit. *des rentes, vendues*, §. 1. Socin. in cons. 86. lib. 1. Alciat. ad l. petens, C. de pactis, & ad rubr. de præscript. Aemilianus, in cons. 125. nu. 28. Angel. Aret. in cons. 116. nu. 25. Osascus decis. Pedemont. 115. Io. Bapt. Cephalus, inter consilia domini Io. Cephali, in cons. 724. lib. 5. & Mynsinger Centur. 1. Obseru. 16. vbi testatur sæpè ita fuisse iudicatum in Camera Imperiali. Andr. Geyll, lib. 2. Obseru. 18.

Probatur hęc sententia. Is qui est in mala fide, nullo vnquam tempore præscribere potest, c. vlt. de pręscri. Sed emptor qui reuendere promisit, semper & quandocunq; dicitur esse in mala fide, Ergò pręscribere non potest.

Assumptio facilè probatur, quia venditor suæ promissionis & obligationis est conscius, is enim dicitur esse in mala fide, qui scientiam habet iuris alieni, & suæ obligationis, c. si Virgo, 34. q. 3. Bar. in l. Celsus, nu. 18. ff. de Vsucapion. Couuar. ad reg. possessor malæ fidei, §. 11. post n. 3. Dominus meus Cephalus, in cons. 316. nu. 17. lib. 3.

Respondent contrariæ sententię Authores, distinguẽdo maiorem propositionem, vt scilicet locũ habeat, quãdo absolutè actio competit, secus autem, si actio competat præcedente aliqua conditione, puta, in legatario, cui actio competit ad legatum, non simpliciter & absolutè, sed si legatum acceptauerit, quo fit, vt aduersus eum 30. anno. præscriptio currat, mala fide hęredis non obstante, ex traditis per Ancharanum, in c. sine possessione, de reg. iur. lib. 6. Vnde sic & in proposita specie respondendum esse videtur, quia non absolutè competit actio venditori ad redimendum, sed ita demum, si pro redemptione institerit, & precium etiam obtulerit.

Cęterum hæc responsio parum obstat, vt dicebat Couuar. lib. 1. varia. resol. c. 9. ãte n. 6. Primum, quia in hac specie quęstionis nostræ, statim ab initio cõtractus, actio oritur ad rem ipsam redimendam. At in quæstione ab Ancharano proposita, actio legatario non competit ante legati acceptationem. Præterea, cum legatarius, legatum non petit, probabiliter existimare potest hæres, eum icirco non petere, ꝙ acceptare nolit. Secus est in venditore, quia si non redimat, non statim credere debet emptor eum redemptionis gratiam facere velle, sed forrasse non redimere, quia non habet ad redimendum paratam pecuniam. Ita dicebat Couuar. & ante eum Rui. in cons. 111. n. 8. lib. 3. & post vtrumq; Io. Bapt. Cephalus inter consilia do. Io. Cephali, loco supra commemorato.

Respondent secundo loco Authores cõtrariæ opinionis, malam fidem non obstare: quia venditor renunciare videtur potestati, ac iuri redimendi quod habet, dum illud non exercet, & præterlabitur, longissimum tempus quo tollitur & extinguitur omnis actio.

Sed nihil obstat hæc responsio: quia non sequitur, Vẽditor permittit labi tantum tempus, nec redimit rem vẽditam. Ergò renunciare censetur iuri redimendi. Ratio est: quia non ignorat emptorem, cum sit in mala fide, pręscribere non posse, & sic malam fidem emptoris efficere, vt omni tempore, actionẽ & ius suum exercere possit. Et si enim spacio tãti temporis, omnis extinguatur actio, id

tamen locum ſibi non vindicat, vbi adeſt mala fides, quoniam illa impedit præſcriptionem.

Reſpondent tertio loco. Malam fidem impedire præſcriptionem, quo ad hoc, vt dominium non acquiratur, ſed dominij confirmationem nihilominus acquiri poſſe, ex Baldo, in conſ. 303. lib. 1.

Sed repugnat huic reſponſioni tex. in c. vlt. de præſcr. vbi dicitur, nullam præſcriptionẽ valere abſque bona fide.

Nec difficilè eſt ad argumenta reſpondere; nam quod attinet ad primum, reſpondeo. Verum eſſe regulariter, quod aſſeritur in argumento, ſpacio longiſſimi temporis omnem actionem extingui. Sed ab hac regula caſus ille eſt excipiendus, cum videlicet is, qui conueniri poteſt, eſt in mala fide, vt in ſpecie noſtra; is enim qui eſt in mala fide, nullo tempore præſcribit, c. vlt. de præſcript. c. Poſſeſſor malæ fidei, de reg. iur. lib. 6.

Quod verò dicitur. Verba tempus perpetuum ſignificantia reſtringenda eſſe ad ſpacium annorum 30. locum habere poteſt in diſpoſitione legis, non autem in diſpoſitione hominis, vt loquuntur noſtri. Etenim, cum vna lex dicat, actionem eſſe perpetuam, vel ius in perpetuum competere; altera verò lex dicat, omnem actionem tolli ſpacio 30. annorum, ne ſequatur repugnantia, & legum contrarietas, neceſſe eſt interpretari hoc modo tempus perpetuum, vt non excedat 30. annos. Hæc ratio ceſſat in diſpoſitione hominis. Vide Bar. in l. 1. nu. 2. ff. quibus modis vſusfructus amittatur. Alex. & Imolam, in l. qui bona, §. vlt. ff. de damno infecto. Tiraquell. de retractu conuent. §. 1. Gloſ. 2. num. 19. Ioan. Bapt. Cephalum, loco ſuperiùs annotato.

Ad alterum argumentum reſpondeo. Dato quòd illa ſententia vera ſit, de qua iam non diſputo, hic non agi, an renunciari præſcriptioni poſſit, ſed an præſcriptio cum mala fide valeat. Et hoc eſt quod rectè dicebat Balbus de præſcript. in 5. partis princip. q. 6. nu. 3. in actione perſonali ſuperfluam eſſe diſputationem, vtrum præſcriptioni renunciari poſſit, quia propter malam fidem debitoris, illa non currit.

CAPVT XIV.

Fructus rei venditæ cum pacto redimendi ad quem pertineant, vtrum ad venditorem redimentem, an verò ad emptorem reuendentem.



Vm ex pacto tempus redimendi fundum inſtat, frequenter contingit, vt fructus ſint pẽdentes & maturi. Quare controuerſia oritur, ad quem ſpectare debeant; & communis, æqua, & vt mihi videtur, veriſſima ſententia eſt, diuidendos eſſe pro rata parte ipſius anni, hoc modo. Fundum tibi vendidi Kal. Nouembris, cum pacto reuendendi. Eundem redimere volo in menſe Iulij, fructus pendentes inter nos diuidendi ſunt hoc modo, vt ego tertiam partem conſequar, tu verò reſiduum.

Ita reſpondit Cumanus ad l. Qui Romæ, ff. de verbo. oblig. Quem ſecuti ſunt ibi Iaſon & Socin ſenior, & alij quos refert Andr. Tiraquell. de retractu conuent. §. 5. Gl. 4. nu. 5. & nouiſſimè Ant. Teſſau. Pedem. Deciſ. 56.

Probatur hæc ſententia ex ſimili ſpecie, de qua habetur in l. Diuortio, & l. Fructus, & l. De diuiſione, ff. ſolu. matrimonio. Quibus in locis ita conſtitutum eſt, de fructibus fundi dotalis, inter vxorem ſuperſtitem, & hæredes viri diuidendis, vt nimirum pro ea parte anni, quo onera matrimonij vir ſuſtinuit, fructus quoq; ad hæredes pertineant, pro reſiduo tempore, ad vxorem.

Probatur ſecundò, ex quadam ſumma æquitatis ratione, vt inter contrahentes æqualitas ſeruetur, quod iuſtitiæ commutatiuæ proprium eſt. Eſt autem huiuſmodi. Aequitatis rationi conſentaneum eſt, vt commodi & incommodi ſumma ſit proportio inter contrahentes, neque vnus commodum duntaxat habere debet, alter verò incommodum. Quare, cum venditor in propoſita ſpecie per duas anni partes precium fundi reuniuerit, eoque

A vti, ac frui potuerit, æquum non eſt, vt etiã fructus eius temporis conſequatur. Immò contra æquum eſt, vt emptor, qui rei curam habuit, & ſimul etiam precio caruit, eius ſaltem temporis commodum ex fructibus recipiat. Pro ea verò parte anni, quo precium conſecutus eſt, fructus habere non debet, ſed venditori, qui redimit, potius cedere debent.

Atque hæc eſt illa diuiſio pro rata temporis annui ex æquitatis ratione deducta, quæ ſeruanda eſſe videtur, licet aperto iure non caueatur, vt verbis vtar Iuriſconſulti, in l. in ſumma, § Quanquam, ff. de aqua pluuia arcẽda. Illa enim interpretatio maximè valere debet, ex qua contrahentium æqualis fit conditio, l. ſi id quod, §. vlt. ff. de reſcind. vend. l. penult. in ſi. C. commu. diuid.

Verum Alexander in l. qui Romæ, ff. de verbor. oblig. exiſtimauit hoc in caſu, fructus in totum pertinere ad redimentem. Primò, ex l. 2. C. de pactis inter empt. & vendit. in illis verbis: *Habita ratione eorum, quæ poſt oblatã*

B *ex pacto quantitatem, ad hæredem emptoris peruenerunt.*

Secundò, ex l. Herennius, ff. de vſuris, vbi dicitur, fideicommiſſario reſtituendum eſſe fundum vna cum fructibus pendentibus.

Tertiò; Quia venditor precium offerens, vt fundum redimat, dicitur implere ac perficere pro ſua parte contractum, ex doctrina Bart. in l. ſi fideiuſſor, §. Meminiſſe, de legatis 1. & in l. Vxorem, §. agri plagam, de legat. 3. Ergo fructus ad eũ ſpectant, quia perfecta venditione fructus ſunt emẽtis, l. Iulianus, § ſi fructib. ff. de actionib. empt.

Ad l. Diuortio, & alias ſimiles, reſpondet Alex. eas longè diuerſam rationem habere. Cum enim dos detur pro oneribus matrimonij, l. pro oneribus, C. de iure dotium, meritò fructus diuidendi ſunt in vxorem, & hæredes viri habita ratione tẽporis, quo matrimoniũ durauit, & eius onera vir ſuſtinuit. Hęc ratio nõ pertinet ad ſpeciẽ noſtrã.

Reſpondeo ad primum argumentum, quod attinet ad l. 2. C. de pactis inter emptor. & vend. illam non obſta-

C re, nihil enim aliud dicit, niſi habendam eſſe rationem fructuum, qui ad hæredem emptoris peruenerunt, poſtea quam venditor precium obtulit, paratuſq; fuit ſatisfacere, ſed hæres emptoris non paruit. De hac ſpecie nos non loquimur, ſed cum emptor contractui paret, & fundum reuendere paratus eſt, allegat autem fructus eſſe pendentes, ac iam fortè maturos, proptereaq; inter ipſum & emptorem diuidendos, quam diuiſionem fieri oportere nõ negat Imperator in d. l. 2.

Ad ſecundum argumentum ex l. Herennius, reſpondeo. Fructus pendẽtes ad fideicommiſſarium pertinere, quia fructus pendentes dicuntur eſſe pars fundi, dominium autem fundi pertinet ad ipſum fideicommiſſariũ. Nec illa ratio æqualitatis ſeruãdę inter ipſum & heredẽ locum habet, quæ inter contrahentes, nullum enim negotium inter eos interceſſit, vt inter contrahentes.

Ad tertium reſpondeo. Argumentum locum habere iure ſtricto conſiderato, ſed ratio æquitatis & æqualita-

D tis preponderare debet ſummo iuri, vt dictum eſt.

Quod verò attinet ad l. diuortio, & alias leges concordantes, argumentum ex illis petitum, etſi planè ſolidum non ſit, probabile tamen eſt, cum in propoſito caſu ratio habenda ſit commodi & incommodi, ita ſcilicet, vt pro qua parte anni emptor incommodum ſuſtinuit, curæ & cuſtodiæ agri, caruitque pecunia, commodum fructuum percipiat, & de venditore idem iudicium.

CAPVT XV.

Vtrum ex pacto reuendendi, dominium rei venditæ ad venditorem reuertatur, ut propterea rem a quolibet tertio detentore uindicare poßit.



Væſtio ſanè difficilis eſt, & controuerſa, an ex pacto reuendendi dominium ad venditorem reuertatur, ita, vt rem uindicare poſſit à tertio poſſeſſore.

Tres ſunt Doctorum ſententię. Prima affirmat reuerti domi-

dominium ad venditorem, ita Castr. ad l. Si cum venderet, ff. de pignor. act. Io. de Anania in c. Conquestus, de Vsuris. Decius, in consil. 614. nu. 4. Ant. Burg. in c. Ad nostram, de empt. & vend. Soc. iun. in consi. 129. nu. 2. lib. 2. Io. Crotus in consi. 200. lib. 2. Tiraquell. de retractu conuent. §. 1. Glo. 7. nu. 7. Couuar. lib. 3. variar. resol. c. 8. numer. 3. Menoch. in consil. 63. num. 14.

Argumenta sunt ista. Primum est ex l. Si cum venderet, ff. de pignor. act. in illis verbis: *Sed & ipse venditor, aut vindicare rem poterit, aut in factum actione aduersus emptorem agere.*

Secundum est ex l. Voluntate, §. vlt. ff. quibus modis pignus, vel hypotheca soluitur, in illis verbis: *Creditor quoque si pignus distraxit, & à venditione recessum fuerit, vel homo redhibitus, dominium ad debitorem reuertitur.*

Tertium est huiusmodi. Ex pacto legis commissoriæ, & addictionis in diem, dominium ad venditorem reuertitur, & rei vindicatio competit, l. Commissoriæ, C. de pact. inter empt. & vendit. Idque ita constitutum est, ob frequentiam huiusmodi pactorum, authore Bar. & Ang. in l. 1. ff. de donat. Ergò idem statuendum esse videtur in pacto reuendendi, quod non minus frequens est, quàm pacta supradicta.

Quartum argumentum est ex doctrina Barto. in l. In diem, ff. de aqua pluuia arcen. vbi docet, Pactum reuendendi hoc efficere, vt jus pignoris, & obligationis alteri factæ resoluatur. Ergò etiam in quęstione nostra videtur dicendum, ius emptoris resolui, & sic dominium ad venditorem redire.

Quintum argumentum sumi potest ex Tiraquello, de retractu conuent. §. 3. Glo. vnica, nu. 9. vbi docet, ex pacto reuendendi specialem hypothecam oriri in rem ipsam venditam, consequenter potest venditor eam à quolibet possessore vindicare.

Altera sententia, negat dominium ad venditorem reuerti, & rem vindicari posse. Ita Bat. ad l. 1. num. 10. ff. de donat. ad l. Si prædium, C. de ædilitio edicto, & ad l. Si hominem, ff. de vsucapio. Bal. in consi. 482. lib. 1. Alex. in consi. 10. lib. 1. Aret. in l. Qui absenti. §. 1. de acqu. possess. Curtius sen. in consil. 12. Decius ad l. Traditionibus, C. de pact.

Alios commemorat Tiraquel. de retractu conuent. §. 1. Glos. 7. num. 16. Alios citat Couuar. lib. 3. variar. resol. c. 8. nu. 2. Alios denique Andr. Geyll, Obseru. lib. 2. c. 16. Quibus adde Alciatum in d. l. Traditionibus. Franciscum Marcium decis. Delphin. 601. in prima parte. Ruinum consil. 32. nu. 15. & 16. lib. 1. & Ancharanum, quæstionum familar. p. 1. q. 13.

Argumenta verò sunt ista. Primum est ex l. 2. C. de pactis inter emptor. & vendit. vbi dicitur, ex huiusmodi pacto oriri actionem præscriptis verbis, & ex empto, de rei vendicatione nullum verbum.

Secundum argumentum est ex l. pen. C. de ædilitio edicto, vbi similiter habetur, resoluta venditione, actionem personalem, nempe redhibitoriam competere.

Tertium argumentum. Ex pacto reuendendi actio datur, vt res reuendatur; Ergo dominium non reuertitur ad venditorem. Probatur consequentia; quia si reuerteretur, reuenditio non valeret, nam rei suæ emptio non valet, l. Suæ rei, ff. de contrahen. emptio.

Quartum argumentum ex l. Traditionibus, C. de pactis, vbi dicitur: Traditionibus, & vsucapionibus, non autem nudis pactis rerum dominia transferri.

Quintum argumentum eodem tendit, quod ex conuentionibus & pactis, personalis actio oriatur, non autem in rem, vt in §. Omnium, in Instit. de Actionib.

Sextum. Specialiter constitutum est in pacto legis cõmissoriæ, & addictionis in diem, vt dominium reuertatur ad venditorem. Ergò in alijs pactis secus est dicendũ.

Tertia est sententia distinguentium. Aut pactum huiusmodi verbis directis celebratur, Aut verbis obliquis. Primo casu dominium ad venditorem reuertitur. Secundo casu secus, Ita Paul. de Cast. in l. Si à te, C. de pact. inter empt. & vend. Berous in consil. 164. nu. 23. lib. 1. Grammaticus in cons. 282. nu. 3. Hieron. Gabrielius, in consil. 66. nu. 4. & 5. Rolan. à Valle, in consil. 62. nu. 33. lib. 2. Verba directa appello cum Doctoribus, quibus venditio resoluitur, & pro infecta habetur. Obliqua verò, cum simpliciter emptor reuendere seu restituere promittit.

Atque hæc postrema sententia videtur mihi verissima, ideoque breuiter confirmanda, & comprobanda.

Probatur igitur ipsius sententię pars prior ex l. Si cum venderet, ff. de pignorat. actio. vbi hoc apertè deciditur, & loquitur textus de pacto verbis directis concepto. Nam illa verba: *Vt si debitor solueret pecuniam precij emptori, liceret ei recipere rem suam*, sunt directa, l. Titia cum testamento, §. vlt. De legatis 2. & tradit. Socin. in consil. 80. lib. 3. Gabrielius, d. consil. 66. nu. 5.

Secundò probatur. Quia ratio, propter quam in pacto legis cõmissoriæ, & addictionis in diem, dominium reuertitur ad venditorem, illa verè est, quoniam hæc pacta interponuntur re integra, atque in ipso venditionis contractu, antequam res tradita sit emptori, sicuti declarat Glos. in l. Ab emptione, in uerb. cogaris, ff. de pact. nec non Bal. Ang. Castr. & Ias. ibidem, cum alijs à Tiraquello citatis, de retractu conuent. §. 1. Glo. 7. nu. 4. & 5. Hæc ratio locum habet in pacto, de quo agitur, si directis verbis fiat. Nam interponitur in ipso contractu, re integra, ac per illud venditio resoluitur, venditore quandocunque precium offerente.

Altera verò pars conclusionis, & sententiæ supradictæ, optimè probatur ex argumentis, quæ pro posteriore sententia allata sunt superius.

Ad primum argumentum eius sententiæ, quæ simpliciter affirmat dominium ad venditorem redire, respondeo. Illud locum sibi vendicare in pacto reuendendi, directis verbis concepto. Nam in l. Si cum venderet, ff. de pig. actio. verba pacti sunt directa, vt dictum est superius.

Eademq; responsio valet ad secundum argumentum, ex l. Voluntate, §. vlt. quia & in specie illa venditio fuit resoluta, vt patet ex illis verbis: *Sed in pristinam causam res redit, resoluta venditione*, quod argumento est, verba fuisse directa.

Ad tertium argumentum respondeo. Illud valere, quoties verba pacti de reuendendo sunt directa, quemadmodum sunt verba pacti legis commissoriæ, & addictionis in diem.

Ad quartum argumentum ex doctrina Barto. in l. In diem, ff. de Aqua pluuia arcen. benè respondet Gabrielius, d. consil. 66. nu. 6. *Concedo*, inquit, *extingui ius constitutum in rem, quam quis promisit retrouendere ac restituere, posteaquam retrouenditio facta est, sed dico dominium simplici pacto, non retrò transferri.*

Ad quintum. Negatur ex huiusmodi pacto specialem oriri hypothecam in rem venditam. Id non probat Tiraquel. ex legibus allegatis, quia hoc nõ dicunt, nec quicquam alius.

Ad primum autem argumentum eius sententiæ, quæ simpliciter negat, dominium ad emptorẽ redire. Respondeo, illud loqui de pacto verbis obliquis concepto, cum scilicet emptor promisit fundum restituere. Ita enim loquitur l. 2. C. de pact. inter empt. & uend. unde argumentum est desumptum; quod & nos admittimus.

Ad secundum ex l. pen. C. de ædilitio edic. respondeo. Agitur ibi de actione redhibitoria, quæ datur emptori, resoluta emptione, ad hoc, ut uenditor rem uenditam accipiat, & precium emptori restituat. Quamobrem, eo in casu locum habere non potest rei uendicatio, quia non pertinet ad illam speciem.

Ad tertium respondeo. Illud uerum esse in pacto uerbis obliquis inito, quando scilicet restitutio, & reuenditio fieri debet. Neque enim rei suæ emptio consistit. At ubi uerbis directis fit pactum, resoluitur uenditio uigore pacti, resq; in pristinam causam reuertitur, resoluta uendicatione, quasi uenditio facta non fuerit. Et sic cessat argumentum.

Ad

A Ad quartum, & quintum argumentum respondeo, etiam ex pactis, & conuentionibus, quandoque dominium transferri, seu potius reuerti ad eum, qui contrahendo illud transtulit in alium. Id patet in pacto legis commissoriæ, & addictionis in diem, eademque ratione idem est statuendum in pacto, de quo agitur.

Ad vltimum respondeo, negando, illud esse specialiter constitutum in pacto legis commissoriæ, & addictionis in diem, ita vt in alijs similibus pactis locum nõ habeat. Nulla enim lege id probatur, aut ratione euincitur, vt meritò id negauerint multi à Tiraquello citati, de retra-ctu conuent. §. 1. Gl 7. nu 14. & 15. & alij multi, quos refert & sequitur Roland. à Valle, in cons. 62. nu. 19. lib. 2.

CAPVT XVI.

Nunquid l. 2. C. de rescind. vend. locum habeat in emptore, ultra dimidiam iusti precij læso, & quomodo consideranda sit læsio ex parte eius.

B Communis, & vera est sententia, l. 2. C. de rescind. vend. locum habere etiam in emptore læso vltrà dimidiam iusti precij, sicut inter alios attestatur Arius Pinell. in Comment. eiusdem legis, in 1. p. c. 2. tum propter maximam affinitatem, quæ est inter emptorem, & venditorem, ob quam verbo venditionis, emptionem quoque contineri, veteres dixerunt, vt in l. veteres, ff. de actio. empt. Qua de re Alciatus lib. 5. Parerg. c. 15. tum quia eadem ratio æquitatis id suadere videtur. Cæterũ, vir doctissimus Iacobus Cuiacius, lib. 16. obseru. c. 18. contrarium docet: *Aequum erat, inquit, subuenire venditori, qui minoris vendidit, quem plerumque necessitas rei familiaris compellit, vendere precio minore, non etiam emptori vltrò accedenti ad emptionem prædij, sæpè fraudandi causa, & plerumque ementi precio immenso, & immodico, affectione opportunitatis, vel vicinitatis, vel cæli, vel quòd illic educatus sit, vel parentes sepulti, vel quòd maiorum eius fuerit, qua cupiditate incensus, vltrò promittit sæpè ingentia, & immensa precia, quod calorem vocat, l. locatio, ff. de publicanis, alij insaniam, alij stultitiã.* C Hæc Cuiacius. Qui tametsi speciosa loqui videatur, parum tamen euincit. Nam quis ignorat sæpè accidere, vt quis emat vtilia sibi vel necessaria, bona fide, non animo iniustè lucrandi, neque fraudandi? Rursus, sæpè venduntur res, vt aliæ emantur vtiliores, nullaq; necessitate vrgente; Quare sicut humanum est subuenire venditori, ita quoque emptori subueniendum est. Et cur liceat maioris rem vendere alteri ementi propter affectionem, cũ illa minimè qualitas esse dicatur apta ad augendam rei æstimationem, sicut præclarè docent Ripa, in l. filiusfa. §. Diui, nu. 3. de leg. 1. Couuar. lib. 2. variar. resol. cap. 3. & Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 83. num. 6. Adde quæ pro hac sententia adducit Duaren. ad l. si quis eum aliter, de verb. obl. & confert tex. in l. 1. §. sed si emerit, ff. si quid in fraudem patro. & l. si quis aliam, in fi. ff. de sol.

D Nec mouent quæ adfert idem Cuiacius lib. 23. c. 32. ex Seneca & Plinio, Neque enim ij loquuntur, vbi læsio est vltrà dimidiam iusti precij, neque legum vim, & authoritatem habent eorum authorum scripta. Et aduersus Cuiacium eleganter disputat Robertus Aurelianus, lib. 2. Animaduersionum, c. 13. & rursus in notis ad Mercatoris notas, similiter lib. 2. c. 13.

Illud longe probabilius videtur, quod Cuiacius ibi docet, in diiudicanda læsione emptoris vltra dimidiam, ineundam esse rationem hoc modo, vt si res empta sit digna quinque, ipse soluat vndecim, & sic plus duplo, quam sit iustum rei precium, quæ fuit antiquorum interpretũ sententia, Petri, Cyni, Roffredi, Speculatoris, & aliorum quos refert, & sequitur Pinell. in Commentar. eiusdem legis, p. 1. c. 2. num. 6. Etenim hæc sententia videtur mihi verissima, licet communior sententia aliter doceat, vt videre est ex Cagnolo, in d. l. 2. nu. 135. & ex Couuar. lib. 2. variar. resol. c. 4. nu. 8.

A Probatur hæc sententia; quia læsio vltrà dimidiam ex parte venditoris esse dicitur, cum nec dimidiam veri precij accepit, vt in d. l. 2. Ergò & ex parte emptoris erit, vbi rem emit, cuius æstimatio dimidiam partem precij numerati non attingit.

Non obstat si dicatur, ex hac interpretatione inæqualitatem oriri inter emptorem, & venditorem, quia vendens rem, quæ digna est decem aureis, & accipiens quatuor, vltrà dimidiam est læsus, nec sentit damnũ, nisi sex aureorum. Emptor autẽ rei, quæ decem aureis digna est, & soluens uiginti & vnum, dicetur vltrà dimidiam læsus & damnum sentiet vndecim aureorum. Non inquam illud obstat, quia inæqualitas ex eo oritur, quòd venditor pluris vendens, plus dat emptori, quam emptor minoris emens, venditori. Venditor enim dat rem, valentem decem, vnde necessè est maiorem quantitatem superaddi, vt læsio sit vltrà dimidiam, quàm detrahi vẽditori decepto: & tamen est eadem proportio, quia quãto emptor B minus dat, minus requiritur à venditore, vt læsio vltrà dimidiam contingat: & quantò emptor plus dat, tantò plus à venditore dari oportet, vt dicatur læsus, seu deceptus vltrà dimidiam.

Denique uenditor vltrà dimidiam læsus dicitur, quia dimidiam partem non accepit ab emptore æstimationis rei, quam emptori ipse dedit. Igitur & emptor dicetur esse læsus vltra dimidiam, si dimidiam partem non acceperit à uenditore eius, quod ipse dedit: quod tunc accidit, cum res uendita non est digna dimidia parte eius precij, quod ipse numerauit. Vide etiam hac de re Mynsinger. Cent. 4. Obseru. 73. & Fornerium libro secundo, Select. capit. 19.

CAPVT XVII.

Vtrum iuramentum præstitum in contractu excludat à beneficio l. 2. C. de rescind. vend.

C Celebris est controuersia, utrum maioris 25. annis iuramentum contractui adhibitum auferat beneficium l. 2. C. de rescind. vend.

Prima est opinio affirmantium auferre, ita Gl. Bar. Bal. Sal. Alber. Castr. in Commentarijs eiusdem legis. Pinellus alios commemorans, in 3. p. in prin. Io. Crotus in consi. 243. lib. 2. Ofascus decis. Pedem 40. nu. 8. Rolan. à Valle cons. 59. nu. 18. lib. 1. Menoch. in cons. 1. nu. 360. Straccha ad Crauett. in cons. 7.

Argumenta sunt ista. Iuramenti hæc est uis, & efficacia, ut contractum confirmet, & tale robur illi adijciat, ut rescindi non possit. Id patet ex Authen. Sacramenta puberum, C. si aduersus uenditionem. Ergò & in specie proposita idem operabitur.

Secundò. Is qui iurat super aliquo facto, iurare uidetur super omni iure descendente ex illo facto, l. si duo Patroni, §. idem Iulianus, & l. duob. §. si quis iurauerit, ff. de Iureiurando. Igitur is, qui iurat seruare contractum, & D non contrauenire, iurare uidetur, se aduersus contractũ non uenturum, ex quocunque iure, & ex quacunq; causa, quæ ex eodem contractu, & facto prouenire possint. Consequenter, iurare uidetur se contractum seruaturũ, etiam si ultrà dimidiam læsus fuerit. Ergò contractum rescindere nulla ratione potest.

Tertiò. Iuramentum facit, vt actus ualeat omni meliori modo, quo ualere potest, l. cum Pater, §. filius Matrem, de leg. 2. & dicitur habere uim specialis consensus, sicuti explicant Iason in l. Si conuenerit, ff. de Iurisdictione omnium Iudicum, Andr. Geyll, lib. 2. Obseru. 41. nu. 5. Est igitur perinde, ac si iurans promittat, specialiter se obseruaturum conuenta, licet ex eo læderetur. Quo casu cessat beneficium dictæ legis 2. Sicuti benè explicat Couar. variar. resol. lib. 2. c. 4.

Quartò. Contractus ob modicam læsionem rescindi non potest. Licet enim contrahentibus se inuicem decipere circa precium, l. in causæ, §. Idem Pomponius, ff. de

Minoribus,

Minoribus, l.4.& l.si uoluntate, C.de rescind.uend. Ergo ut iuramentum aliquid operetur, rescindi non potest, etiam ob maximam læsionem.

Secunda est opinio negantium iuramento auferri beneficium dictę l.2. Huius authores sunt Anto.Burg.in c.cum causa, de empt.& uend.& alij, quos refert & sequitur Pinellus in comment.d.l.p.3.c.1.

Argumenta sunt ista. Iuramentum non obligat ubi deest consensus, l.ult.C. de non numerata pecun. c.ueniens, &c.Quintauallis, de Iureiur. Sed quando ex contractu contingit immodica læsio ultra dimidiam, deest consensus iurantis, quia pręsumitur error, & ignorantia ut docet Gl. in l.quisquis, C.de rescin. uend. Ergo iuramentum hoc in casu non obligat.

Secundum argumentum. Iuramentum non obligat ubi dolus interuenit in contractu, c.cum contingat, de Iureiur. Sed ex immodica læsione dolus re ipsa detegitur in contractu, l.si quis cum aliter, ff.de uerb.obl. Ergo iuramentum hoc in casu obligat.

Tertium argumentum est ex eo, quod tam immodicè læsus eodem errore, quo decipitur, & ad ita contrahendum inducitur, præsumitur etiam induci ad iurandum, argumento l.ult.§.idem quæsijt, ff.de condict. indebiti.

Tertia est sententia Baldi, ad l.quæ sub conditione, §.1.ff.de conditionibus, & dem. Iuramentum hoc in casu operari, ut contractus rescindi nequeat, sed tamen, uenditor petere poterit id, quod deest iusto precio rei uenditæ. Sequitur Fely.in c.inter cæteras, de Rescriptis, & alij apud Ofascum, decis. Pedem.40. nu.7. Verum hæc sententia tam exactè refellitur à Couuar. ad c. quamuis, in 3.p.§ 4.de pact.in 6.& à Pinello in comment. d.l.2. in 3.p. c. 1. ut omnis labor noster in ea refutanda superuacaneus esse uideatur.

Quarta est sententia eorum, qui distinguūt, inter simplicem læsionem ultra dimidiam, quam enormem appellant, & læsionem longè ultra dimidiam, quam vocant enormissimam. Primo casu docent, Iuramentum non auferre beneficium d.l.2. Secundo uerò casu auferre. Ita Corneus, & alij apud Pinellum, in 3.p.c.1. num.7. & 8. Couuar.ad c. quamuis, de pact.lib.6.p.3.§.4.

Quinta est opinio Alciati, in c.cum contingat, nu.213. de Iureiur. Is post Cumanum ab eo relatum, ait, omnem difficultatem in hac re positam esse circa modum agendi. Aut enim, inquit, vltra dimidiam læsus, contractum rescindi, vel precium suppleri petit, & non potest propter uinculum iuramēti. Aut dicit se deceptum fuisse, & ideò iuramentum non tenere, uindicatq; rem ipsam uenditā, & tunc agere potest iuramento non obstante. Eandem sententiam secutus est Menoch.in cons.512. nu.52. li.5.

Sexta, & postrema est sententia eorum, qui in hac controuersia docent, læsum ultra dimidiam, absolutionem à iuramento petere posse, eaque obtenta agere ad rescissionem contractus. Ita docent Imola, in c.cum contingat, ante nu.55.de Iureiur.& in c.pe.nu.24.de empt.& vend. Alex.in l.stipulatio hoc modo concepta, nu.10.ff.de verbor.obl. Rebuff.in tract.de rescis.contract.art.vnico. Gl. 15.nu.42. Panorm. & Ant. Butr.in d.c. cum contingat, nu.23. Iacopi. Rimin.in cons.222.lib.2. Rota Rom.apud Cassiod.decis.1.tit.de empt.& vend.

Hæc sententia videtur mihi verissima. Tres autem habet partes. Prima, Iurantem agere non posse ad rescissionem contractus, antequam à iuramēto fuerit absolutus. Secunda, absolutionem à iuramento hoc in casu esse concedendam. Tertia, Absolutione obtenta, actionem competere ex d.l.

Prima pars ita probatur. Omne iuramentum est seruandum, si modò non vergat in dispendium saluus ęternæ, vel in alterius præiudicium, c.cum contingat, de iureiur. Sed iuramentum de quo agitur, non vergit, &c. Ergo seruandum est.

Si dicatur iuramentum non esse seruandum, vbi dolus interuenit, vt in d.c.cum contingat, ibi. *Neque vi, neque dolo extorta.*

A Respondeo. Id ita esse accipiendum, vt tamen requiratur absolutio à tali iuramento, vt probat tex.in c.Si verò, de Iureiur.& in c.ad audientiam, & in c.ad aures, de eo quod metus causa, quia in dictis locis Pontifex docet, absolutionem requiri à iuramento metu extorto, cum tamen cōstet in metu dolum inesse, vt in l.si cum exceptione, §.cum quis, ff.de eo quod metus causa.

Nec obstat responsio Ant.Burgensis, in c.cum causa, nu.4.de empt.& vend.in iuramento metu extorto, volūtatem quandam iurantis, licet coactam, posse considerari. At secus, vbi dolus in contractu est adhibitus; Respondeo enim, id procedere posse, ubi dolus ex proposito adest; secus autem vbi dolus re ipsa ex læsione oritur, quia maior est voluntas in contrahente sic læso, quàm in eo qui vi coactus iurauit.

Denique, quod dicitur, iuramenta dolo extorta non obligare, ita esse accipiendum, vt absolutio nihilominus necessaria sit, tradunt Innoc. & Io. Andr. in c.ad aures,
B De his quæ vi metusue causa. Archid. in c. quamuis, de pact.lib.6. Imola in d.c.cum contingat, nume. 3. Calderinus in cons.8. Duæ puellæ. Petrus Anchar. in cons. 375. ibi. Verum quia non propria authoritate, &c. Bal.& Cas. in l.vlt. ff.qui satisdare cogantur. Angelus in l. si quis pro eo, ff.de Fideiuss. Natta in cons.144. licet ipse sibi parum constans secus dixerit in cons.166.nu.20. Couuar.in Epitome de Sponsal.2.p.c.3.§.5.nu.2. & in c. quamuis, in 1.p §.5.nu.3.& lib.1.variar.resol.c.4. nu.7. Menoch. de recuper.poss.remed.1.nu.294.quanquam idem aliter loquatur in cons.1.nu.302.lib.1. Ad quem locum se remittit in cons.426.nu.36.lib.5.

Secunda pars conclusionis, videlicet absolutionem esse concedendam, sic probatur. Iuramentum non debet esse vinculum iniquitatis, 22. q.2. c. animaduertendum, c. Etsi Christus, de iureiur. Sed vbi est tam immodica læsio, ibi est iniustitia, & iniquitas magna, Ergo iuramentum est relaxandum, Facit text.in ca.1. & in c.debitores,
C de iureiur.& ibi notat Imola, & idem Imo. in c. si verò, nu.3.eo.tit. Decius in consi.180.nu.5. Socin.iun. in consil.48.nu.29.& 30.lib.12. Curt.iun. in cons.141. num.9. Marcabrunus, in cons.30.nu.311.

Et hæc est communis sententia, absolutionem à iuramento concedendam esse, quoties iniustitiam continet, sicuti tradunt Castrens. ad l.si quis pro eo, nu.6. ff.de fideiussoribus Anchar.d.cons.375. Natta d.cons.144. Crauetta in cons.152.nu.11.& 192.nu.11.

Porrò absolutione obtenta à iuramento actionem cōpetere ad rescindendum contractum, probatur hoc argumento. Absolutio tollit vinculum iuramenti, & idem est ac si iuramentum præstitum non fuisset, vt patet ad sensum, & tradunt Corneus, in cons.288.lib.3. Soc.iun. in cons.3.nu.44.lib.2. Roland.à Valle, in cons.7.nu.58. lib. 3. Afflictus decis. 322. Sed si iuramentum non esset præstitum, procul dubio daretur actio ad rescindendum contractum, propter læsionem ultra dimidiam. Igitur
D idem statuendum est concessa à iuramento absolutione.

Ad argumenta primæ opinionis, quæ absolutè negat, locum esse rescissioni contractus ob Iurisiurandi religionem, responsio patet ex præmissis, omnia enim argumēta militant ante absolutionem à iuramento concessam. Post concessam uerò absolutionem, omnia cessant, quia virtus iuramenti cessat.

Ad primum argumentum secundæ opinionis respondeo, negando errorem præsumi etiā data læsione. Vbi.n. quis iurat, pręsumitur consultò, & consideratè omnia facere, arg.c.ex resc.de iureiu. Vide Ale. in cōs.42.n.17.li.1. Natta in cōs.144.n.7.& And. Geyll, li.2. Obser.10.n.26.

Ad secundum respondeo, negando iuramentum propria authoritate negligi posse, & violari, etiam data læsione immodica. Constat enim ex supradictis, absolutionē esse necessariam, licet dolus interuenerit.

Ad tertium argumentum respondeo. Illum text.in l.vlt.§.idem quæsijt, nil commune habere cum quæstione nostra, nec de illa specie loqui, in qua iusiurādū intercessit.

CAPVT XVIII.

An l. 2. C. de rescind. vend. contra singularem successorem locum habeat, & an locum habeat re perempta.



Ommunis est Doctorum sententia, tertium ac singularem successorem in re vendita conueniri posse, ex hac l. 2. si duo hæc concurrant. Primum, vt is, à quo causam habet, nimirum emptor ille, qui decepit ac læsit venditorem, soluendo nō sit. Secundum, si ipse singularis successor possideat rem ex causa lucratiua. Aut certè ex contractu, qui eodem iniustitiæ morbo laboret. Ita post Bald. & alios, respondit Tiraquell. ad l. Si vnquam, C. de reuocan. donat. In verbo Reuertatur, nume. 329. Couuar. lib. 2. variar. resolut. c. 3. nu. 10. Menoch. in consil. 63. nu. 22. lib. 1. Stracha ad Crauettam in consil. 7. nu. 13.

Sed fundamentum habet hæc sententia magnopere infirmum, nempè, in l. in causæ, 14. §. ult. ff. de minoribus qui textus nihil aliud dicit, nisi minorem esse restituendum, etiam aduersus tertium emptorem, & possessorem, si tertius ille possessor rem emerit sciens, minorem fuisse læsum, & simul prior emptor soluendo non sit.

Quare contrariam sententiam quam unus probat Pinellus in comment. d. l. 2. in 2. p. c. 1. nu. 32. veriorem esse, ac Iuris regulis magis consentaneā affirmare nō dubito.

Principio enim satis constat, actionem ex contractu descendentem, qualis est ea, de qua agitur, aduersus singularem possessorem non competere. Neque enim personalis obligatio fundum sequitur, l. 1. §. si hæres, ff. ad Trebell. l. vlt. §. vlt. ff. de contrahen. empt. & propius ad rem nostram, text. in l. dolus, C. de rescin. vend.

Deinde contra dictam communem sententiam facit text. in l. Aeris alieni, C. de don. vbi dicitur, agi non posse contra donatarium, ac possessorem rei debitoris, ab eo cui debitor donans erat obligatus; nec distinguit text. an debitor soluendo sit, nec ne.

Prætereà, dicit tex. in l. 1. & 3. C. si uendito pignore agatur, contra tertium possessorem agi posse, tunc demū, cum mala fide emit, & is, qui conueniri poterat, soluendo non est. Igitur cessante mala fide, conueniri non poterit.

Quod si proponatur, emptorem esse in mala fide, locus esse posset communi sententię, quemadmodū fatetur Pinellus loco annotato, & Couuar. lib. 2. variar. resolut. c. 3. post nume. 10. vers. Tertia conclusio; quibus & ipse adstipulor.

Est & alia controuersia, cum venditor vltra dimidiam læsus est, & res vendita sine culpa emptoris, casu scilicet fortuito, perijt, vtrum venditori liceat aduersus emptorem agere.

Abbas Panorm. in c. cum dilecti, de emptio. & vend. respondit, Venditori actionem competere, vt quod deest iusto precio, consequatur ab emptore.

Eandem sententiam secutus est Francisc. Cremensis, sing. 85. Volo; Ripa, in l. quod te, nu. 11. ff. si cert. petat. & alii a Pinello citati, in 2. p. c. 1. num. 36. & à Couuar. lib. 2. variar. resol. c. 4. circa finem.

Fundamentum est in eo, quod emptor æquè principaliter obligatus sit venditori, vel ad persoluēdum id, quod deest iusto precio, vel ad rem emptam restituendam. Ex quo sequitur, re perempta, obligationem ad precium superesse, ex l. si in emptione, §. si emptio, ff. de contrahen. empt. & ex l. Stichum, aut Pamphilum, ff. de sol.

Quod autem vtrumque sit in obligatione æquè principaliter, probatur ex c. cum dilecti, de empt. & vendit. & ex c. cum causa, eo. tit.

Sed contrariam sententiam, nempe venditori nullam actionem competere, longè probabiliorem esse iudico, quam quidem sententiam amplexi sunt Accursius, Bart. Castr. & alii communiter, in d. l. 2. ubi Cagnolus, nu. 15. Pinell. in 2. parte, cap. 1. num. 36. Couuar. variar. resolut.

A lib. 2. cap. 4. nu. 10. Anton. Gomes. de Contract. capit. 2. numero 22.

Probatur hæc sententia, primò ex l. si res ęstimata, 13. §. 1. ff. de iure dotium: *Enim vero*, inquit Iurisconsultus, *si in æstimationis modo circumuenta est, erit arbitrium mariti, vtrum iustam æstimationem, an potius seruum præstet. Et hæc si seruus viuit. Quod si decesserit, Marcellus ait, magis æstimationem præstandam, sed non iustam, sed eam quæ facta est, quia boni consulere mulier debet, quod æstimatus fuit.*

Si mulier in causa dotis, quæ semper & vbique præcipua est, l. 1. ff. solutio matrimo. petere non potest id, quod deest iusto precio, vbi res perempta est, longè minus id iuris venditor habebit.

Secundò probatur hæc sententia, vbi quantitas debetur respectu certæ speciei, tunc specie perempta, debitor est liberatus, l. Titiæ textores, §. vlt. de leg. 1. l. electio, §. quid si is, ff. de noxalibus, l. 1. §. vlt. ff. si cui plus, quam per
B legem Falcidiam, & l. si communis seruus, in vers. Ex his igitur, ff. de furtis. Sed in hac quęstione quantitas debetur respectu certæ speciei, nempe contemplatione rei venditę. Ergo re perempta perimitur obligatio ad preciū.

Tertiò probatur, quia hoc in casu res principaliter dicitur esse in obligatione, iusti autem precij suppletio in facultate soluendi, vt probat text. in d. l. 2. C. de rescind. vend. in illis verbis; *Humanum est, vt vel precium te restituente emptoribus, fundum venundatum recipias, vel si emptor elegerit, quod deest iusto precio, recipias.* Illa verba; *Si emptor elegerit*, expressè indicant, illud in electione emptoris esse, & sic in facultate soluendi.

Simile habetur in l. miles, §. decem, ff. de re iudicata. Consequenter re perempta debitor est liberatus, l. si ex legati causa, ff. de verbor. oblig. l. quod te, ff. si certum petatur, l. si quis stipulatus fuerit decem in melle, ff. de solutionibus.

Non obstat tex. in c. cum causa, & in cap. cum dilecti,
C neque enim dicunt aliud, nisi emptorem facultatem habere soluendi iustum precium, & eam facultatem illi nō esse auferendam, quod & nos fatemur. Sed non propterea efficitur, quin rei restitutio principaliter sit in obligatione, vt loquuntur nostri Doctores.

Illud monendum esse iudico, quod Couuar. probat, & Pinell. locis annotatis, & mihi æquissimum videtur, quicquid velit Ant. Gomes. Emptorem conueniri posse, & compelli ad soluendum iustum precium, licet res perierit, cum alteri eam ipse vendidit, & ab emptore iustū precium accepit, tunc enim summa est ratio, cum ipse emptor precium habuerit, quasi rem ipsam habere videatur.

CAPVT XIX.

De clausula venditioni adiecta, & si quid pluris res valet, donat, Controuersiæ aliquot.

D SI vendat quis minori precio rem maioris pręcii, ea clausula adiecta: *Et si quid pluris valet, donat*, vtrum, si vltra dimidiam venditor lædatur, ad rescindendum contractum agere possit, controuersia est. Imola enim, Ludouicus Romanus, & Aemilius Feretus in commen. l. si quis cum aliter, ff. de verb. oblig. Venditorem agere posse negant, quia cum vēditio minimè rescindatur propter modicam læsionem, l. quisquis, C. de rescind. vendi, talis clausula operari debet, vt nec propter magnam læsionem rescindatur, alioqui superflua erit; Sed contrariam sententiam amplexi sunt Bar. Alex. & Iason, in d. l. si quis cum aliter, necnon in l. 2. C. de rescind. vend. vbi Hieron. Cagnol. nu. 124. Pinell. in 1. p. c. 2. num. 20. Quibus & ipse assentior.

Probatur hæc sententia ex l. hæc adiectio, 191. ff. de verb. sign. *Hæc adiectio*, inquit Vlpianus, *plurisue, non infinitam pecuniam continet, sed modicam duntaxat.* Itaque Clausula illa: *Et si quid pluris valet, donat*, ita debet intelli-

intelligi, vt locum habeat in modica quantitate, nó autẽ in magna.

Nec idcirco superflua reputanda est, quia operatur vt emptor minoris emens, quàm sit iusta rei æstimatio, non peccet. Quanquam tolerandum potius videretur, eam nihil operari, & superfluam esse, quàm vt venditor vltra dimidiam lęderetur, Argumento eorum, quæ notantur in l. vlt. §. In computatione, C. de iure liberandi, per Iasonem, in l. iustitia, col. vlt. ff. de iust. & iure, & dominum Ioannem Cephalum, in consi. 104. nu. 21. lib. 1.

Sed alia oritur controuersia, circa hanc eandem clausulam, in ratione, ac supputatione fienda ipsius læsionis; Cum enim per eam clausulam aliquid emptori donatũ esse videatur, illud inprimis esse deducendum, eoque deducto, dijudicandam esse læsionem, responderunt Alex. & Iason, in d. l. si quis cum aliter, nu. 17. ff. de verb. obl. & Cagnol. in l. 2. C. de rescin. vend. nu. 129.

Cæterum, Pinellus in 1. parte, c. 2. nu. 21. post Alciatũ quem citat in d. l. Hæc adiectio, contrarium respondit, nullam scilicet esse faciendam deductionem, quæ sententia videtur mihi probabilior. Etenim argumenti vis in hoc est posita. Clausula: *Si quid pluris valet, donat*, intelligitur de modica duntaxat quantitate. Ergò vbi est immodica læsio, & supra dimidiam, illa clausula nihil operatur, Si nihil operatur; Ergò nihil deduci debet.

Sed & tertia oritur controuersia. Est enim communis hæc Doctorum interpretatio, venditionem rescindi nó posse ex d. l. 2. Quoties dicta clausula pinguius ac magis generaliter concepta est, puta, si dicatur: *Et si quid pluris valet, totum illud, quantumcunque est, donat & remittit emptori.* Ita Salic. & Cast. in d. l. 2. Cagnol. ibidem, n. 130. Alc. in cõs. 42. n. 7. lib. 1. Fel. in c. si cautio, n. 39. de fide instrumentorũ. Boerius alios cõmemorãs, decis. 142. n. 10.

Quorum fundamentum, illud est satis firmum, quod ea sit natura sermonis vniuersalis, vt nihil excludat, sed omnia comprehendat, l. Iulianus, De leg. 3. l. 1. §. Generaliter, ff. de leg. præstan. cum alijs similibus.

Cæterum, Pinell. in 2. parte, c. 2. nu. 22. contrarium docet, eiusdem sententiæ authorem habens Petr. Rebuf. de resciss. contract. Glos. 55. nu. 20.

Mouetur inprimis ex l. 2. C. commu. de lega. vbi dicitur, leges verbis non esse impositas, sed rebus. Respódeo. Id concedo. Sed non verbis tantum, sed rebus hæc sententia conuenit, quia vniuersalis oratio plura continet, quam particularis. Quare latum est discrimen inter hęc: *Si quid pluris valet, dono*, &, *si quid pluris valet, omne id, et totum, quantumcunque, est dono.*

Secundò ita Pinell. argumentatur. Renunciatio generalis facta omni legum auxilio & beneficio, non tollit auxilium, quod venditori competit ex d. l. 2. ex communi Doctorum sententia, de qua per Tiraquel. ad l. si vnquã, nu. 123. C. de reuocan. don. Ergo nec verba illa generalia id beneficium auferre poterunt. Respondeo. Generaliter renuncians omni legum auxilio, de tam immodica lęsione cogitare non præsumitur, propterea renunciatio ad eam speciem non extenditur. Sed hic nominatim de lęsione circa precium, is, qui vendit, cogitare vr̃, totumq; id, quod iusto precio deest, emptori donare. Quare hæc nostra species, nil commune habet cum specie diuersa.

Tertiò Pinellus vtitur argumento ex l. vlt. §. idem quęsitum, ff. de condict. indeb. vbi dicitur, Generalem clausulam, quæ pactionibus adijci solet. *Nullam controuersiam facturum*, indebiti condictionem non auferre. Respondeo. Nihil obstat. Quia si promittens, nõ pręsumitur voluisse se obligare ad soluendum, quod non debebat, putabat enim se debitorem esse. At in specie nostra, venditor de læsione cogitat, se lęsum esse non ignorat. Lęsionem ipsam emptori remittit ac donat.

Quartò Pinellus dicit, nihil operari debere hoc in casu verborum multiplicationem, ex l. pediculis, §. Labeo, ff. de auro & argen. leg. ibi: *Sed non mutant substantiam rerum non necessaria verborum multiplicatio*, &c. Respondeo, illum textum loqui, quoties vnum, & idem exprimi

A tur diuersis verbis, idem significantibus, vt in eo, qui testamento lanam scripsit, ac deinde versicoloria, quasi desierit lana uncta, lana esse. At in specie nostra illa verba, *Omne & totum, quantumcunq; est, donat*, generalia sunt, & plura comprehendunt, quam simplex illa oratio, & si quid pluris valet, donat.

Quinto Pinellus adducit Glos. in l. 4. ff. de pignor. act. ad probandum, verborum geminationem, seu multiplicationem nihil operari. Respondeo, illam Glos. nil obstare. Loquitur enim de interpellatione facta debitori, verbis geminatis, hoc modo. Solue, solue. Et ait, nihil operari magis quam simplicem interpellationẽ: Hoc non obstat communi sententiæ, quæ non docet, geminationem verborum hoc efficere, puta, si bis dicatur, & si quid pluris valet, donat. Sed fundamẽtum ponit in oratione vniuersali, cuius natura est, vt nil excludat, & consequenter, neque læsionem vltra dimidiam.

Quarta est controuersia, circa eandem Clausulam, cũ
B eidem annectitur alia clausula, ex certa scientia, hoc modo. Venditor ex certa scientia, & nullo errore ductus, donat, si quid pluris res valet. Nam hoc in casu cessare l. 2. existimarunt ibid. Castr. Bal & Salic. quasi venditori sciẽti, nulla fraus fiat, neque iniuria. Idem respõderunt Alc. in consi. 42. nu. 7. lib. 1. Cur. sen. in consil. 49. nu. 75. & Boerius, decis. 142. nu. 10.

Cæterum, Cagnol. nu. 126. & Pinell. in 1. parte, c. 2. n. 53. contrarium docuerunt, quibus ego assentior, duabus potissimum rationibus.

Prima, Quia lex 2. locum habet etiam in venditore sciente rei venditæ ęstimationẽ, vt in seq. c. demõstrabi[?].

Altera est ratio; Quia hęc Clausula nihil aliud significat, nisi venditorem, scientiam habere, rem esse maioris ęstimationis. Sed non statim sequitur, eum scire, rem vẽditam esse dignam precio ab emptore soluto, & altero tãto, & amplius, atque illud totum eum remittere ac donare velle emptori.

C Maiorem habet difficultatem quinta & postrema, ex eadem specie descendens controuersia: An videlicet insinuatio requiratur, si fortè precij quantitas a venditore donata, summam quingentorum aureorum excedat. Etenim, insinuationem esse necessariam, affirmarunt Ancharanus & Imola, in c. penult. de emptio. & vend. Alc. ad l. 2. nu. 16. ff. de verb. oblig. Alex. in l. si qui cum aliter, col penul. ff. eo. tit. Calcaneus in consi. 25. nu. 11. Marian. Socin. in consi. 215. & alij, quos refert & sequitur Tiraqu. ad l. si vnquam, in verb. Donatione largitus, nu. 3. C. de reuocan. donat. & de retractu consang. §. 1. Gl. 18. n. 15.

Argumenta sunt ista. Primum sumitur ex l. si quis donationis, ff. de contrahen. emptio. *Quoties verò*, ait Vlpianus, *donationis causa viliore precio res distrahitur, dubium non est donationem valere. Hoc inter cæteros. Inter virum autem & vxorem, donationis causa facta venditio precio viliore, nullius momenti est.* Idem docet l. si sponsus, §. Circa, ff. de donation. inter virum & vxo. l. si vir uxori, C. ad Velleianum, l. 1. §. si quis in fraudem, ff. si quid in fraudẽ
D patroni. Ex his legibus probatur, venditionem factam viliore precio donationis causa, esse veram donationem. Si vera donatio est, ergò nil proponitur, cur insinuationem non requirat.

Secundum argumentũ donari vr̃ id, quod nullo iure cogente datur, l. 1. l. donari, ff. de donat. Sed in hac specie is, qui donat id, quod pluris res valet, nullo iure cogente id facit, sed spontè, quia non tenetur illud donare. Ergò necessaria videtur insinuatio, sicut ĩ alijs donationibus.

Tertium argumentum. Hic venditor remittit ius emptori, quod sibi competebat ad venditionem rescindendam, vel ad iustum precium petendum, vt patet: Sed remissio debiti, seu renunciatio iuris competentis, donatio quædam iudicatur, l. in ædibus, ff. de donat. l. si mulier, ff. de condict. ob causam. Tiraquel. ad d. l. si vnquam, in verbo, Largitus, n. 143. Ergò insinuatio requiritur vt in alijs donationibus, vt per Tiraquell. ibi. nu. 144.

Cæterum, insinuationem nequaquam esse necessariã

respon-

reſponderunt Calderin.in conſ. 2.tit.de empt.& vendit. Bart. & Bal. in l.ſi tibi, ff. de pact.Fabian.de Monte, de emptio.& vendit 8.q.princ.verſ. Quartò quæro,& alij, quos refert & ſequitur Couuar.lib.2.variar. reſol.cap.4. numero 8.

Argumenta ſunt iſta. Præcipua contrahentium intentio inſpicienda eſt, & ab ea contractus denominandus, l.ſi quis nec cauſam,ff.ſi certum petatur, l.fundi partem, ff.de contrahen. emptio. Sed in hac ſpecie, præcipua intentio eſt vendendi,& emendi, Ergò talis contractus vẽditio eſt. non autem donatio. Conſequenter, nec requiritur inſinuatio.

Secundò. Venditio rei viliore precio facta, non eſt donatio, ſed damnoſus contractus, Authore Baldo ad Rubr.C.de contrah.emptio.nu.11. Is enim, qui ita vendit,non id agit donationis gratia, quia emptor forſan eſt extraneus,cum quo nulla amicitia, nulla neceſſitudo intercedit,& nulla etiam cauſa donandi. Ergo fruſtra diſputatur an requiratur inſinuatio.

Tertiò. Venditio facta viliore precio, ita demum donationis naturam induit, ſi donandi cauſa manifeſta ſit, ideoque inter virum,& vxorem talis venditio valet, niſi in fraudem donationis facta ſit. l. ſi quis donationis, ff. de contrahen.empt.l ſi ſponſus,§.circa, ff.de donationibus inter virum, & vxorem. Ergò inſinuatio non requiritur.

Quartò.Si in contractu emptionis, & venditionis donationis titulus conſtituendus eſſet, maximè conſtituendus foret, vbi læſio non eſt vltra dimidiam,illa enim contractum non reſcindit; ſed in tali læſione donatio non præſumitur. Ergò multo minus eſt præſumenda in læſione vltra dimidiam.

Donationem non præſumi in læſione citrà dimidiam ex eo patet: quia ſi præſumeretur,hoc modo lædens, nõ peccaret, nec ad reſtitutionem teneretur, quod tamen falſum eſt,quia & peccat,& ad reſtitutionem tenetur ex communi ſententia Theologorum.

Poſtremò.Si talis donatio,vera eſſet donatio, & inſinuationem exigeret, ſequeretur eam quoque reuocari propter ingratitudinem, iuxta l.vlt. C. de reuocan.don. Item propter natiuitatem liberorum, l.ſi vnquam,C.eo. Item per querelam inofficioſæ donationis,iuxta tit.C.de inoff.don.& alia id genus ſequerentur, quæ videntur eſſe noua,nec vllo modo vſu recepta.

Tertia eſt ſententia Pinelli,in comment. d. l.2. in 1.p. c.2.nu.24.Inſinuationem eſſe neceſſariam,quando conſtat,certum aliquid deliberato animo remitti, quantitatem continens, in qua de iure requiritur inſinuatio. Si verò non conſtet de certa,& deliberata voluntate donãdi,non eſſe veram donationem, ac proinde, inſinuationem non eſſe neceſſariam.

Ego in hac re duo dico. Primò,ſententiam priorem frequentioribus Doctorum ſuffragijs receptam eſſe. Deinde, eam contrariis argumentis non euerti; dato enim quod non ſit vera donatio, & propriè dicta, negari tamen non poteſt,quin aliquo modo,ſaltem impropriè,donatio exiſtimanda ſit,argumento l.1.ff.de donat. Lex autem inſinuationem requirens, omnem cõprehendit donationem,l.ſancimus,C.de donat.

Quare illud primum argumentum nihil obſtat, quo dicebatur, contrahentes non habuiſſe animum donandi. Etenim id negari ſumma ratione poteſt,cum animus ex verbis & factis detegatur. Hic verò, verba & facta donationi conueniant, reſpectu.ſ.maioris æſtimationis ac precii,quod venditor emptori remittit ac donat.

Non obſtat etiam alterum argumentum, quia in propoſita ſpecie manifeſta eſt donandi cauſa; Vẽditor enim diſertè profitetur,ſe id,quod pluris res eſt,donare,ac proinde, venditio eſſe dicitur viliore precio facta,animo donandi,de qua Iuriſconſultus loquitur in l.ſi quis donationis,ff.de contrah.empt.

Quod verò dicebatur venditionem viliori precio factam,non eſſe donationem,quia venditor donandi animum non habet perſonæ extraneæ,& nulla neceſſitudine coniunctæ, nihil mouet, quia in claris non eſt opus coniecturis, & cum in verbis nulla eſt ambiguitas, non eſt facienda voluntatis quæſtio. Hic verſamur in claris, & verba donationem important.

A

Illud fateor, eam non procedere ex liberalitate, atque adeò non eſſe veram,& propriam donationem, ſed non propterea efficitur,quin requirat inſinuationem cũ lex inſinuationem requirens, omnẽ complectatur donationẽ.

Quartum verò argumentum nihil aliud probat, niſi donationem non eſſe præſumendam cum in venditione læſio contingit. Quod & nos vltrò fatemur, ideo enim contractus reſcindi poteſt, qui non reſcinderetur, ſi donatio eſſet præſumenda. Sed noſtra quæſtio verſatur in claris,cum videlicet is,qui vendit,apertè profitetur ſe donare quicquid vltra precium conuentum ex iuſta rei æſtimatione deberetur.

Abſurda verò, quæ commemorantur in vltimo argu-

B

mento,meritò negari poſſunt.Quia ſi donationem hanc eſſe ſtatuimus,omnes leges,quæ de donatione ſunt latæ, ad eam quoque producendæ erunt,nec abſurdum erit reputandum,quod iuri conſentaneum eſſe videtur.

CAPVT XX.

Aliæ ſex Controuerſiæ ad eandem l.2.C.de reſcind. vend. pertinentes.



SVnt & aliæ cõtrouerſię ad eandem legem pertinentes, quarum aliquas hic ſubijciemus. Prima. Vtrum ẽgeti ex dicta lege,exceptio, melioramentorum, vt uocant, obijci poſſit, videlicet, vẽditorem audiendum non eſſe, niſi ſumptus neceſſarios, & emptori vtiles reſtituat. Et enim reſtituendos eſſe Bald.affirmat, in comment.d.l.2. cuius ſententiam ſecuti ſunt Alex.ad Bar.in l.intra vtile, §.vlt.ff.de minorib. Ant. Burg. in c.cum cauſa, de empt.

C

& vend.nu.56.Iacop.à S.Georgio,in l.ſi res,§.1.ff.de iure dotium, Fabian.de Mõte,de empt.& vendit.8.q.prin. nu.4.Boerius, Deciſ.47.nu.8.Cagnol.ad d.l.2.nu.153. & eo loci Pinell.in a.p.c.3.nu.1.

Fundamentum eſt in l.intra vtile,40.§. vlt.ff.de minoribus, vbi dicitur, Minorem reſtitutum aduerſus venditionem prædii a Curatoribus factam,ſumptus ab emptore factos in rem ipſam,reſtituere cogendum.

Sed contrarium docuit Salicetus ibidem, quam ſecutus eſt Pantaleon Cremenſis, & eius fundamentum eſt quia emptor facultatem habet retinendi rem emptam, venditori ſoluendi id,quod deeſt iuſto precio. Quare ſi rem retinere nolit,cum poſſit,& iuſtum precium ſupplere,non videtur audiendus eſſe in exceptione melioramentorum & ſumptuum.

Sed mihi longè probabilior videtur Baldi ſententia, quæ communis eſt, & multis alijs legibus iuuatur, quibus definitum eſt, bonæ fidei poſſeſſorem, ſumptus huiuſmodi deducere poſſe,l.domum, C.de rei vendic. l. in

D

fundo,ff.eo.l.ſi prædium,C.de prædijs Minorum. Eſt autem hic emptor in bona fide, cum titulum habeat iuſtũ, l bonæ fidei,ff.de verb.ſign.Nec immoderata læſio facit, quò minus contractus bona fide factus cenſeatur, vt patet ex l.ſi ſuperſtite, C.de dolo, vbi tranſactio bona fide facta dicitur,licet immodicam læſionem contineret.

Nec obſtat argumentum Saliceti,quia is non facit iniuriam,nec in culpa eſſe dicitur,qui iure ſuo vtitur, Emptor autem hoc iuris habet,vt vel retinere poſſit rem emptam, vel eam venditori reſtituere,iuſto precio ei ſoluto. Si reſtituere maluerit,nihil proponitur, cur ſumptus repetere non poſſit à venditore, cum & à minore contractum reſcindente,repetantur.

Altera eſt controuerſia, de venditione facta cum decreto Iudicis, an reſcindi poſſit propter læſionem vltra dimidiam. Et quidem reſcindi nihilominus poſſe affirmarunt Imoleſ.& Alexand.ad l.ſi quis cum aliter, ff.de verborum obligat. Panorm.in cap.cum cauſa, num.6, de

de empt. & vend. & ibidem Ant. Burgos, num. 27. Ang. Aret. in §. si quis agens, num. 3. Instit. de actionib. Pantaleon Cremen. ad d. l. 2. num. 108. & ibid. Cagn. nu. 158. Iac. à S. Georgio, in l. pacta nouissima, nu 8. C. de pact. & ibid. Iason, num. 9. Rebuff. de rescis. contract. artic. vnico, Glos. 15 nu. 40.

Idem sensit Anto. Gomes. de contract. c. 2. post nu. 22. & nouissimè eandem sententiam secutus est Menoch. de presumpt. lib. 2. præsumpt. 75. nu. 34.

Probatur hæc sentẽtia primò, ex l. si quidem, C. de prędijs Minorum, vbi dicitur, minorem aduersus uenditionem esse restituendum, si fuerit læsus in precio, licet cũ decreto Iudicis facta fuerit uenditio.

Secundò probatur hac ratione: Ecclesia vltra dimidiam læsa in contractu, actionem habet ad illum rescindendum, vt patet ex c. cum dilecti, & ex c. cum causa, de empt & vend. & tamen id intelligi oportet, de venditione facta, solennibus Iuris adhibitis, alioqui non ualeret, vt in toto ti. de rebus ecclesiæ nõ alien. in Extrauag. Ambitiosæ, eod. tit. & alibi. Ergò nihil prohibet, quo minus idem statuendum sit in alijs contractibus, etiam solenniter factis, & cum Iudicis authoritate.

Tertiò probatur, quia hoc operatur Iudicis decretũ, vt contractus præsumatur rectè & ritè celebratus: Verùm hæc pręsumptio cedere debet ueritati; Consequenter si apparet de læsione & iniustitia, cessare debet illa pręsumptio, & decreti efficacia. Facit tex. in l. magis puto, §. penult. ff. de rebus eorum. Latè Menoc. de pręsump. lib. 2. c. 75. nu. 32.

Cæterum contrariam sententiam habuerunt Bart. & Io. de Platea, in l. 1. C. de prędijs Decurionum, lib. 10. Castren. in comment. ad l. 2. C. de rescind. vend. nu. 5. Ang. in cons. 142. circa fin. Socin. sen. in consi. 57. col. vlt. lib. 4. Dec. in consi. 210. post num 8. Corn. in consi. 56. lib. 3. & alij quos refert Ant. Gabr. commun. concl. ti. de empt. & vend. concl. 1. nu. 57.

Fundamentum est in l. 1. C. de prędijs Decurionum, lib. 10. & in ea Iuris regula, quę docet, ubi Iudicis decretum interuenit, omnia præsumi solenniter acta, de qua regula vide Alc. de præsumpt. reg. 3. præsumpt. 10.

Sed nullius momenti esse uidentur hæc argumenta. Quamobrem priori sententiæ adhęrendum esse iudico. Quod enim attinet ad d. l. 1. hęc sunt verba, (quod attinet ad rem nostram) *Denique nihil erit postmodum* (scilicet decreto Iudicis interueniente) *quò Venditor, vel circumuentum se insidijs: vel oppressum potentia comparatoris queri debeat; Quandoquidem sub fide actorum, & de necessitate distrahentis, & de voluntate pariter comparantis.*

Hæc verba probant, venditorem allegare non posse hoc in casu, se vel metu coactum, vel insidijs emptoris circumuentum vendidisse. Sed nullum verbum de læsione vltra dimidiam, quod scilicet de illa conqueri non possit.

Non obstant uerba illa eiusdem legis præcedentia. (*Ita enim fiet, vt nec immoderatus venditor, nec emptor, cuiuscunque sit conditionis, inueniatur iniustus.*) Quia sensus est, Decurionem vendere nõ posse prædia absque necessitate à Iudice æstimanda. Quod si forma hæc seruata sit, *sic eueniet*, inquit text. *vt nec immoderatus venditor inueniatur*, id est, qui sine causa, & moderatione vẽdat, *& emptor non inueniatur iniustus*, id est, qui uel potẽtia, vel insidijs ad vẽdendum inducat, vt statim tex. subdit. Vel si ad omnem iniustitiam illa verba referantur, sensus est, non facilè repertum iri, qui quoquo modo venditorem decipiat, & minus iustè contrahat, propter Iudicis authoritatem, qui intercedit. Quod quidem & nos spontè fatemur.

Sed iam quæstio est, si & Iudex, & contrahentes circumuenti sint, fortè etiam per imprudẽtiam errauerint, ita, vt uenditor in precio fuerit deceptus vltrà dimidiã, an rescindi contractus possit? Et rescindi posse dicimus, quia manifestum est Iudicis authoritatem parum in hoc

A profecisse. Nec textus ille hoc negat, licet multum Iudicis authoritati tribuere videatur.

Quod verò attinet ad illam Iuris Regulam, præsumi omnia solenniter acta ex decreto Iudicis, responsio patet ex præmissis, quoniam, (vt dictum est) vna præsumptio tollit aliam, l. Diuus, ff. de in integrum restit. Et veritati cedit omnis præsumptio. Vnde in proposito textus in l. si quidem, C. de prædijs Minorum. *Si verò*, inquit, *Iure interposito decreto venditionem vili precio eius possessionis, cuius vires ignorabat, fecit, iuxta perpetui edicti authoritatẽ in integrum restitutio, causa tamen cognita, præbetur.*

Tertia controuersia est. Vbi inter emptorem & venditorem est conuentum, vt si vltrà dimidiam læsio contigerit, iustum precium suppleatur, an rescindi cõtractus possit ex d. l. 2. Et rescindi non posse, censuerunt Bald. ad tit. Qualiter dominus feudi proprietate priuetur. Aretin. & Alex. ad l. si quis cum aliter, col. pen. ff. de verb. oblig. quia prouisio hominis, facit cessare prouisionem legis, iuxta

B vulgare dictũ, quod sumitur ex l. vlt. C. de pact. conuent.

Sed contraria sentẽtia videtur mihi probabilior, quã secuti sunt Ias. in l. 2. C. de iure emphyt. num. 143. & Cagnol. in d. l. 2. C. de resc. vend. nu. 168.

Probatur hæc sententia ex d. l. 2. quæ generaliter loquitur. Nec obstat Regula, prouisio hominis, &c. quia intelligitur, quando prouisio legis est specialis, & contra iuris communis regulas, sicuti declarant Bar. ad l. si cũ dotem, ff. soluto matrim. & alij apud Gabr. in commu. cõcl. ti. de reg. iur. concl. 8. nu. 4. Sed in specie nostra legis prouisio generalis est, & ex iure communi prouenit, vt patet, ergo cessat illa Regula, & præualere debet ea sententia, quæ iniustis contractibus & dolosis occurrit.

Quartò controuertitur, si emptor inuenerit thesaurũ in re vendita, an venditor vltra dimidiam læsus, agere possit, ita, vt thesauri ratio habeatur, propter quẽ res procul dubio pluris æstimanda est; & habendam esse rationem eiusmodi thesauri, docuit Ludou. Rom. ad l. si quis

C cum aliter, ff. de verb. obl. dicens, se ita ex facto respõdisse, duabus rationibus: Altera, quia in iudicanda læsione ratio habenda est æstimationis rei, secundum tẽpus contractus celebrati, l. si voluntate, C. de rescin. vend. licet occulta sit huiusmodi æstimatio, & minimè patens, l. nõ intelligitur, §. Diui fratres, ff. de iure fisci. Altera est ratio, quia cõtractus uenditionis & locationis sunt similes, l. 2. ff locati, sed in locatione receptum est, vt pensio sit augẽda, si conductor maximum lucrum sentiat, vt no. Gl. in l. si merces, §. vis maior, ff. locati: Ergò, & in venditione idem statuendum est, vt si magnum lucrum emptor fecerit, thesauri inuentione, condemnandus sit ad maius precium soluendum.

Sed contrarium docent Frãnc. Aret. in d. l. si quis cum aliter, nu. 8. & Cagn. in l. 2. nu. 171. C. de resc. vend. Quorum sententiæ ego potius accedo: Nam thesaurus à vẽditore non possidebatur, cum ignoraret vbi esset, & omnino illum in potestate non haberet, l. 3. §. Nerua, & §. seq.

D ff. de acq. poss. ergo læsus in precio dici non potest, quãuis pro thesauro, quem non possidebat, nihil acceperit.

Argumenta Romani nihil obstãt: Nam quod attinet ad primum, tex. in §. Diui fratres, nihil aliud dicit, nisi instã rerum precia ex præsenti æstimatione constitui. Alterum autem argumentum de locatione, facilè cõfutatur. Quia etsi in conductore ita esset constitutum, id summa ratione factum esset, cum & in eo conductori consulatur, vt nimirum propter sterilitatem pensio sit ei minuenda, iuxta l. si vno, ff. locati. At in emptore aliter est constitutum, quia perfecta emptione, omne commodum & incommodum ad eum spectat, l. necessario, ff. de periculo & commodo rei venditæ. Quare, si thesaurum inuenerit (fortunæ donum Iurisc. appellat, in l. si is qui, ff. de acquir. rer. dom.) eius lucro id cedere debet secundum iuris regulas, l. nunquã nuda, §. Thesaurus, ff. de acq. rer. dom. Franc. Connanus existimat thesaurum diuidendũ inter emptorem & venditorẽ, ex æquitate, lib. 3. comm. iuris, c. 4. nu. 4. sed magis placet quod iam dixi.

Quintò controuertitur. Vtrum venditori scienti iustā rei æstimationem, actio competat ad contractum rescindendum, si vltra dimidiam lęsus fuerit, & communis est sententia non competere, quia scienti & consentienti, non fit iniuria, neque dolus, c. scienti, de regul. iur. lib. 6. l. non videtur, ff. de reg. iur. l. 1. §. vsque adeò, ff. de iniurijs, l. venditor, C. de rescind. vend. Huc accedat à simili tex. in l. domum, ff. de contrah. empt. in illis verbis: *Simili quoque modo tractari oportet, vbi venditor quidem sciebat, emptor autem ignorabat: hic enim oportet & venditionem stare, & omne precium ab emptore venditori, si non depensum sit, solui.* Ita docent omnes ferè interpretes in d. l. 2. C. de rescin. vend. Bar. nu. 14. Bal. nu. 7. Salic. num. 11. Castren. num. 7. Cagn. num. 124. alios commemorat Pinell. ibi, in par. 1. c. 1. num. 10. & vide Rolan. à Valle, consil. 59. num. 10. lib. 1.

Sed contrarium docuit ibi Albericus, num. 12. & cum eo Pinel. loco nuperrimè citato, quorum sententiam iure defendi posse fatetur Couuar. lib. 2. variar. resol. cap. 4. num. 2. Quibus & ego magis assentior; Nam, illa distinctio ignorantis & scientis venditoris, lege nō probatur; & si talis distinctio adhibenda esset, non ita generaliter, sed moderatione aliqua adiecta constitutum fuisset, vt hoc in casu venditori actio competeret.

Huc accedat eandem æquitatis, siue humanitatis regulam vigere vtroque casu, etsi enim venditor iustam æstimationem rei suæ non ignorauerit, humanum tamē est, vt ei succurratur, qui fortè necessitate adactus vendidit, aut astutia emptoris deceptus fuit. Denique vix vnquam locus esset legis beneficio, si venditori scientia noceret. Præsumitur enim scire rei suæ æstimationem, argumento l. quisquis, C. de rescind. vend.

Respondent diuersæ sententiæ Authores, errorem & ignorantiam esse præsumendam ex immodica læsione. At contra, Rerum experiētia comprobatur, faciliùs quē errare in modico precij excessu, quam in magno, vt & Pinell. animaduertit.

Quod verò dicitur, scienti & consentienti iniuriā non fieri, neque dolum, parum mouet: Nam istud intelligitur quantum ad actionem iniuriarum, & actionem de dolo, quæ hoc in casu cessant, sed exinde non infertur, quin ex æquitate, venditori læso succurrendum sit, quē necessitas, vel alia causa coegit ad vendendum exiguo precio, vt scilicet contractū rescindere possit, aut iustum precium consequi.

Ad l. domum, ff. de contrah. emptio. Pinell. respondet, ibi specialiter ita fuisse constitutum, quia constitutio l. 2. non erat Iurisconsultis cognita. Adde, in ea specie nullā fieri mentionem læsionis vltra dimidiam, circa precium. Ratio enim dubitandi erat, quòd domus empta non extaret, sed incendio consumpta esset, licet area extaret. Respondit tamen Iurisconsultus, venditionem consistere, si emptor sciebat combustam esse domum, nullam faciens de hac læsione mentionem. Quare ad hanc rem non pertinet ille textus.

Sexta & postrema controuersia est de renunciatione, an tollat actionem ex d. l. 2. Est autem duplex, altera generalis, cum scilicet venditor renunciat omni legum auxilio. Altera specialis, cum renunciat lęsioni vltrà dimidiam, & actioni competenti ex d. l. 2. Generalem renunciationem nō obesse venditori, docet Couua. lib. 2. var. resol. c. 4. Sed contrarium respondit Paul. Castren. in cōsil. 337. lib. 2. & And. Siculus in consi. 6. lib. 4. Specialem autem renunciationem obesse Bar. disertè docuit, ad l. si quis cum aliter, circa fin. ff. de verb. obl. & alij, quos commemorat Couuar. loco annotato, quibus addi possunt alij ab Ant. Gabr. citati, commu. concl. ti. de empt. & vēd. concl. 1. num. 92.

Cæterum, non obesse contendit Calcanæus in cōs. 25. num. 27. Ego verò in vtroque casu sententiæ communi adhæreo, quam inprimis confirmabo, deinde argumenta contraria refutabo.

Renunciationem generalem nō obesse venditori, probari potest inprimis argumento petito ex l. vlt. §. item quæsitum est, ff. de condict. indeb. in illis verbis: *Item quæsitum est, an pactum quod in pactionibus scribi solet in hunc modum: Ex hoc contractu nullam inter se controuersiam amplius esse, impediat repetitionem. Respondi nihil proponi, cur impediret.*

Deinde probari potest ex eo, quod habetur in l. hæc adiectio, ff. de verb. signif. & ex l. si libertus, ff. de operis libertorum, quibus ex locis deducitur, verba generalia ad modicam læsionem, non autem ad magnam esse referenda.

Denique probari potest hoc argumento. In generali sermone dolus non includitur, l. creditor, §. Lucius, ff. mandati, l. si patet, ff. quę in fraud. credit. l. 1. in fi. ff. de doli mali exceptione. Sed ex læsione vltra dimidiam, dolus re ipsa probatur, l. si superstite, C. de dolo, l. si quis cum aliter, ff. de verb. oblig. Ergo in generali renunciatione non continetur.

Contrariæ sententiæ fundamentum est huiusmodi. Generalis renunciatio refertur ad omnia, de quibus renuncians cogitauit, vel in genere, vel in specie, l. qui iure militari, ff. de militari testamento, & tradit Bart. in l. sub prætextu, C. de transact. Sed renuncians hoc in casu, cogitare videtur, saltem in genere, de auxilio l. 2. Ergò renunciato ad eam quoque causam porrigenda est.

Respondeo: Nego minorem, quia vt dictum est, oratio generalis illum casum non comprehendit, quo dolus continetur. Nec cōtrarium probat tex. qui allegatur, aut Bartoli authoritas.

Porrò specialem renunciationem obesse renuncianti ex eo manifestè probatur, quòd Iuri suo quilibet renunciare potest, l. penult. C. de pact. & renuncianti non datur amplius regressus, l. quæritur, §. si venditor, ff. de ædilit. edicto.

Primum argumentum contrariæ opinionis est huiusmodi. Eadem facilitate, qua venditor vltra dimidiam iusti precij læditur, videtur etiam huiusmodi læsioni renūciare. Ergò talis renunciatio nocere non potest, ex traditis per Bal. in l. 2. nu. 7. C. de rescin. vend. Respondeo. Nego antecedens; Nec Baldi authoritas obstat, quia ille loquitur de Fœminis, Minoribus, & Rusticis, qui facilius decipiuntur ignorantia, imprudentia, & animi fragilitate. Quare, & iura promptiora sunt in eis adiuuandis.

Secundum argumentum sumitur à simili, ex eo nempè, quod dicitur, renunciationem exceptionis nō numeratæ pecuniæ, incontinenti factā, non obstare, vt notatur in l. si ex cautione, C. de non numerata pecunia. Respondeo, id meritò ibi esse constitutum, quia sub spe futuræ numerationis omnia fiunt, quæ ratio in præsenti allegari non potest.

Tertium argumentum sumitur ex traditis à Ludouico Rom. in l. si quis cum aliter, ff. de verb. oblig. ubi dicit, renunciationem exceptionis doli, aut simulationis, in instrumento ipso contractus adiectam, renuncianti non obesse. Respondeo, illud specialiter constitutum esse in odium doli & simulationis. Ratio est: quantum ad doli exceptionem, quia præsumitur & in ea extorquenda dolus adhibitus. Quod verò attinet ad exceptionem simulationis, efficere non debet renunciatio, nec potest, vt id, quod verè actum non fuit, actum fuisse uideatur. Quæ quidem rationes cessant in præsenti.

Quartum argumentum est ex doctrina Bart. in l. vlt. §. Item quæsitum, ff. de condict. indeb. vbi dicit; Generalem renunciationem exceptionis doli, condictioni indebiti, &c. renuncianti non obesse, quin repetāt indebitū solutum. Respondeo, Bartoli doctrinam legē non probari, quia textus in d. §. Item quæsitum, de tali renunciatione non loquitur; sed de pactione illa: *Nullam amplius inter se controuersiam esse*, vt meritò à Bartoli sententia discesserint Fulg. Aret. Imola, & Alex. quos commemorat Didac. Conuar. loco annotato.

Quintum argumentū est ex eo, quod renunciationes eius-

eiusmodi contractibus, & instrumentis inserantur plerumque ex stylo potius cõi Notariorum, quàm ex mẽte contrahentium. Respondeo; infirmum esse argumentũ, quia sæpè etiam adijciuntur, iussu & voluntate contrahentium, & Notariorum stylus pro locorum & prouinciarum diuersitate, varius, ac diuersus esse consueuit.

Postremum argumẽtum est ex l.doli, vers. Diuersum, ff. de nouation. in illis verbis: *Diuersum est in Muliere, quæ contra Senatusconsultum promisit. Nam & in secunda promissione intercessio est. Idemq; est in Minore, qui circumscriptus delegatur, quia si nunc etiam minor est, rursus circumuenitur.* Respondeo, nec de his personis nos loqui, & speciem esse longè differentem ab hac nostra, vt patet.

CAPVT XXI.

Explicantur quatuor aliæ Controuersiæ pertinentes ad materiam l.2. C. de rescind. vendit.

SVnt & aliæ controuersiæ ad hanc materiam pertinentes, quas tractabimus. Controuertitur enim, vtrum l.2. C. de rescind. vend. locum habeat in liberatione facta deteriori, si ex ea creditor, vltrà dimidiam læsus fuerit. Nam locum non habere respondit Fab. de Monte, de empt. & vend. q.8. num.10. post Bal. & Castr. quos citat, quem tamen Castrensem hoc dicentem non inueni; idẽ respondit Cremensis, ad d.l.2. nu.131. & Corn. cõs. 166. nu.4. lib.1. Sed contrarium docuit Aret. ad l. si quis cum aliter, nu.8. ff. de verb. obl. & ante eum Rom. ibid. nu.24. Bar. in cons.90. necnon Cagnol. in d.l.2. nu.195.

Prioris sententiæ fundamentum est in l. si intra, ff. ff. de pact. Ait Papin. *Si intra illum diem debiti partem mihi solueris, acceptum tibi residuum feram, ac te liberabo, licet actionem non habeas, tamen exceptionem competere debitori constat.*

Fundamentum autem posterioris sententiæ positum est in legibus, quibus passim succurritur contrahentibus dolo re ipsa adhibito, & perperam deceptis, iuxta l. si quis cum aliter, ff. de verb. ob. l. maioribus, C. cõmunia vtriusque iudicij, l. si superstite, C. de dolo, & similes.

Ego verò tam creditori, quàm debitori grauiter decepto subueniendum esse non dubito, sed nequaquam ex d.l.2. quia illa lex loquitur in venditore, & actionem cõcedit ad contractum rescindendum, nisi iustum preciũ ab emptore suppleatur. Quę quidem constitutio ad liberationis actum, de quo agitur, inter creditorem & debitorem, haud facilè accommodari potest.

Quod verò istis sic deceptis succurrendum sit aliquo legis auxilio, demonstrari potest argumẽto huiusmodi. Aut enim creditor vel debitor læsus est in calculo rationum per errorem, & succurritur eis ex l.1. C. de errore calculi. Aut per errorem debitor plus soluit, quàm deberet, vel creditor plus remisit, & datur repetitio, l. cuius per errorem, ff. de reg. iur. l. si non sortem, §. si centum, ff. de condict. indeb. Aut læsio contigit in æstimatione rei in solutum datæ creditori, & actio datur, vt in l. si quis aliam, 46. ff. de solut. & in l. si res, §.1. ff. de iure dotium, & l. si non sortem, §. si centum, ff. de condict. indeb. Aut alia ex causa deceptus est, & succurrendum est ex legib. superius allegatis in huius sententiæ fundamento.

Illud nihil mouet quod habetur in l. si intra, ff de pactis, quoniam in ea specie Creditor sponte residuum crediti remisit, nec ullum verbum fit de læsione ultra dimidiam.

Amplius est controuersia, an locus sit d.l.2. si uenditio facta sit pręcedente subhastatione, & locũ non esse respõdit Ang. in l.1. C. de præscr. 30. vel 40. annor. & in l. precia rerum, ff. ad leg. Falcid. Guido Papæ, Sing. 553. & decis. 22. in fi. Bal. in consi. 513. Iudex, lib.5. Corn. in consi. 56. lib.3. & alij, quos citat Gabr. commun. concl. ti. de empt. & uend. concl.1. nu.61.

Argumenta sunt ista. Primum ex l.1. C. de prædijs

A Decur. sine decreto non alienandis, lib.10. in illis uerbis: *Denique nihil erit postmodum*, &c.

Secundum est huiusmodi. Res tanti ualet, quanti uendi potest, l. mortis causa, 18. §. vlt. ff. de donat. causa mor. Ergò cum res publicè præcedente subhastatione distrahitur, locus esse non potest resceissioni contractus, quia eo precio uendita est, quo vendi potuit.

Tertium argumentum. Non licet emptori rei ex publica subhastatione à contractu recedere, sub prætextu lęsionis, l. à Diuo Pio, §. si pignora, ff. de re iudic. Igitur, nec venditori, vt sit æqualis vtriusque conditio.

Sed contrarium docuerunt Paulus Castr. in d.l.2. & ibid. Cagn. nu.161. Pinel. in 2. par. nu.25. Alex. in d.l. Precia rerum, & in cons. 117. col. vlt. lib.7. Crauetta in consil. 29. nume.4.

Et huic sententiæ libentius accedo, tum, quia humanitatis ratio uiget in omni uenditione, suadetque, vt uẽditori grauiter læso succurratur. Tum, quia l.2. generaliB ter loquitur & indistinctè, & ipsa uenditio facta præcedente subhastatione, rescissioni subiacet, dolo & fraude interueniente, l. si quos, C. de rescind. vend. quæ fraus uidetur esse, vbi tanta læsio intercessit.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respõdeo, ex lege in argumento allata nil aliud euinci, nisi uẽditorem allegare non posse, se metu coactum, aut insidijs adductum, vendidisse. Item, venditionem eo casu factam præsumi ritè, rectè & iusto precio. Sed non inde sequitur, quin contrarium probari possit, probataq; immodica lęsione, pręsumptio tollitur, veritas attenditur, ac præfertur. Consequenter venditori succurritur.

Ad secundum respondeo, rem tanti valere, quãti vendi potest, cessante omni dolo & fraude. Sed hic dolus re ipsa inest, propter immoderatam lęsionem. Quare illa bona præsumptio, etiã corruit, quæ pro subhastatione facit.

Ad tertium respondeo, tex. allegatum loqui de creditore, cui pignora debitoris adiudicantur, seu in solutũ dan-C tur. Is hoc auxilio destituitur, quia de residuo, quod sibi debetur, pacto transegisse uidetur, vt inquit Iurisconsultus in d. §. si pignora.

Tertia controuersia est, vtrum in datione in solutum locum habeat l.2. C. de rescin. vend. Et locum habere responderunt Io. Andr. ad Spec. ti. de Iudicijs, §. Sequitur, in addit. incipiente, Sequitur, in fi. Old. in cons. 37. Imo. in c. cum causa, de empt. & vend. col. vlt. Curt. iun. in cõsil. 53. Ias. in cons. 151. lib.4. Mantua, in cons. 70.

Contrariam verò sententiam habuerunt Bal. in l. Ordo, C. de executione rei iudic. Soc. reg. 226. limit. 4. Rui. in cons. 49. nu. 11. lib.4.

Sed communis & vera sententia est, distinguendum esse, inter dationem in solutum, extra iudicium factam à debitore creditori, & dationem in solutum iudicialem, eũ scilicet pignus creditori à Iudice adiudicatur. In priore locus est l.2. in posteriori nequaquam. Ita Alex. ad l. si quis cum aliter, nu.18. ff. de verb. obl. Fab. de Monte, de D empt. & vend. q.8. nu.9. Anton. Burgos, in c. cum causa, nu.45. de empt. & vend. Pinel. in d.l.2. in 1. par. c.4. n.10. Quanquam ab his discedere videatur Cagn. ibid. n.163. post Claudium Aquensem, quem citat.

Probatur hæc sententia, quod attinet ad dationem in solutum, extra iudicium factam, quia talis in solutum datio, similis esse dicitur uenditioni, l. si prædium, C. de euictionib. Si igitur in venditione locum habet, locum habebit etiam in hac datione in solutum.

Quantum verò attinet ad iudicialem, probatur hoc argumento, quia illa fit à Iudice, non à parte. Quare si ex ea læsio inferatur & damnum, remedium datur ordinarium appellationis, vt in l. ab executione, C. quorum appellationes non recipiantur.

Quod si creditor pignora accipere voluerit, & illis contentus esse, nec reclamare, de cætero veluti pacto transegisse videtur, l. à Diuo Pio, §. si pignora, ff. de re iudicata.

Nec obstat si dicat, nõ interuenisse hoc in casu Iudicis

sententiam, sed decretum quoddam ex officio Iudicis, A quod excludere non uidetur constitutionẽ d.l.2. ficuti dicebant Aquens.& Cagn. quia illi argumentãtur à decreto Iudicis interposito in actu voluntariæ iurisdictionis, ad decretũ in contentiosa iurisdictione interpositum, à quo appellari posse constat, si modus excedatur in exequendo, vt in d.l.ab executione, quæ ratio non pertinet ad ea, quæ inter volentes à Iudice decernuntur.

Quarta est controuersia, vtrum eadem lex locum habeat, quoties contrahentium consensus est iteratus, atque, vt vocant, geminatus. Nam cessare hoc in casu eius legis constitutionem, responderunt Paul.Castr. in consil.386.col.2.lib.2.Panorm.in cõs.70.in 2.dub.lib.1. Aegidius Bellamera, in cons.24.col.5.Dec.in consi.216.Rubeus Ale.133.& 139.& 167. Cassançus in Consuet.Burgund.Rubr.7.§ 12.nu.57.vers.Aduerte.Crauet.cõs.151. nu.31.& 32.Couuar.ad c.quamuis,par.3.§.vlt.vers.octaua conclusio.Mantua,lib.1.locor.c.6.

Fundamentum autem est in pronunciatis quibusdam B generalibus, quę circumferuntur, magnam esse vim & efficaciam geminati consensus, multaq; operari, vt proinde non sit mirum, si & istud operetur. Pronunciata deducuntur ex l.Ballista, ff.ad Trebell. ex Auth. Siue à me, C.ad Velleianum, & apud Fely.in c.si cautio, de fide instrumentorum, apud Euerardum in Centuria legali, Loco à vi geminationis, & alibi passim apud Doct.

Sed contraria sententia videtur mihi longè probabilior, quam secuti sunt Soc.sen.in consi.85.nu.5.lib.1.Decius in consi.60.circa fin.Rom.in consi.53.Corn.in consil.11.& 140.lib.3.Boer.q.100.col.6. Cassan in cons.21.nu.16.Fabian.de empt.& vend.q 8. vers.Tertiò quęro, Cagn.ad d.l.2.nu.71.& ibid. Pinel in 1.par.c.1.nu.36.

Probatur hęc sententia. Primò, quia l.2. non distinguit, immò, absque dubio locum habet, etiam quãdo primò aliquis uendit, deinde ex interuallo tradit, quo casu videtur esse duplex consensus in venditore.

Secundò probatur. Quia semper eadẽ ratio humanitatis & ęquitatis uiget, suadetq; vt uenditori succurratur. C

Tertiò. Quoniam nihil aliud efficere potest consensus sępè præstitus, nisi ut præsumatur maior deliberatio, maturiusq; consilium. Quæ quidem præsumptio cessat ob insignem læsionem, ex qua constat venditorem deceptũ fuisse; Immò verò talis consensus multiplicatio obstare non potest, licet dixerimus, eã habere uim renunciationis dictæ l.2. Siquidè, vt superius probauimus, generalis renunciatio non facit, quò minùs cõpetat actio ex d.l.2.

Quæ responsio valet ad omnes regulas, quæ adferuntur de ui & efficacia geminationis.

Sanè adferri solet pro contraria sententia Bar. doctrina, ad l.Iulianus, §.Si quis colludente, ff.de act.empt. Sed nihil obstat. Loquitur Bar. de contractu celebrato cum Procuratore colludente, & ait agi posse, vt dominus approbet, vel reprobet contractum, si approbetur, cessare docet in integrum restitutionem. Rectè. Sed non ad rem nostram, neque enim nos versamur in ea specie, qua uenditori grauiter decepto, illa detur optio, vt uel contractũ D approbet, vel propter læsionem rescindat, ita, vt si approbauerit, adhuc contendamus locum esse rescissioni. De hac specie nostra non est disputatio. Vnde Bartoli doctrina nihil obstat, quæ in dubium reuocari etiam potest, ex traditis per Pinel.ad l.1.in 3.par.nu.36.C.de bonis mat.

CAPVT XXII.

Quatuor aliæ Controuersiæ proponuntur in eadem materia.

On desunt & aliæ controuersiæ de eadẽ materia, quas ordine tractabimus. Et inprimis illa occurrit, an post tempus locationis expletum, si conductor se grauiter & vltra dimidiam læsum animaduertat, an ad instar eius beneficij, quod venditoribus est concessum, iuuari possit in eo, vt iustam tantum pensionem locatori præstare cogatur, vel solutam repetere, quatenus iustam quantitatem excedit.

Decius in consi.583.col.vlt.respondit, conductori nõ esse succurrendum, quoniam constitutio d.l.2. ad eam speciem adaptari non potest, in qua contractus est iã per se rescissus & finitus.

Contrarium docuit Pinel. in d.l.2.in par.1.cap.3.post nu.18. Et huic sententiæ promptius accedo, existimoq; pro conductore sic læso, summam æquitatem pugnare, vt adiuuetur ex ijs legibus, quibus passim contrahentibus grauiter deceptis ac læsis succurritur, l.si superstite, C.de dolo, l.si quis cum aliter, ff.de verb.obl.

Huc accedat quod inter omnes conuenit, eam constitutionem d.l.2.ad contractum locationis extendi, vt per Alex.in consi.107.nu 20.lib.3.Cagn.in d.l.2.num.58.& videtur facere tex.in l.1.§.sed si emerit, in fi. ff.si quid in fraud.patr.ex quo idẽ colligit Robertus li.2.animad.c.14.

Non obstat illa ratio, quod verba dictę legis in hac specie non conueniant, neque enim cõtendimus eius solius legis opem implorandam; sed ex æquitatis ratione, qua illa lex nititur, & id genus aliæ, probamus subueniendũ esse conductori, nec immoderatum lucrum locatoris tolerandum esse defendimus.

Sed maior est difficultas, vtrum in emphyteutico contractu, idẽ iuris statuendũ sit, vt nempè Domino, vel emphyteutę vltra dimidiam læsis, ac deceptis succurratur.

Triplex ex Doctorum sentẽtia; Prima est, eam legem locum habere in cõtractu emphyteutico. Authores sunt Spec.ti.de locato.§.nunc aliqua, q.90. Bart.ad d.l.2.nu.6. & ibi etiam Bal Castr.nu.14.Salic.nu.8.idem Bar.in Authent.Qui rem, in fi.C.de sacrosanctis ecclesijs, & in cõsil.387.ho.2. Panorm. in c.cum causa, nu.8. de empt.& vend.Roman.in l.si quis cum aliter, num.19. ff.de verb. oblig Papiensis in forma libelli ad ficti præstationem, in fi.Petr.Rebuff. de resciss. contract. artic.unico. Glos.15. nu.112.Fab.de Monte, de empt.& vend.q.8.num.14.Pinell.ad d.l.2.C.de rescind.vend. par.1. c.3. post nu.35.& ibid. Cremensis, nu.38.

Fundamentum huius sententię potissimũ stat in eo, q ex cõi Doctorum sententia constitutio d.l.2.porrigatur etiam ad contractum locationis, cui affinis est emphyteuticus contractus, vt in §.Adeo, in Instit. de locato.

Secunda est sententia, non esse locũ dictæ l.2. in contractu emphyteutico, ita Spec.sibi contrarius, ti.de feud. §.nunc uidendum. Bal.ad Rubr. C.de iure emphyteutico, col.vlt.Ias.ad l.1.nu.75.C.eo.tit.

Huius sententiæ fundamentum est, quia emphyteuta canonem præstare tenetur Domino, licet res emphyteutica ex parte perierit, vt in l.1.C.de iure emphyt. Quare Dñs conqueri non debet, ob eam causam, quod modica sit pensio quę præstatur pro re in emphyteusim data, cum emphyteuta dicto subiaceat periculo, & sic contractum sub prętextu læsionis rescindere non potest.

Tertia est opinio distinguentium in hunc modũ, vt in hoc contractu emphyteutico locus sit cõstitutioni d. l.2.considerata ęstimatione rei in emphyteusim datæ, nõ absolutè, sed respectu iuris emphyteutici. Neque enim dominiũ rei in emphyteutam transfertur, quare nec in læsione cognoscenda in æstimationem venire debet, sed duntaxat dominium quod vocant vtile, ita post Imola, & Butrium tradit Cepolla, de simulatione contract. in primo Casu. Sequitur Ant.Gabr.commun.conclus.titu. de empt.& vend.concl.1.num.77.

Sed hæc sententia eadem esse mihi videtur cum priore. Inter omnes enim conuenit ita rationem esse ineundam, cum de læsione agitur in hoc contractu, vt non iusta rei æstimatio in quęstionem deducatur, sed duntaxat iuris emphyteutici ratio habenda sit. Quare hæc sententia non uidetur esse distinguenda à priore.

Est igitur tertia sententia verè distincta & differẽs ab alijs, Antonij Burgensis, in c.cum causa, nume.13.& 14. de empt.& uend. Aut emphyteuta præstare tenetur do-

mino

mino rei pensionem magnam, fructibus percipiendis respondentem, & ferè æquiualentem, & tunc, quoniam ad instar conductoris esse uidetur, beneficium habet d. l. 2. sicuti cæteri conductores habent: Aut exigua quædã pensio præstatur, vt plerumque fit in recognitionem dominij, & tunc quia res in emphyteusin datur sterilis plerumque, vt melior reddatur, de læsione tractari non debet, nec potest, nec ex parte domini, nec ex parte emphyteutæ. Eandem sententiam secutus est Cagn. in d. l. 2. nu. 203. & seq. quibusdam alijs casibus adiectis.

Ego in eam sententiam sum procliuior, vt aliquo pacto subueniendum sit emphyteutę, uel domino, si grauiter, & immoderatè in emphyteusi danda, vel subeunda læsi fuerint ac decepti, ratione uidelicet habita æstimationis iuris emphyteutici.

Moueor ex legibus sæpè allegatis, quibus cauetur succurrendum esse contrahentibus grauiter læsis ac deceptis, l. si superstite, C. de dolo, l. maioribus, C. commun. vtriusque iudicij, l. si quis cum aliter, ff. de verb. obl.

Non obstat argumentum contrariæ sententiæ, quoniam dum de læsione agimus, illud semper intelligimus, vt ratio habenda sit contractus emphyteutici, & omniũ circunstantiarum eius. Quamobrem in læsione statuenda, omnis periculi, quod imminet emphyteutę, ratio procul dubio habenda erit. Quæ responsio valet ad illud ét argumentum, quo dicebatur, de læsione tractari nõ posse, quoties res sterilis ad meliorandum in emphyteusin conceditur, pro exigua quadam pensione præstanda quodammodo in recognitionem dominij. Nam si ratione habita sterilitatis, reliquarumque circunstantiarum memoratarum læsio grauissima apparebit, adhuc cõtendam immodicè læsis ac deceptis esse succurrendum.

Neque huic sententiæ obstat, si dicatur, argumentum sæpè sumi à feudo ad emphyteusin; ex communi verò Doctorum sententia constitutum esse, vt in contractu feudali nulla sit læsionis huiusmodi habenda ratio, teste Cagnolo, in d. l. 2. num. 207. & Pinello ibid. in 1. par. c. 4. num. 2. Quoniam feudum propriè non est contractus, sed beneficium, meritò hæc læsionis disputatio ab eo longè aliena esse debet, immò & in feudis contractus naturam induentibus, & propriam naturam non seruantibus, in quibus annuus canon præstari debet, fructib. conueniens, receptum esse uidetur, vt hic tractatus læsionis locum sibi uindicet, sicuti copiosè explicant Cagn. & Pinell. locis annotatis.

Tertia est controuersia, vtrum in permutatione beneficiorum Ecclesiasticorum locus sit constitutioni dictæ l. 2. Et locum non esse dixerunt Dec. in consi. 210. Prob. ad Io. Monachum in cap. vlt. de renunciationibus lib. 6. Anch. in c. cum causa, nume. 12. de empt. & vend. Imola ibid. num. 24. Bal. ad d. l. 2. & Cremensis ibid. Petrus Rebuff. de resciss. contract. Glos. 1 5. nume. 10. Couuar. lib. 1. variar. resolut. cap. 5. num. 3. & post nume. 8. vers. Vltima ratio.

Argumenta sunt ista. Primum in beneficijs ecclesiasticis, qui permutat, titulum habet à Pontifice, non autẽ ab eo, cum quo permutat, neque enim fieri potest, ecclesiasticorum beneficiorum permutatio, sine consensu Pontificis. Ergo in ea locum habere non potest constitutio d. l. 2. quæ loquitur de contrahẽte, qui ab altero contrahente læditur ac decipitur.

Secundò, constitutio d. l. 2. & similium de ijs rebus loquitur, quæ precio æstimantur, vt patet. Sed beneficia ecclesiastica quę diuinis vsibus inseruire debent, precio nũmario ęstimanda non esse uidentur, ergo cessat in illis constitutio d. l. 2.

Tertiò. Non potest is, qui lædit alterum, permutando beneficium ecclesiasticum, id supplere, quod deest iusto precio, quia incurreret crimen Simoniæ, vt notum est; Ergo ad hunc casum aptari non potest dicta constitutio.

Quartò, in huiusmodi rebus spiritualibus ratio duntaxat habenda esse uidetur, vtilitatis animarum, non autem commodi pecuniarij, vt meritò responderint Rotæ A Romanæ Auditores, decis. 129. in antiquis, beneficiorũ permutationem non vitari, eam ob causam, quod unum sit maioris æstimationis altero. Consequenter omnis isthæc disputatio, quæ in æstimatione & commodo pecuniario uersatur, ab hac specie procul remouenda esse videtur.

Contrariam opinionem secuti sunt Cald. in cons. 4. ti. de rerum permut. Ant. Burgos, in c. cum causa, nu. 60. de empt. & vend. Pinellus, in d. l. 2. in 1. par. c. 3. nu. 16.

Istorum argumenta sunt ista. Primum ex c. cum uniuersorum, de rerum permut. in illis uerbis: *Cùm igitur deceptis, & non decipientibus iura subueniant*, &c. Et rursus ibi: *Mandamus, quatenus si constiterit prætaxatum G. taliter fuisse deceptum, amoto à præbenda sua consanguineo ipsius*, &c.

Secundum argumentum est ex c. Ad quæstiones, eo. tit. vbi S. Pontifex consentit, vt in permutatione rerum ecclesiasticarum aliquid pecuniæ ex una parte soluatur, B quò magis contractus ad æqualitatem perducatur. Ex quo sumi potest argumentum, idem iuris esse concedendum, si ex permutatione grauis aliqua læsio emerserit.

Tertium argumentum est ex eo, quod in permutatione beneficiorum ecclesiasticorum, ius temporale separari potest à iure spirituali, quatenus scilicet bona ipsa, & eorum fructus æstimãtur. Quare cũ in alijs rebus temporalibus contractus, ex quibus insigniter quis lęditur, vel retractentur, vel ad æqualitatem reducantur, nihil proponi posse uidetur, cur & in hac specie idem omninò statuendum non sit.

Tertia est sententia Hieronymi Cagnoli in d. l. 2. post nu. 57. distinguẽtis in hunc modũ: Quandoque permutatio beneficiorũ fit, nulla mentione facta redituum ipsorũ beneficiorum, & tunc læsus contractũ rescindere nõ potest. Quandoque redituum fit mentio, sed falsa, & tũc aditus rescissioni patet. Quandoque prætextu læsionis cõtractus rescissio postulatur ab Ecclesia damnum passa, & C rescissioni locus est. Quandoque læsio ex eo contingit, quòd alter ex contrahentibus nullum ius habuit in beneficio permutato, & tunc permutatio retractatur, vt in c. cum vniuersorum, de rerum permutatione.

Ego hac in re tres pono assertiones, seu conclusiones. Prima est, si quæratur an in huiusmodi specie locus sit constitutioni d. l. 2. ita videlicet, vt propter læsionem ultra dimidiam contractus rescindi possit, aut iustum precium suppleri debeat. Respondendum est, locum non esse, quia precium iustum suppleri non potest absque uitio Simoniæ, quę committitur, quoties pecunia datur pro rebus ecclesiasticis & spiritualibus, c. cum essent, c. querelam, c. ex diligenti, de Simonia, c. constitutus, de Transactionib. cum alijs vulgaribus. Et probat optimè Couuar. lib. 1. variar. resol. c. 5. post nu. 8. vers. vltima ratio, ubi etiã optimè respondet ad tex. in c. ad quæstiones, de rer. permut. dicens, eam decisionem tractare de permutatione Ecclesiarum, quo ad earũ bona tẽporalia, non quo ad ti- D tulum, iurave spiritualia, vt patet ibi: *Et in permutatione possessionum*, &c. Quo fit, vt si de permutatione ageretur possessionum ecclesiasticarum, simpliciter locus esse posset supplemento iusti precij, & consequenter rescissioni contractus, ex d. l. 2.

Secunda conclusio, si in permutatione dolus vel fraus intercedat, exempli gratia, si quantitas redituum expressa fuerit falsò & dolosè, locus erit contractus rescissioni ac retractationi. Probatur hæc sententia agumento sumpto ex d. c. cum uniuersorum, de rerum permutatione.

Tertia conclusio. Si in eiusmodi permutatione ecclesiasticorum beneficiorum, dolus re ipsa fuerit adhibitus, quia scilicet alter contrahentium insigniter sit læsus ac deceptus, iudicis Ecclesiastici officio incumbet prospicere, vt damnum passo succurratur; cum inter omnes conueniat, eiusmodi contractus ecclesiasticarum rerum bona fide exuberare oportere, c. per tuas, de donationibus, & deceptus subueniendum esse doceat S. Pontifex in d. c. cum uniuersorum.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respõdeo, non esse bonam consequentiam; Permutatio fieri non potest absque S. Pontificis authoritate. Ergò per mutanti decepto subueniendum non est. Hanc consequentiam destruit tex. in c. cum uniuersorum, de rerum permutatione.

Quod attinet ad secundum argumentum, fateor res spirituales precio nummario æstimandas non esse, sed hic agimus de rebus Ecclesiasticis, quatenus temporales reditus ex eis percipiuntur, qui procul dubio pecunia æstimantur, quod quidem ius temporale separari facilè potest à iure spirituali, sicut dicebant Anton. Burg. & Pinell. locis annotatis.

Ad tertium, concedo totum argumentum, quia nos quoque dicimus ad hanc speciem non pertinere constitutionem d. l. 2. Sed contendimus alijs Iuris remedijs succurrendum esse decepto.

Vltimum argumentum nihil obstat, quia, ut iam dictum est in proposita quæstione, spectamus bona & iura temporalia, non aût spiritualem profectum animarum.

B Quarto controuertitur. Vtrum constitutio d. l. 2. porrigenda sit ad omnes contractus stricti iuris. Nam ad cõtractus bonæ fidei propter eandem æquitatis rationem porrigendam esse inter omnes conuenit, sicuti declarat Pinel. ibi, in 1. par. c. 3. in prin. Vide l. Maioribus, C. cõm. vtriusque iud. & Cuiac. lib. 13. Obseru. 14.

Sunt igitur qui existiment, eam legem porrigendam non esse ad cõtractus stricti iuris, ita Ias, post alios quos adducit ad l. si quis cum aliter, nu. 18. ff. de verb. obl. & ante eum Castr. in cons. 386. col. 2. lib. 2.

Alij dixerunt locum esse in contractibus stricti Iuris, condictioni indebiti, ad repetendum id quod datũ est; Vel si læsus ac deceptus cõueniatur, locum esse exceptioni ex constitutione d. l. si quis cum aliter. Ita Alexan. ibi, necnon Bar. Bald. Castrens. & Salicet. in d. l. 2. C. de resciud. vend. Ant. Burgos, in c. cum causa, nu. 15. de emptio. & vendit.

C Alij deceptum agere posse dicunt ad precij iusti supplementum, non autem ad contractus rescissionem. Ita Cagnol. in d. l. 2. nu. 67.

Alij competere læso beneficium d. l. 2. responderunt, ita Pinell in d. l. 2. in 1. par c. 3. nu. 7. 8. & 9.

Ego & probabiliorem & communiorem eorum sententiam esse iudico, qui in contractibus stricti iuris exceptionem ultra dimidiam deceptus, uel indebiti condictionem concedendam esse affirmarunt. Nam quod attinet ad exceptionem, illam esse damnum passo tribuendam, probat euidenter tex. in d. l. si quis cum aliter.

Quòd uerò danda sit etiam indebiti condictio, probatur hoc argumento: Qui exceptione perpetua tutus, soluit per errorem, solutum condicere, ac repetere potest, l. Qui exceptionem, ff. de condic. indeb. Sed hic deceptus tutus erat exceptione, & per errorem soluit, ergo indebiti condictionem habet.

D Illa minor propositio probatur: Nam quòd exceptione perpetua tutus esset, tàm grauiter læsus ac deceptus, probatur ex d. l. Si quis cum aliter. Quòd verò per errorem soluerit, iuris præsumptione, probatur. Etenim, error potius præsumendus est, quàm donatio, l. cum de indebito, ff. de probationibus præsertim, vbi tanta læsio intercedit, sicut notatur in l. Quisquis, C. de rescind. vend.

Respondet Pinell. non benè ad hanc rem applicari l. Qui exceptionem, ff. de condic. indeb. quia illa lex loquitur, quoties exceptio competit ab initio contractus. In specie autem nostra, hæc exceptio non cõpetit ab initio contractus, quia contractus nullum euidens uitiũ continet, & læsio probanda est per multa extrinseca media.

Non obstat hæc responsio, quoniam & in quæstione proposita exceptio competit ab initio cõtractus, propter læsionem & dolum re ipsa adhibitum, ut patet ex d. l. si quis cum aliter.

Nec obstat quod contractus suam habeat formam, & nullum patens uitium, quia sufficit in ipso contractu læsionem intercessisse, eamq; postea probari. Neque enim probatio facit, vt læsio intercesserit, sed, vt detegatur, eã in ipso contractu intercessisse. Nec uerò necesse est, vt manifesta sit exceptio ex uitio manifesto exorta, vt locus sit constitutioni, d. l. qui exceptionem.

Porrò, non obstat argumentum Pinelli, ad probandũ in proposita quæstione locum habere constitutionem d. l. 2. sumitur enim ex l. in omnibus negocijs, ff. de act. & oblig. Nihil enim aliud vult illa lex, nisi in omnibus negotijs contrahendis, siue bonæ fidei sint, siue non, errorẽ interuenientem efficere vt nihil ualeat quod actum est, cum scilicet alter ex contrahentibus unum senrit, alter verò aliud diuersum. At nos minimè versamur in hac specie. Agimus enim de contractibus mutuo consensu celebratis, in quibus nullus error circa rem, vel materiã intercedit, sed dolus duntaxat reipsa, læsio, ac deceptio.

CAPVT XXIII.

Rescissa venditione ex remedio l. 2. C. de rescind. vend. an resoluatur hypotheca medio tempore contracta.



Celebris est controuersia inter Bart. & Bald. vtrum hypotheca resoluatur venditione resoluta, ex constitutione l. 2. C. de rescin. vendit. Barto. enim non solui existimauit in l. si res, ff. quibus modis pignus, vel hypotheca soluatur, & in l. 4. §. sed Marcellus, ff. de in diẽ addictione, & in l. in diem, ff. de aqua pluuia arcen. Sed contrarium docuit Bald. in d. l. 2. nu. 17.

A Bartoli sententia sunt Io. And. in additione ad Specul. Rubr. de oblig. & sol. col. 2. vers. Proposito congruit. Alber. in d. l. 2. col. 4. Anchar. in cap. Accessorium, col. 10. vers. Prædictis applico quæstionem, de reg. iur. lib. 6. Alexand. in consi. 45. col. 2. vers. Ad quod pluribus, lib. 5. Cumanus, in d. l. in diem. ff. de aqua pluuia arcen. Rom. ibid. Fulgos. in l. si res, ff. quibus modis pignus, vel hypotheca soluatur. Boerius decis. 181. num. 10. Corasius, ad l. 3. ff. de seruitutibus.

Argumenta uerò sunt ista. Quoties contractus resoluitur non necessitate quadam, sed uoluntate emptoris, hypotheca constituta nõ resoluitur, l. si res, ff. quib. mod. pign. vel hypothec. soluatur, l. bouem, §. pignus, ff. de ędilit. edicto. Sed hoc in casu emptoris uoluntate resoluitur. Ergò, &c. Probatur minor: quia emptor potest rem retinere, venditori soluendo id, quod iusto precio deest.

Secundò. Ius hypothecæ, quod creditori competit in re vendita, fortius esse uidetur, ac potentius iure personali, quod uidelicet uenditor habet in personam emptoris, ut condictione ex d. l. 2. eum compellere possit ad rem restituendam. Nam plus cautionis est in re, quàm in persona, l. plus cautionis, de reg. iur. Ergò non si rescindatur contractus, & res uenditori restituatur, iccirco hypotheca resoluitur.

Huc accedat, quòd venditor potest rem distrahere, & contra tertium possessorem actio non competit ex d. l. 2. Ergo idem iuris esse uidetur, vbi emptor alteri rem obligauerit.

A sententia uerò Baldi sunt Salicet. in d. l. 2. q. 15. Castrens. ibid. nu. 11. Alex. ad Bart. in d. l, si res, Cremensis, in d. l. 2. nu. 189. Cagn. ibid. nu. 120. & in l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. nu. 199. Alciatus in l. debitori. num. 2. C. de pact. Negusantius de pignor. 1. membro, 5. par. nu. 43. Parisien. in consuet. Paris. §. 22. num. 45. Tiraquel. de retractu conuent. §. 3. Glo. 1. num. 12. & ad l. si unquam, in verbo, Reuertatur, num. 271. C. de reuocand. donat. Socin. iun in consi. 119. nu. 16. lib. 2. Pinell. in d. l. 2. parte 1. num. 13.

Argumenta sunt ista. Primum ex l. lex vectigali, ff. de pignor. in illis uerbis: *Respondit, si (ut proponeretur) vectigali non soluto, iure suo dominus usus esset, etiam pignoris ius euanuisse.*

Re-

Reſpondet Bart. in ea ſpecie volũtatem non interceſſiſſe poſſeſſoris fundi, quia vectigal non ſoluit, ſcilicet ad id ordinata, vt fundus ad dominum rediret, propterea cõtractu reſoluto, pignus etiam euaneſcit. At in caſu noſtro, venditio reſoluitur ex voluntate emptoris ad ipſum ordinata, quia poteſt ſoluendo id, quod deeſt iuſto precio, rem retinere.

Hæc reſpoſio mihi non probatur; quia emptor non videtur ſponte id facere, fundum enim venditori reſtituit, atque adeò contractum reſcindi permittit inuitus, ne cogatur ſupplere iuſtum precium.

Secundum argumentum. Reſoluto contractu ex pacto addictionis in diem, hypotheca reſoluitur, l. 4. §. ſed Marcellus, ff. de in diem aditictione, l. 3. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluatur. Ergò idem ſtatuendum eſt venditione reſoluta ex d. l. 2. Sicut enim emptor poteſt impedire reſciſſionem, ſupplendo id, quod deeſt iuſto precio, ita & emptor impedire poteſt, ne reſoluatur contractus, ſi offerat venditori eam meliorem conditionem, quæ ab alio offertur, l. licet, & l. neceſſe, ff. de in diem addictio.

Tertium argumentum eſt Reſoluto contractu ex neceſſitate iuris, hypotheca reſoluitur, l. ſi res, ff. quib. mod. pign. vel hypot. ſoluitur, l. 4. §. ſed Marcellus, ff. de in diẽ addict. Sed hic reſoluitur ex iuris neceſſitate, quia emptor tenetur aut rem reſtituere venditori, aut iuſtum precium ſupplere, & cum alterutrum quis facere tenetur, dicitur coactus id facere, l. Illud, §. 1. ff. de conſtituta pecunia, l. quæ ſub conditione, §. ſub conditione, ff. de conditionib. inſtitutionum, ibi. *Ne alia eum vrgeat*, &c. Tiraq. de retractu conſang. §. 32. num. 67. Ergò hypotheca reſolui videtur.

Atque huic ſententiæ ipſe quoque aſſentior. Ad primum argumentum Bart. reſpondeo, negando contractũ reſolui emptoris voluntate, reſoluitur enim potius ex iuris neceſſitate, vt dictum eſt. Aut certè non reſoluitur ex mera emptoris voluntate, ſicuti requiritur, ad hoc, vt hypotheca euaneſcat, vt in d. l. ſi res, ff. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolu. ibi. *Quanquam vbi res ſic diſtracta eſt, niſi emptori diſplicuiſſet*, &c.

Ad ſecundum argumentum reſpondeo, dato quod regulariter ius in rem ſit potentius, quàm in perſonam, nõ tamen eo caſu potentius eſt, cum ipſum ius reale reſolutioni obnoxium eſt, vt in præſenti ſpecie; quia reſoluto iure datoris, reſoluitur ius acceptoris, vt in d. l. Lex vectigali. Adde, quod in præſenti caſu ius venditoris læſi videtur eſſe potẽtius, quàm ius creditoris, eſt enim antiquius iure creditoris, & legis auxilio munitum eſt.

Quòd verò poſtremò adijciebatur, ſi emptor rem diſtraheret, agi non poſſe contra tertium poſſeſſorem, ad hanc ſpeciem noſtram minimè pertinet, in qua non de alienatione agitur, ſed de hypotheca.

CAPVT XXIV.

Vtrum venditione reſciſſa ex remedio d. l. 2. res venditori reſtituenda ſit ſimul cum fructibus ab emptore perceptis.



Ontrouerſia eſt difficilis, vtrum venditione reſciſſa ex remedio l. 2. C. de reſcin. vend. res venditori reſtituenda ſit, ſimul cum fructibus ab emptore perceptis.

Duæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ. Altera affirmat, altera negat. Affirmant Roffredus de libellis, in 4. parte, in Rubr. de action. Quanti minoris, nu. 20. Alber. ad d. l. 2. nu. 16. Salicetus ibid. nu. 5. Bald. nu. 3. Afflict. in c. 1. num. 150. de feudo dato in vicem legis commiſſoriæ, Emanuel Coſta, ad l. Gallus, §. Et quid ſi tantum, nu. 72. ff. de liberis & poſthumis. Aug. Berous, c. cum dilecti, in fine, & in c. Ad noſtram, nu. 15. de empt. & vend. qui tamen declarat, ita eſſe intelligendum, vt fructus reſtituantur, ratione habita eius, quòd iuſto precio deeſt. Quòd ſi malit iuſtum precium emptor ſoluere, eum teneri dicit ad vſuras, reſpectu eius precij, quod ſuppletur.

A Hanc eandem ſententiam amplexi ſunt Io. Lupus, & Anton. Gomeſ. in locis à Pinello citatis, in d. l. 2. in 2. par. cap. 4. num. 1. & 2. necnon Couuar. lib. 1. variar. reſolut. cap. 3. num. 9.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex l. 1. C. ſi maior factus alienationem ratam habuerit, in illis verbis: *In arbitrio eius ponere, an velit poſſeſſionem cum fructib. reſtituere*, &c.

Secundum argumentum eſt ex l. cum autem, §. cum redhiberetur, & ex l. Quod ſi nolit, in fine, ff. de ædilitio edicto. Vbi reſciſſa venditione per actionem redhibitoriam, fit reſtitutio rei vnà cum fructibus.

Tertium argumentum eſt ex l. Quod dictum, & ex l. Imperator, ff. de in diem addict. vbi ſimiliter venditione reſciſſa, ex pacto addictionis in diem res reſtituitur vnà cum fructibus. Idem eſt vbi venditio reſoluitur ex pacto legis commiſſoriæ, l. 5. ff. de lege commiſſoria.

Quartum argumentum eſt ex l. Videamus, ff. de vſur. Quo in loco probatur, reſtitutionem rei, quæ ex iuſtitia

B fit, vnà cum fructibus eſſe faciendam.

Quintum argumentum eſt ex l. Filio, §. 1. in fine, ff. de inoff. teſtam. vbi reſciſſa inſtitutione hæredis per querelam inoff. teſtam. bona reſtituuntur vnà cum fructib.

Sextum & poſtremum eſt, ex l. Quòd ſi minor, 25. §. Reſtitutio, & ex l. Patri, 28. §. Item ex diuerſo, ff. de minor. vbi patet, reſtitutione facta minoris aduerſus contractum, fructus quoque reſtitui.

Cæterùm, negantem ſententiam amplexi ſunt Cremen. in d. l. 2. Cagnol. ibid. nu. 40. Pinell. in 2. pat. c. 4. n. 1. & 2. Fabian. à Monte, de empt. & vend. q. 8. nu. 14. Ant. Gomeſ. variar. reſol. tit. de Contract. c. 2. nu. 24. & cap. 4. nu. 21. Ant. Butrius & Imola, in c. Ad noſtram, de empt. & vend. & ibid. Ant. Burgen. nu. 36. Cepolla, de ſimulatione Contract. §. 2. Ancharan. in c. Peccati venia, q. 10. de reg. iur. in lib. 6. Sylueſter Pierius, in verbo, Vſura, 2. q. 15. Mantua, lib. 1. Locor. cap. 6. ad finem. Atque huic ſententiæ & ipſe adhæreo.

C Probatur primò ex eo, quòd in ipſa cõſtitutione d. l. 2. Mandat Imperator reſciſſa venditione rem reſtitui, de fructibus autem reſtituendis nullam facit mentionem.

Secundò, quia emptor habet bonam fidem, & iuſtum titulum, vt declarant Rotæ Romanæ Auditores, deciſ. 116. in nouiſ. Ergò fructus lucratur, l. Bonæ fidei, ff. de acquir. rerum domin.

Tertiò, quia emptor non eſt in mora reſtituendi rem venditam emptori, antequam is petat contractum reſcindi, cur ergo teneatur ad fructuum reſtitutionem? Facit, quod habetur in l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. vbi emptor ad fructus non condemnatur, niſi ex eo tempore, quo in mora eſt, rem venditam reſtituendi.

Quartò, quia iniquum eſſe videtur, vt quis habeat precium & fructus rei venditæ, iuxtà notata in l. Curabit, C. de actio. empt. Quare cum venditor precium acceperit, non debet etiam fructus conſequi, & ſibi imputare debet, quòd non ſtatim petierit contractum reſcindi.

D Poſtremò probatur ex c. Ad noſtram, de rebus Eccleſiæ non alienand. in illis verbis: *Cum tibi fructus percepti ſufficere debent pro labore*, &c.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpõdeo, legem allegatam loqui de minore 25. annis, læſo ex venditione ſine decreto facta, & inconſultò ratificata, de qua ſpecie noſtra quæſtio non eſt, ſed de minore 25. annis læſo.

Ad ſecundum reſpondeo, per actionem redhibitoriã omnia in priſtinum ſtatũ reuerti, & idcirco fructus quoque ab emptore reſtituendos. Meritò, nam ipſe cauſa eſt, vt contractus reſoluatur.

Ad tertium de pacto addictionis in diem, reſpondeo, locum eſſe reſtitutioni fructuum, cum venditio eſt conditionalis, ſicut loquuntur leges in argumento allegatę, ſecus ſi pura ſit venditio, ſub conditione tamen reſoluenda, vt in l. 2. & 3. ff. de in diem addic.

Quod verò dicebatur idem eſſe in venditione reſoluta ex pacto legis commiſſoriæ, ea ratione nititur, quia vẽditio

ditio resoluitur facta, & culpa emptoris, precium tempore constituto non soluentis, meritò is ad fructus restituẽdos compellitur. A

Ad quartum respondeo, argumentum procedere, quãdo lex vtitur verbo restitutionis. Illud enim habet plenissimam significationem. Sed in proposita quęstione lex non vtitur restitutionis verbo.

Ad quintum respondeo, in querela inofficiosi testamẽti fructuum restitutionem esse faciendam, quia hæreditas ex die mortis testatoris ad actorem pertinuisse intelligitur, l. Eum qui, §. vlt. ff. de inoff. testam. Quæ ratio cessat in proposita quæstione.

Ad postremum respondeo, argumentum loqui de restitutione minorum, de qua nostra non est disputatio.

CAPVT XXV.

Vtrum uenditio rescindatur Medico ab infirmo facta, si læsio interuenerit, sed non ultrà dimidiam. Et nunquid in Foro Ecclesiastico venditori læso citrà dimidiam, actio detur. B


Ommunis est & vera sententia, venditionẽ ab infirmo Medico factam rescindi posse, licet vltrà dimidiam læsio non interuenerit. Ita docet Panorm. in c. Quia plerique, n. 34. de immunit. Eccles. Ant. Burgos, in c. Cum causa, nu. 52. de empt. & vend. Rebuff. de rescis. contrac. art. vnico, Glos. 15. nu. 44. Pinell. alios citans, in l. 2. C. de rescind. vend. in 2. par. nu. 3.

Probatur hæc sententia primò ex l. Medicus, ff. de varijs, & extraordinarijs cognitionibus, vbi dicitur: *Medicum, qui curandos suos oculos, qui eis laborabat, commiserat, periculum amittendorum eorum per aduersa medicamina inferendo, compulit, vt ei possessiones suas contra bonã fidem ager venderet, incivile factum Præses prouinciæ coerceat, remque restitui iubeat.*

C Secundò ex l. Archiatri, C. de Professoribus, & Medicis, lib. 10. in illis verbis: *Quos etiam patimur accipere, quæ sani offerunt, non quæ periclitantes pro salute promittunt.*

Tertiò, ex l. Quisquis, C. De postulando. Sicut enim ea lege prospectum est, ne durante lite inter Aduocatum & Clientẽ, huiusmodi promissiones, & conuentiones fiant, ita & inter Medicum & Aegrotum statuendum esse videtur, ne propter vitæ periculum, facilè ægrotus contrahat, & decipiatur.

Cæterùm, hanc rem aliter acceperunt Regij Neapolitani Consilij Adsessores, vt constat ex Afflicto decis. 123. & Cagnolo, in d. l. 2. nu. 191. Existimarunt enim eo casu contractum esse rescindendũ, in quo omnia concurrunt, quæ commemorantur in specie d. l. Medicus, & tunc demum promissiones nõ valere Medico factas ab infirmo, cum ex publico ærario stipendium habet.

D Ego verò, si grauis sit infirmitas, & periculum mortis immineat, communem sententiã amplecti non vererer, tametsi circumstantiæ supradictæ non concurrerent, pręsertim, si læsio esset magna, satis enim apparere videtur, ex magna læsione concurrente periculo mortis, iniustitia ipsius contractus, timoreque motus, & impressione quadam potius, quàm libera voluntate infirmum contraxisse & promisisse, multumque præterea mouet ea constitutio, quæ de Aduocato, & Cliente loquitur.

Est etiam controuersia, Vtrum in foro Ecclesiastico aliquod sit proditum auxilium, quo læsus venditor citrà dimidiam, suæ prospicere valeat indemnitati. Petr. Anchar. in Reg. Peccatum, de reg. iur. lib. 6. censuit actionẽ dari, vbi ex necessitate quadam res vendita est. Idem docuit Ias. in §. Sed iste, nu. 107. in Inst. de action. Petr. Gerard. Sing. 22. Calcaneus, in cons. 27. nu. 28. & nouissimè Martinus Nauarrus in comment. ad c. Nouit, de Iudicijs, in 6. notab. Sed hanc sententiam impugnat Pinell. ad d. l. 2. in 2. parte, cap. 2. nu. 36. licet in foro conscientiæ illam recipiat.

Ego verò priori sententiæ facilè subscribo, quæ probatur hoc argumento. Iudex Ecclesiasticus, de quocunque peccato mortali, cuiuscumque etiam laici cognoscere potest, eo fine, vt cogat peccantem per censuras Ecclesiasticas ad pœnitentiam, c. Nouit, de Iudicijs. Sed emptor, vẽditorem lædens grauiter, licet non vltrà dimidiam, mortaliter peccat, ex communi sententia Theologorum, sicuti deducit optimè Nauarrus loco annotato. Ergò compelli potest à Iudice Ecclesiastico ad pœnitentiam. Et cõsequenter, ad restitutionem rei, vel ad solutionem iusti precij.

Nec difficilè est ad argumentum Pinelli respondere. Is enim vtitur hoc argumento, quod nusquam iure Canonico sancitum sit, aut Ciuili, vt actio detur læso venditori, licet necessitate vrgente uendiderit, nisi vltrà dimidiam læsio interuenerit, vt patet ex l. Non idcirco, C. de rescind. vend. & ex c. Ad nostram, de reb. Ecclesiæ non alienan. Quem locum subtiliter inducit ad hanc sententiam confirmandam, in dictis commentarijs ad l. 2. par. 2. cap. 4. num. 27.

B Respondeo, nullam actionem ordinariam esse constitutam. Cæterùm, per viam denunciationis Euangelicæ, vt dicitur, rectè probatur, succurrendum esse venditori læso. Cui argumẽto responsum nullum attulit Pinellus.

CAPVT XXVI.

Vtrum transactio rescindi possit ob læsionem vltrà dimidiam.


On est omittenda celebris controuersia, quę & ab hoc tractatu non est aliena, vtrũ transactio rescindi possit propter læsionem vltrà dimidiam. Et quidem rescindi non posse dixerunt Glos. Io. Andr. Anchar. & Barbatia, necnon Innocent. in c. Cum causa, de emptio. & vend. Glos. in l. Lucius, §. vlt. ff. ad Trebell. Specul. tit. de empt. & vendit. §. Nunc dicendum, vers. Quid de transactione, Cyn. Salicet. & Bald. ad l. 2. C. de rescind. vend. Iason, Alex. & Aret. ad l. Si quis cum aliter, ff. de verb. obligat. Guido Papæ, Singul. 376. Curt. sen. consi. 65. Panorm. in consi. 12. lib. 2. Barbatia in cons. 41. lib. 1. Corneus in cõs. 21. lib. 3. Alex. in cons. 42. lib. 3. & 118. lib. 7. Ruin. consil. 132. nu. 3. lib. 1. Decius in cons. 216. nu. 4. Gomes. ad Regulas Cancellariæ, de annali possessore, q. 2. Grammaticus decis. 66. nu. 47. Parisius in cons. 96. nu. 61. lib. 1. Berous in cons. 176. num. 25. lib. 1. Zasius in consil. 18. lib. 1. Socin. iun. in cons. 32. lib. 1. & in cons. 32. lib. 3. Alciat. in cons. 124. nu. 3. & 89. nu. 4. Crauetta cons. 151. nu. 26. Afflict. decis. 220. Alba, in cons. 11. Roland. in cons. 28. n. 25. lib. 4. Io. Mauritius de restit. in integr. c. 210. Cotta in Memor. in verbo, Venditor, Andreas Geyll, lib. 2. Obseru. 70. Menoch. in cons. 401. nu. 157. lib. 5. Plotus in cõs. 32. Tiraq. de retrac. §. 24. Glos. 9. nu. 107. Accedit vsus Galliæ, & edictũ Caroli IX. latum anno 1562. teste Papon. 2. notar. 9. cap. de exceptio.

D Argumenta sunt illhæc. Primum ex l. Lucius, §. vlt. ff. ad Trebell. ibi: *Postea repertis instrumentis apparuit, quadruplo amplius in hereditate fuisse. Quæsitum est, an in reliquum fideicommissi nomine conueniri possit. Respondi secundum ea quæ proponerentur, si non transactum esset, posse.*

Secundum est ex l. Sub prætextu instrumenti, C. de Transactionib. vbi dicitur, Transactionem rescindi non posse sub prætextu instrumenti de nouo reperti. Et tamẽ euenire potest, vt ex instrumento nouiter reperto appareat transigentis læsio vltrà dimidiam.

Tertium est ex l. A Diuo Pio, §. Si pignora, ff. de re iudicata, ibi: *Rescriptum est non posse amplius, quod sibi debetur petere, quia velut pacto transegisse de cætero videtur, quia contentus fuit pignora possidere.*

Quartum ex l. In summa, ff. de condict. indeb. in illis verbis: *Et quidem, quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur. Nam si lis fuerit, hoc ipsum quod a lite receditur causa videtur esse.*

Quintum argumentum. Transactio, & iuramentum

æqui-

æquiparantur. Nam Iusiurandum est species Transactio
nis, l. 2. ff. de iureiur. Sed causa per Iusiurandum finita,
retractari non potest ob quamcunque læsionem, l. Non
erit, §. Dato, l. Nam postea, §. 1. ff. eod. tit. Ergò idem est
de causa Transactione finita statuendum.

Sextum est ex l. Quod si deferente, ff. de dolo, ibi: *Per
Iusiurandum enim Transactum videtur.*

Septimum ex l. 1. C. de plus petitionibus, in illis ver-
bis: *Transactionibus scilicet, & secundis confessionibus, e-
tiam in hac specie suam obtinentibus firmitatem.*

Octauum argumentum. Quoties res est dubis, & in-
certa, læsio allegari non potest, l. De fideicommisso, C. de
Transactionibus, l. Si ea lege, C. de vsuris. Sed euentus li
ris dubius esse dicitur, & incertus, l. Quod debetur, ff. de
peculio. Ergò ex Transactione per quam à lite receditur,
læsio allegari non potest.

Postremum argumentum. Trsnsactio, & res iudicata
æquiparantur, l. Non minorem, C. de Transact. Sed res
iudicata non rescinditur ex quacunque læsione, si contrà
ius litigatoris lata sit, nô autem contrà ius constitutionis,
l. 2. C. Qñ prouocare non est necesse. Ergò nec Transac.

Sed contrariam sententiam habuerunt Bart. in l. 2. C.
de rescind. vend. & in l. Lucius, §. vlt. ff. ad Trebell. Castr.
Angel. & Imola ibidem, Decius in cons. 60. nu. 4. & 597.
nu. 10. Socin. sen. in cons. 85. nu. 3 lib. 1. Cardinal. Butr. &
Ant. Burg. in c. Cum causa, de empt. & vend. Fabian. à
Monte, de empt. & vend. q. 8. nu. 13. Rubeus Alex. in cō-
sil. 71. nu. 8. Petr. Rebuff. de resciss. Contract. art. vnico,
Glos. 15. nu. 18. Socin. iun. in cons. 129. num. 48. lib. 1. &
cons. 98. nu. 17. lib. 2. Cagnol. in l. 1. nu. 29. C. de pact. A-
lios citant Gabrielius Commun. concl. tit. de emptio. &
vend. conclus. 1. num. 68. & Pinell. in d. l. 2. C. de rescind.
vend. in 1. par. cap. 4. nu. 14. Denique Rota Romana, vt
patet ex nouissimis decisionib. in 1. par. decis. 102. nu. 2.

Argumenta duo sunt potissimum. Primum ex l. Si su-
perstite, C. de dolo, in illis verbis: *Sanè, si immodicè læsa
es, non de dolo propter paternam verecundiam, sed in factū
actio tibi tribuenda est.*

Secundum est ex l. In summa, ff. de condict. indeb. in
illis verbis: *Sin autem euidens calumnia detegitur, & tran
sactio imperfecta est, & repetitio datur.*

Non desunt, qui ea distinctione vtantur, vt si læsio lō-
gè vltrà dimidiam acciderit, quam enormissimam appel-
lare consueuerunt, tunc posteriori sententiæ locus sit.
Prior autem sententia obtineat, vbi læsio est simpliciter
vltrà dimidiam, quæ enormis appellatur, quasi ex læsio-
ne enormissima dolus sit præsumendus, argumento sum
pto ex l. Omnes, §. Lucius, ff. Quæ in fraudem creditorū.
Ita Corneus, in cōs. 27. lib. 4. Rota Romana apud Iacob.
Puteum, decis. 230. lib. 1. alios citant Gabrielius, & Pi-
nellus, locis superius annotatis.

Ego eorū sententiæ adhæreo, qui docent, Transactio-
nem rescindi posse ex immodica læsione, quam inter om
nes conuenit esse eam, ex qua vltrà dimidiā quis lęditur.

Mouet me textus in d. l. Si superstite; Nec probatur eo
rum interpretatio, qui dixerunt, in ea specie dolū ex pro-
posito interuenisse, quoniam textus loquitur de Transa-
ctione bona fide interposita. Nihil autem magis contra-
rium bonæ fidei est, quàm dolus, & tntam vim Impera-
tor ponit in læsione immodica.

Mouet secundò, quòd dolus ex proposito, & dolus re
ipsa, æquiparari videntur, l. Si quis cum aliter, ff. de verb.
oblig. ibi: *Idem est, etsi nullus dolus intercesserit stipulantis,
sed ipsa res in se dolum habeat.* Vide Dominum meum
Cephalum, in cons. 405. nu. 27. lib. 3. Sed ex læsione vltrà
dimidiam, dolus re ipsa apparet, ex communi omnium
sententia, in d. l. Si quis cum aliter. Tradunt Iason in cō-
sil. 133. lib. 4. Parisius in cons. 12. nu. 82. in cons. 20. num.
105. & in cons. 89. nu. 68. lib. 1. Socin. iun. in cons. 77. nu.
132. lib. 1. & in cons. 47. nu. 40. lib. 3. Crauetta in consil.
141. nu. 21. & 192. nu. 8. Couuar. in c. Quamuis, 3. parte,
§. 4. de pact. lib. 6. Hyppolit. Rimin. in cons. 3. nu. 18, lib. 1.
Andr. Geyll, lib. 2. Obseru. 147. nu. 11. Pro qua sententia

A facit, quòd qui cum aliena iactura locupletatur, videtur
esse in dolo, l. 1. §. An in pupillum, ff. Depositi, l. Si quis
Mancipijs, §. vlt. ff. de instit. act.

Ergò idem statuendum est, ac si dolus ex proposito in-
teruenirer, quo casu proculdubio Transactio est rescin-
denda, l. Et elegsnter, ff. de dolo, l. vlt. C. Mandati, l. Qui
cum Tutoribus, §. Qui per fallaciam, ff. de Transact. cum
alijs similibus.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis respō-
deo, in specie d. l. Lucius, §. vlt. læsionem non interuenis-
se, considerato tempore Transactionis. Quod sanè con-
siderandum esse indicat text. in l. Si voluntate, C. de re-
scind. vend. illis verbis: *Si minus dimidia iusti precij, quod
fuerat tempore venditionis, datum esset,* idque plurib. con-
firmat Cagnol. ad d. l. 2. nu. 213. C. de rescind. vend. Tem
pore autem Transactionis considerato, nullam intercef-
sisse læsionem, ex eo constat, quòd is, cui restituenda erat
hæreditas, demonstrare non poterat, plura in hæredita-
B te bona fuisse, quàm hæres diceret. Neque enim in prom
ptu erant instrumenta, quibus id poterat elucere, sed po-
stea reperta sunt, vt ibi dicitur. Quare actor in eo iudicio
facilè succubuisset. Actore enim non probante, reus ab-
soluitur, l. Qui accusare, C. de edendo.

Eadem responsio valet sd secundum argumentum, ex
l. Sub prætextu instrumenti, C. de Transactionibus.

Ad tertium argumentum ex l. A Diuo Pio, §. Si pigno
ra, Respondeo, creditorem in ea specie sibi damnum in-
tulisse, quoniam contentus fuit pro credito pignora pos-
sidere; Item concurrisse iudicialem suthoritatē, nec tex-
tum aliud dicere, nisi de cætero, quod sibi debetur, credi-
torem transegisse videri, ideoq́ue amplius, quod sibi de-
betur, petere non posse.

An autem, si ex eo grauiter lædatur, pactum impugna
re valeat, non decidit textus. Quanquam in ea re ita sta-
tuendum esse non dubitem, vt quoties iudicialis autho-
ritas intercedit, & simul litigatoris consensus concurrit;
C nullus amplius querelæ locus esse possit. Sibi enim impu-
tare debet, qui sententiæ acquieuit, cùm prouocare, si gra
uatus erat, posset.

Ad quartum respondeo, quod habetur in l. In summa,
ff. de condict. indeb. ad propositam quæstionem non per
tinere. Sententia enim illius legis est, repeti non posse,
quod solutum est ex causa Transactionis, licet nihil debe
retur. Vtrum sutem ipsa Transactio impugnari posset,
ac rescindi, textus non declarat.

Ad quintum respondeo. Illud specialiter constitutum
esse in Iureiurando, quia is, qui illud offert, consentire vi
detur, vt iurans testis ac Iudex sit in causa propria, l. vlt.
C. de fideicommiss. Quare conqueri non debet, & dam-
num, quod sua culpa sentit, sibi imputare debet, reg. dam
num, de reg. iur. lib. 6.

Ad sextum, ex l. 1. C. de plus petitionibus respondeo.
Non dicit textus. Transactionem propter dolum non re
scindi, sed quæ dolosè gesta sunt, & extora, Transactio-
D ne purgari.

Ad l. Si deferente, ff. de dolo, respondeo vt ad quintū
argumentum.

Ad octauum respondeo, conclusionem nostram intel-
ligendam esse, quando dubio euentu litis perpenso, &
omnibus alijs circumstantijs examinatis, de læsione vl-
trà dimidiam constat.

Ad postremum respondeo. Hæc esse dissimilia, quia
sententia litigator læsus, ordinarium habet appellationis
auxilium, quo si non vtatur, sibi imputet.

CAPVT XXVII.

*De venditione facta ad corpus, & ad mensuram,
Controuersiæ duæ.*

Nter omnes constat, venditionem ad mensuræ
modum iudicari, vt Doctores nostri loquun-
tur, si incipiat à mensura. Ad corpus autem vi-
deri, si à corpore incipiat, ex responso Oldra-
di 197. ex qua distinctione plura sequuntur, quę Docto-
res

res tractant, vt patet ex Couuar. practic. quęst.c.3. & ex Ario Pinello, ad l.2.C.de rescind.vendit.in 2.p.c.2.n.7.

Cæterùm, de duobus est controuersia. Alterum est in ea specie, in qua à corpore venditio incipit, sed statim mẽsuræ modus exprimitur, vt, Vendo tibi fundum Sempronianum, decem iugerum, his definitum ac distinctum limitibus, precio centum aureorum. Eiusmodi venditionẽ ad corpus censeri factam, & consequenter, si maior sit mensurę modus, id emptoris lucro cedere, respondit Cardin. Ruin. in cons.83. lib.1. & cum eo Parisius in consil. 64. lib.1. necnon Socin. iun. in cons.42. lib.2. & hos secutus Couuar. pract. quæst.c.3.n.2. vers. Quarta species proponitur. Sed contrarium respondit Curt. iun. in cõs.131. & cum eo Dec. in cons.500. Quib. adstipulatur Cagnol. ad d.l.2.C.de rescind.vend.nu.182.

Alterum est, in ea specie, qua venditio ad corpus facta est, si minor mensuræ modus reperiatur, vtrum id emptoris damno, an autem venditoris cedat, vt propterea precium diminuendum sit. Nam precium diminuendũ esse, & sic emptorem tantò minùs soluere oportere, scriptũ reliquit Paul. Castr. in l. Si seruum, §. Si modus, ff. de act. empt. Socin. iun. in d. consil.42. num.21. lib.2. & post eos Couuar. loco paulò ante citato post nu.7. Sed contrarium respondit Corneus, in cons.59. lib.4. Boerius decis.50. nu.6. Pinell. ad d.l.2. in 3.par.c.2.nu.8.

Quod attinet ad primam controuersiam, prior sententia nititur his argumentis. Primum est ex eo, quod venditio hoc in casu à corpore incipiat, & licet mensuræ modus adijciatur ante confinia, nil tamen refert, quia secundum Iuris ordinem est perinde, ac si diceretur: Vendo tibi fundum Sempronianum, his designatum confinib. tot iugerum, quo casu secundum Oldradi distinctionem communiter receptam, in d. consil.197. venditio dicitur esse facta ad corpus.

Secundum argumentum est ex l. si venditor, ff. de act. empt. ibi. ***Peculium eum habere decem***, &c. ***& si plus habes, totum prastes***, &c.

Tertium. Qui fundum vendit, totum vendere intelligitur, argumento l. Si in rem, 6. & ibi Glos. in verbo Totam, ff. de rei vend. Ergò, si exprimat mensuram, & quantitatem iugerum, non iccirco taxare videtur, seu limitare venditionem.

Quartum est ex l. Qui fundum, ff. de euict. vbi Alphenus, ***Qui fundum***, inquit, ***tradiderat iugerum centum, fines multò ampliores emptori demonstrauerat. Si quid ex his finibus euinceretur, pro bonitate eius emptori præstãdum ait, quamuis id, quod relinqueretur, centum iugera haberet.***

Posterioris autem sententiæ argumenta sunt ista. Primum est ex eo, quod hæc verba, ***Vendo fundum Sempronianum decem iugerum***, videntur (vt cum nostris Doctoribus loquar) accipienda esse restrictiuè, non autem demonstratiuè, argumento text. in c. cum capella, de priuileg. & eorum, quæ ibi notant Butr. & cæteri, & de genitiui natura Doctores, ad Rubr. de operis noui nunciatione. Consequenter, venditio in hac specie intelligitur esse facta ad mensuram, nempè, decem iugerum, non pluriũ.

Secundum argumentum est ex l. Locus, ff. de verb. signif. vbi dicitur, quamlibet partem fundi, dici posse fundum. Igitur ea pars quæ numerum iugerum, à contrahẽtibus expressum excedit, videtur esse fundus minimè comprehensus in venditione.

Tertium. Secundum regulas vulgares præsumendus est potius error, quàm donatio, l. Cum de indebito, ff. de probatio. Ergò, si maior sit numerus iugerum, quàm exprimatur, error potius est præsumendus, quàm donatio.

Quartum est ex traditis per Imulam, in c. Per tuas, de donation. vbi dicit in donatione, & alijs causis lucratiuis recipiendam esse Oldradi distinctionem. Cæterùm, in venditione rationem habendam esse mensuræ, & iuxtà eam precium esse moderandum.

Quintum argumentum. Hæc vẽditio videtur esse facta ad mensuram, quia statim exprimitur mensuræ modus, videlicet, quantitas iugerum, & quidem ante confi-

A nium expressionem, secundum receptam Oldradi distinctionem.

Sextum argumentum. Nisi hæc venditio facta esse ad mensuram censeatur, frustrà videbitur expressus mensuræ modus. Non sunt aũt ita verba contractus accipiẽda, vt frustrà adiecta esse videantur, iuxtà celebre, & vulgatum dictum Bald. ad Rubr. C. de contrahen. empt. q.9.

Postremum argumentum. In obscuro venditio censeri potius debet facta esse ad mensuram, quàm ad corpus, quoniam id contrahentibus minùs pręiudicat, argumento l. Semper in dubijs, de reg. iur.

Nec obstat si dicatur, precium constitutum esse, non in singula iugera, sed vnicum pro toto fundo, quia id nõ facit, quò minus venditio sit ad mensuram facta, argum. l. Quod sępè, §. pen. vers. Sed et si ex Dolcario, ff. de contrahen. empt. ibi: ***Nec interest, vtrum precium, omnium centum metretarum, simul dictum sit, an in singulas eas.***

Mihi videtur istis non obstantibus prior sententia pro-
B babilior, idque potissimum ex l. si duorũ, ff. de act. empt. Agit ibi Iurisconsultus de venditione, ad eum fermè modũ constituta, qui nunc proponitur, & subijcit hæc verba: ***Nec enim id, quod amplius in modo agri inuenitur, quã alioquin dictum est, ad compendium venditoris, sed emptoris pertinet.***

Quòd venditio in ea specie similis fuerit huic nostræ, ex eo patet, quòd fundi venditi fuerunt vno precio, & simul numerus iugerum fuit designatus. Verba hęc sunt: ***Si duorum fundorum venditor separatim de modo cuiusq; pronunciauerit, & ita vtrumq; vno precio tradiderit***, &c.

Ad primum argumentum contrariæ sniæ respondeo, Genitiuũ hoc in casu non restringere, quia voluntas venditoris ea fuisse videtur, vt totus fundus censeatur venditus, qui intrà confines expressos est. Vnde illa verba stant demonstratiuè, sicut & in specie d.l. si duorum.

Ad secundum argumentum respondeo, negando consequentiam, quia quantitas iugerum excedens numerũ
C expressum, censetur comprehensa in venditione totius fundi, & considerari debet vt pars fundi, non autem vt separatus fundus, cum sit intrà confines expressos.

Ad tertium, concedo totum argumentum, sed dico, expressionem erroris emptori prodesse hoc in casu, quia totum corpus emit, & sibi venditor imputare debet, ꝙ non distinctè in singula iugera precium constituerit.

Ad quartum respondeo, rationem habendam esse mẽsuræ, quoties venditio ad mensuram fit, secus si ad corpus fiat, vt in casu nostro, neque id negare Imolã, nec negauit loco allegato.

Ad quintum respondeo, non esse hanc venditionem ad mensuram, quia incipit à corpore, & licet iugera exprimantur ante confinia, nil refert, quia vnicum precium pro toto fundo est constitutum.

Ad sextum respondeo, non frustrà exprimi mensuræ modum à venditore, quoniam ea expressio facit, vt contrahentes de precio faciliùs conueniant.

D Ad vltimum respondeo, rem non esse obscuram, sed satis apparere mentem contrahentium, & mentem etiã Iuris Authorum de hac ipsa specie, vt ex d.l. si duorum, ff. de act. empt.

Quod attinet ad alteram controuersiam, fundamentũ eorum, qui dicunt, totam hanc rem cedere damno, vel commodo venditoris, illud est, quia inter contrahentes seruanda est ęqualitas, l.6. ff. de periculo, & commodo rei vend. Quare cum ita constitutum sit, vt si maior sit mensuræ modus, id ad emptoris compendium pertineat, sicuti dicit text. in d.l. si duorum, sequitur dicendum, si minor modus reperiatur, id pertinere debere ad dispendiũ eiusdem emptoris, quia scilicet totum nihilominus precium constitutũ, & promissum vẽditori pręstare teneat.

Sed posterior sententia mihi videtur euinci ex duab. legibus, nempè, ex d.l. si duorum, in illis verbis: ***Nec enim id, quod amplius in modo agri inuenitur, quam alioqui dictum est, ad compendium venditoris, sed emptoris pertinet, & tunc tenetur venditor, cum minor modus inuenitur.*** Hęc

poſtre-

postrema verba decidunt hanc quæstionẽ, Et ex l. si venditor hominis, ff. de act. empt. vbi venditor hominis dixit, eum habere peculium decem, & se nihil ablaturum, (hæc verba videntur importare quodammodo venditionem ad corpus,) *& si plus habet*, inquit textus, *totum præstet, sin minus, præstet esse decem.*

Huius aũt rei ratio reddi potest, quia is, qui vendit, verisimiliter magis nouit agri sui modum, q̃ is, qui emit, vnde si minorem modum exprimat, cùm maior esset, id sibi imputare debet, qui scire debuerat maiorem esse. Si verò maiorem exprimat modum, q̃ re vera sit, non est quòd emptori culpa adscribatur, qui putauit tot iugera esse, ideoque eam precij quantitatem promisit, non daturus fortasse, si non esse tot iugera existimasset.

Ad argumentum contrariæ opinionis responsio patet ex prędictis, etsi enim ęqualitas seruãda sit inter contrahentes regulariter, hîc tamen dispar ratio, quæ est inter empt. & vend. contrarium suadet. Emptor enim ad emẽdum est inductus eo precio, quia putauit fundũ esse tot iugerũ, vnde si non sit tot iugerũ, preciũ est diminuendũ. Quòd si plura iugera cõtineat, de se conqueri venditorẽ oportet, cur ita, eoq; precio vniuersum fundũ distraxerit.

CAPVT XXVIII.

De venditione facta datis arris, quid Iuris, si alter ex contrahentibus promissa non exequatur.

VEnditione perfecta, & arris datis, emptor, seu venditor recusat implere promissa, quæstio est quid Iuris? Sunt qui dicant, eum amissione arrarum multandum, vel si eas acceperit, dupli restitutione, & simul ẽt condemnandum in id, quod interest alterius. Ita Cyn. & Albericus, ad l. Contractus, §. Illud, C. de fide instrum. quorum fundamentum est, quia leges dicunt, si res vendita non tradatur, id, quod interest, præstandum esse, l. 1. ff. de act. empt. l. si traditio, C. eod. tit.

Quòd verò de arrarum amissione, vel restitutione dictum est, iure constitutum reperitur, vt patet ex d. l. Contractus, §. Illud, & ex §. 1. in Instit. de empt. & vend.

Alij verò docent in id, quod interest, actionem competere hoc in casu, sed in ratione eius, quod interest, cõpensandum quod arrarũ nomine datur, ita Bart. & Castr. in d. l. Contractus, §. Illud, Ang. Aret. in §. 1. in Inst. de empt. & vend. Idem Bar. ad l. 1. §. Vnde quæritur, ff. de Publicanis. Fab. à Monte, de empt. & vend. in 5. q. princ. nu. 70.

Fundamentum est in l. Prædia, ff. de act. empt. & in l. si quis à socio, ff. pro socio, quibus in locis probatur, si contrahentes stipulati sint pęnam, peti tamen posse id, quod interest, nisi tantũdem in pęna sit, quantum interfuit stipulatoris. Igitur & in hac specie videtur esse idem statuẽdum ac respondendum, quasi arrę pręstatio sit loco pęnę.

Sed mihi magis probatur eorum sñia, qui docent hoc in casu ad id, quod interest, actionem non esse dandam, sed arras datas amitti, aut duplum reddi oportere, ita Salicet. in d. l. Contractus, §. Illud, Ant. Gomes. Variar. resol. Iuris, tit. de empt. & vend. num. 18. Vdalricus Zasius lib. 2. singul. respons. cap. 14.

Probatur hæc sñia ex §. 1. in Instit. de empt. & vend. *Ita tamen*, inquit, *impune eis recedere concedimus, nisi iam arrarum nomine aliquid fuerit datum. Hoc enim subsecuto, siue in scriptis, siue sine scriptis venditio celebrata est, is, qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit. si verò venditor, duplum restituere compelletur* Idem habetur in d. l. Contractus, §. Illud.

Et cum ijs legibus specialiter in proposito casu decisum sit, & satis clarè, quid statuendũ, non puto interpretatione, ac disputatione hanc rẽ in dubiũ reuocari posse.

Nec me ab hac sententia abducit, quod alibi legib. ita constitutum sit, vt id, quod interest, præstetur. Neque enim loquuntur leges de eo casu, quo arrarum nomine aliquid datum est.

Quòd verò dicitur, de stipulatione pœnali, diuersam rationem habet; Pœnæ enim stipulatio interponitur loco eius, quod interest, vt scilicet cum difficilè sit probare id, quod interest, saltem pęnam stipulator consequatur.

Quòd si id, quod interest, pluris sit quàm pœna, nihil prohibet peti posse id, quod pluris interest, eo scilicet cõpensato, quod pœna continet.

Cæterum, vbi aliquid arræ nomine datur, ex eo manifestè apparet, contrahentium eam fuisse mentem ac voluntatem, vt id tantum amitteretur, vel duplatum restitueretur. Et cùm hæc sententia moribus iam recepta sit, non puto ab ea esse temerè recedendum.

CAPVT XXIX.

Si per procuratorem res vendita fuerit, an rescindi Contractus possit ob læsionem citrà dimidiam, & quid si læsio citrà dimidiam contingat in æstimatione rei in dotem datæ.



QVod attinet ad primum, non est eadem omnium sententia. Nam contractũ esse rescindendum Bartolus censuit, non tamen id planè affirmans, in l. Societatem, §. Arbitrorũ, nu. 25. ff. pro socio. Paulus Castr. in l. 1. nu. 5. C. de resc. in. vend. Ant. Butr. in c. Quintauallis, de iureiu.

Et fundamentum est; quia arbitri læsio dicitur esse enormis, quoties in sexta parte est, vt probatur ex d. §. arbitriorum, iuncto principio legis, & l. vnde & Nerua, ff. eo. tit. Ergò & in procuratore idem respondendum videtur.

Alij dixerunt, id ita constituendum esse in procuratore constituto ab homine, secus autem in legitimo procuratore & administratore. Ita Aret. in cons. 126. & Ant. Gabr. Comm. concl. tit. de empt. & vend. concl. 1. nu. 18.

Cæterùm, hanc sententiam & priorem etiam falsam esse ostendit, l. si voluntate, C. de rescind. vend. ex qua adducor, vt eorum sententiæ magis adhæream, qui negant contractum rescindi posse, nisi læsio vltrà dimidiam probetur; quæ sententia est etiam frequentioribus suffragijs munita. Ita enim censuerunt Alex. in l. si quis cum aliter, nu. 18. ff. de verbor. oblig. Panorm. in c. Cum causa, de empt. & vend. Et ibi etiam Anton. Burg. Aret. in d. consil. 126. Cagnolus ad l. 1. nu. 166. C. de rescin. vend. & ibi Pinellus alios citans, in 1. par. c. 1. nu. 15.

Et manifestè probatur ex d. l. si voluntate. Nam in ea specie filius nomine matris fundum vendidit, vt habetur in principio legis, & textus in fine dicit, vẽditionem factam nõ rescindi, nisi minus dimidia iusti precij, quod fuerat tempore venditionis, datum esset.

Nec valet argumentum ab arbitro sumptum, quia procuratori modus agendi, & contrahendi præscribi potest, arbitro uerò nequaquam. Et qui ignarũ, ac imprudentẽ eligit procuratorem, sibi imputare debet, l. cùm mandato, §. vlt. ff. de minor. Non idem est in arbitro, quẽ ut bonum uirum quis elegit, unde si grauem inferat læsionẽ, meritò ad boni viri arbitrium recurritur.

Quòd uerò ad alteram quæstionem attinet, sunt qui putent, succurrendũ esse coniugi damnum passo circa rei dotalis æstimationem, licet infrà dimidiam sit damnum. Ita Imola, in c. cum dilecti, nu. 16. de empt. & uend. Ant. Burg. in c. cum causa, n. 48. eod. tit. Bald. Nouellus de priuileg. dotis, par. 7. priuil. 55. Afflict. decis. 270. nu. 3. Cremen. ad d. l. 2. nu. 168. & multi alij, quos refert & sequitur Pinellus ibi, par. 1. c. 1. nu. 9. & nu. 18. & Ant. Gabr. Commu. concl. tit. de empt. & vend. concl. 1. nu. 53.

Argumenta sunt ista. Primum ex l. Iure succursum, ff. de iure dot. *Si in dote danda*, inquit, *circumuentus sit alteruter, & maiori annis viginti quinque, succurrendũ est, quia bono, & æquo non conueniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius; aut damnum sentire per alterius lucrum.*

Secundum est ex l. si res æstimata, §. 1. ff. eodem: *Si mulier*, inquit, *se dicat circumuentam minoris res æstimasse, vt puta seruum, si quidem in hoc circumuenta est, quòd ser-*

uum

A *mum dedit, non tantum in hoc, quòd minoris æſtimauit, in eo actûram, vt ſeruus ſibi reſtituatur. Enimuerò, ſi in æſtimationis modo circumuenta eſt, erit arbitrium mariti, verũ iuſtam æſtimationem, an potius ſeruum præſtet.*

Tertium eſt ex l. Si circumſcripta, C. ſoluto matrimonio: *Si circumſcripta*, inquit, *matre veſtra viliore precio dotales res æſtimatæ ſunt; quid ſuper huiuſmodi contractũ vitio ſtatutum ſit, vulgò patet.* Et paucis interiectis verbis: *Sin autem*, inquit, *etiam maritus in æſtimatione grauatum ſe alleget, veritate examinata, non amplius, quam precium iuſtum reſtituere compellitur.*

Cæterùm, læſionem vltrà dimidiam requirunt in hac ſpecie Fulgoſ. in d. l. 2. nu. 2. & 4. Salicet. in d. l. ſi res æſtimata, §. 1. Rebuff. de reſciſſ. contract. art. vnico, Gloſ. 15. nu. 13. Cagnol. in d. l. 2. nu. 63. duobus argumentis.

Primum ex l. ſi voluntate, C. de reſcind. vend. & alijs legibus ſimilibus, quibus vltrà dimidiam læſio requiritur, vt contractus reſcindatur.

B Secundum argumentum eſt ex eo, quòd contrahentibus licet ſe inuicem decipere in precio, l. in cauſæ, 17. §. Idem Pomponius, ff. de Minoribus, l. item ſi precio, §. vlt. ff. locati.

Ad leges allegatas in contrarium reſpondent, eas eſſe intelligẽdas, vbi læſio eſt vltrà dimidiam, vel cum dolus interuenit, vt innuit illud verbum, *circumuentus, & circumſcriptus*. Argumento l. 1. ff. de Dolo, in verſ. *Circumſcribendum*.

Sed mihi prior ſententia longè probabilior videtur: Tùm quia memoratæ leges quibus nitimr, nullam læſionis vltrà dimidiam mentionem faciunt: Tùm quia ratio legum, quòd ſcilicet iuſtum non ſit, ſiue bono & æquo non conueniat, vt alter lucretur cum alterius dãno, locũ habeat, etiam in læſione citra dimidiam. Tùm ex eo denique, q̃ d. l. ſi circumſcripta, loquitur ſimpliciter, vbi maritus in æſtimatione ſe grauatum allegat.

Nec obſtat verbum illud, *Circumſcripta*, quia læſionẽ C ſignificat etiam abſque dolo, l. in cauſæ, §. penult. ff. de minorib. l. item ſi precio, §. vlt. ff locati, & conſequenter etiã illam, quæ dimidiam non excedit.

Non obſtant argumenta contrariæ opinionis, quia quod in alijs conſtitutum ac permiſſum eſt, nõ eſt ad cõiuges trahendum, inter quos maximè locus eſſe debet ſynceræ ac bonæ fidei, omni auaritia ac deceptione, ſeu læſione penitus remotis.

CAPVT XXX.

An venditor præcisè teneatur rem tradere, cum tradendi facultatem habet.

Ommunis eſt ſententia, venditorem præcisè compelli ad tradendum rem venditam emptori, cum tradendi facultatem habet, ita Glo. Bar. & Caſtr. ad l. 1. ff. de act. empt. Ale. Dec. & Iaſ. ad l. certi condictio, ff. ſi cert. pet. D Fab. à Monte, de empt. & vend. in 6. q. prin. nu. 38. Necnõ alij, quos refert & ſequitur Pinel. ad l. 1. C. de bo. mat. p. 3. nu. 26. Quibus addi poteſt Couuar. lib. 2. var. reſol. c. 19.

Argumẽta hęc ſunt. Primum ex l. ex empto, ff. de act. empt. ibi: *Venditorem oportet rem præſtare, id eſt, tradere.*

Secundum ex §. perficiuntur, in Inſtitut. de donat. ibi: *Et ad exemplum venditionis, noſtra conſtitutio, eas etiam habere in ſe neceſſitatem traditionis voluit.*

Tertium ex §. precium, in Inſtit. de empt. & vend. ibi: *Omninò tradatur*, &c.

Quartum ex l. fiſtulas, §. fundum, ff. de contrah. empt. & ex l. magis puto, §. ſi pater, ff. de reb. cor. &c. Quibus in locis habetur, rem venditam tradi oportere, & iccirco à minore, & à tutore, nullis etiam adhibitis ſolennibus, traditionem fieri poſſe.

Quintum ex l. qui reſtituere, ff. de rei vendic. vbi qui reſtituere condemnatus eſt, præcisè compellitur.

Sextum. Aliud pro alio inuito creditore ſolui non poteſt, l. 2. ff. ſi cert. petat. Sed res vendita debetur emptori, Ergo illa tradi debet, non autem aliud ipſius loco, inuito emptore.

Septimum. Venditor non ſolùm tenetur rem tradere, ſed etiam dare, id eſt, dominium transferre, ſi ſit dominus, l. ex empto, ff. de act. empt. l. cum manu ſata, §. vlt. ff. de contrah. empt. Ergo, præcisè compelli poteſt, ſicut is, qui dare tenetur, l. vbi autem, §. vlt. ff. de verb. obl.

Sed contrariam ſententiam ſemper probabiliorem eſſe iudicaui, nempe venditorem præcisè cõpelli non poſſe ad tradendum, ſed hanc neceſſitatem ei incumbere, vt vel rem tradat venditam, vel id, quod emptoris intereſt, perſoluat, quam ſententiam amplexus eſt olim Ioannes, & ſecuti ſunt Soc. in l. certi condictio, ff. ſi certum pet. & Alciat. ad l. vnicam, C. de ſententijs, quæ pro eo quod intereſt, proferuntur.

Probatur. Primò ex l. 1. ff. de act. empt. *Si res vendita non tradatur, ad id, quod intereſt, agitur.*

B Secundò ex l. ſi traditio, C. eo. ti. vbi idem habetur.

Tertiò ex l. ex empto, §. & ex empto, ff. eod. titu. *Et ex empto* (inquit) *actionem eſſe, vt habere licere emptori caueatur. Sed & vt tradatur ei poſſeſſio. Idem ait nõ tradentem, quanti interſit, condemnari.*

Reſpondent contrariæ ſententię Authores, eas leges intelligendas eſſe, quando venditor facultatem tradendi non habet. Sed hęc interpretatio meram continet diuinationem.

Quartò probatur ex l. ſi iactum retis, ff. de act. empt. *Si iactum retis emere* (ait tex.) *& captos piſces piſcator noluit tradere, ad æſtimationem rei agendum.*

Nec bona eſt reſponſio, in ea ſpecie agi de obligatione facti, & piſces in conſequentiam venire, quia principaliter piſces conſiderati fuerunt, vt nempè, quicunque caperentur, emptori tradi deberent, quãquam ſi nihil caperetur, venditioni factæ locus eſſet.

Quintò probatur ex l. contractus, C. de fide inſtrum. C illis verbis: *Adeò, vt nec illud in eiuſmodi venditionibus liceat dicere, quod precio ſtatuto, neceſſitas venditori imponatur, vel contractum venditionis perficere* (nempè, rem tradere, & alia facere, ſecundum naturam venditionis) *vel id, quod emptoris intereſt, perſoluere.*

Poſtremò probatur, quia in obligationibus facti ſufficit præſtare id, quod intereſt, l. ſtipulationes non diuidũtur, verſ. Celſus, ff. de uerb. obl. l. ſi quis ab alio, §. vlt. ff. de re iudic. Sed uenditor tenetur ad factum, nempè, ad rem tradendam, l. ſi ſtipulatus, ff. de vſuris, l. ſi rem tradi, ff. de verb. obl. Ergò pręcisè compelli non poteſt ad tradendũ, ſed ſoluendo quod intereſt emptoris, liberatur.

Ad primum argumentum contrariæ ſententię reſpondeo. Concedo, venditorem teneri ad tradendum, vt in lege allegata, ſed dico, eum præcisè compelli non poſſe, ſed ſoluendo id, quod intereſt, liberari, ſicut in alijs legibus dicitur.

Et hęc reſponſio valet ad ſecundum & tertium argu- D mentum, quia eodem modo accipienda ſunt illa loca, nẽpè, venditorem neceſſitatem habere, aut rem tradendi, aut ſoluendi id, quod intereſt emptoris.

Sic & ad quartum reſpondeo: Nam concedo venditorem obligatum eſſe ad tradendum, traditionemq; fieri poſſe abſque ſolennibus: ſed nego eum præcisè compelli poſſe, vt dictum eſt.

Ad quintum reſpondeo, illam legem loqui de eo, qui condemnatus eſt ad reſtituendum, quæ diſſimilis eſt ſpecies ab hac noſtra.

Ad ſextum reſpondeo, venditorem aliud pro alio non præſtare, cum ſufficiat, ſi uel rem tradat, vel id, quod intereſt, perſoluat.

Ad vltimũ reſpondeo, negando venditorem teneri ad dandum, hoc eſt, ad dominiũ transferendum, id, inquã, nego authoritate l. ſi ita diſtrahatur, ff. de contrah. empt. *qui vendidit*, inquit, *neceſſe non habet fundum emptoris facere.* Non obſtant leges allegatę, quia non dicunt vẽditorem teneri ad dominium transferendum, ſed hoc vult

Iurisconsultus in d.l. Ex empto, vt si vẽditor sit dominus A rei venditæ, eam tradendo dominium in emptorẽ transferat, & in d.l. cum manu sata, §. vlt. hoc tantum dicitur. Pactum nullius esse momenti, quò inter emptorem, & venditorem est conuentum, vt dominium rei venditę in eũ non transferatur. Rectè, quia natura venditionis est, vt rei dominium in emptorem transferatur, si venditor rem tradens dominus existat, d.l. Ex empto; Addo Duarenum, pro hac sententia nostra, ad tit. de in litem iurando, vbi eleganter loquitur. Adde in contrarium Cuiac. ad lib. 1. Feudor. ti. 1. motum ex eo quod scribit Paulus, lib. 1. Sentent. & ex alijs, quibus suprà responsum est. Et locus Pauli est Palea, id est, non est insertus in corpore Iuris, ideò non potest allegari ad decisionem causarum. Mecum etiam sentit Vand. qq. cap. 9.

CAPVT XXXI.

Venditor vtrum actione ex empto conueniri possit, vt realiter venditam rem emptori tradat, quando emptoris nomine se illam constituit possidere. Et quid si precario nomine. B

NOn desunt, qui negant venditorem conueniri posse & cogi, vt rem tradat emptori, quãdo is se cõstituit emptoris nomine rem venditam possidere; ita enim censuerunt Glos. Bart. Angelus, Salic. Fulgos. Iacopinus, & Iason. in l. Ab emptione, ff. de pactis, Alex. in l. Pomponius, §. si is qui precario, col. 3. vers. Quid econtrà quando vendidit, ff. de acq. possess. Angelus Aret. in § 1. Instit. de empt. & vend. ad finem, Ludouicus Bologninus in cons. 72. col. 2. Mathesilanus Singul. 67. Nota quod venditor, & Singul. 170.

Fundamentum autem est; quia per Constitutum naturalis & ciuilis possessio transfertur in eum, cuius nomine possidetur, l. Quod meo, ff. de acq. possess. Igitur venditor rem tradidisse videtur. C

Qua ratione idem responderunt, ut uenditor constituit, se precario emptoris nomine possidere, Alex. in cõs. 27. col. 2. lib. 1. Corneus in cons. 53. lib. 2. & 40. lib. 4. Vitalis Cambanus, de Clausulis, in Clausula, Constituit se precario nomine possidere. Afflictus in cap. 1. Quid sit inuestitura.

Sed neutra sententia mihi probatur: Nam cum uenditor rem tradere teneatur, sine dubio sequitur eum teneri ad uacuam possessionem tradendam, quatenus est facti. Arg. l. 3. §. 1. de act. emp. quæ sanè uacua possessio ex eo, quod se nomine emptoris possidere constituat, non transfertur. Item, uenditor ex empto tenetur, ut emptori rem habere liceat, l. Ea empto, §. & ex empto, ff. eod. tit. licet aũt emptori rem habere, cũ in finitũ possessioni, & re fruitur, l. Habere licere, ff. de euictiõ. Quamobrem, uenditorẽ hoc in casu minimè liberatum esse à necessitate tradendi rem effectualiter ac realiter, sic enim nostri loquuntur, D immò conueniri ex empto posse, censuerunt Bald. & Castr. in d.l. Ab emptione, ff. de pactis, Alex. in cons. 28. lib. 2. Decius in cons. 281. col. 2. Ruin. cõs. 94. lib. 1. Tiraquell. de iure constituti, par. 1. nu. 10. Addentes ad Matthesilanum d. Singul. 67. quibus assentior.

Et cum precario nomine possidens naturalem possessionem habere dicatur, is uerò, cuius nomine possidetur, ciuilem, l. Et habet, § eum qui precario, ff. de Precario; uel secundum Labeonis sentẽtiam, is solum possidet, qui precario rogauit, ut sibi possidere liceret, ut notat Cuiacius lib. 9. Obseru. 32. sequitur, uenditorem in proposita specie non uideri naturalem possessionem in emptorem transtulisse, consequẽter adhuc ex uendito teneri. Ita Tiraquellus alios citans de iure constituti, in prima parte, nume. 8.

*

CAPVT XXXII.

Tractantur tres controuersiæ pertinentes ad interpretationem & materiam l. Curabit, C. de act. empt.



CVrabit Præses Prouinciæ compellere emptorem, qui nactus possessionem, fructus percepit, partem precij, quam penes se habet, cum vsuris restituere, quas & perceptorum fructuum ratio, & minoris ætatis fauor (licet nulla mora intercesserit) generant.

Pro huius legis interpretatione controuertitur inter Doctores, an idem respondendum sit, cùm emptor nullos fructus ex re uendita, utpotè sterili, percepit. Et idem respondendum esse dixerunt Bald. ad l. 2. C. de Vsuris, Castr. in d. l. Curabit, Petrus Anchar. in c. Peccati uenia, de reg. iur. lib. 6. Io. Anania in c. conquestus, de Vsuris, Soc. sen. in cons. 88 nu 8. & 103. lib. 4. Paris. in c. cum uenerabilis, col. 8. de except. & in cons. 60. nu. 18. lib. 1. Gozad. in cons. 55. D. Io. Cephalus in cons. 736. nu. 26. lib. 5. Io. Petrus Surd. in cons. 101. Rota Genuens. decis. 194.

Fundamẽtum est in eo, quòd eiusmodi usuræ propter perfidiam emptoris debeantur, quia scilicet cum rem acceperit, nõ exequitur id, quod debet, & preciũ non soluit.

Huc accedat text. in l 2. C. de Vsuris, ubi simpliciter habetur, uenditorem, cui possessio tradita est, usuras equitatis ratione præstare cogendum, si precium uenditori non obtulerit.

Contrariam sententiam amplexi fuere Cyn. & Salicet. in l in minorum, C. in quib. cau. in integr. rest. nõ est necess. Alex. in l. de diuisione, ff. sol. matr. Aretin. in cons. 194. nu. 11. & in l. Ita stipulatus, col. 5. ff. de verb. oblig. Socin. sen. in consil. 109. lib. 1. Corneus in cons. 59. lib. 3. Cagno. ad d. l. curabit, nu. 26. Io. Bapt. Lupus ibid nu. 141. Couuar. lib. 3. variar. resol. cap. 4. in 7. Illatione. Natta in consil. 417. & 494. Petrus Benintendus decis. Bononien. 29. Et huic sententiæ & ipse adhæreo.

Probatur hæc sententia ex d. l. curabit, & ex ratione ipsius legis, ait enim lex, emptorem, qui nactus possessionem, fructus percepit, vsuras pendere oportere. Ergo secus dicendum videtur, cũ fructus percipere non potuit.

Ratio autem legis est: quia cùm fructus percipiat, æquum est eum vsuras pendere, vt inquit tex. in l. Iulianus, §. Ex vendito, ff. de actio. empt. Vnde, alibi dicitur iniquum esse vsuras ab eo exigi, qui fructus non percepisset, l. Liberalitatis, ff. de Vsuris.

Nec enim sufficit emptorem rem habere, sed illud spectare debemus an facultatem habeat fructus percipiendi, ut in d. § ex uendito.

Non obstat id, quod dicebatur emptorem ad usuras pretij non soluti condemnandum, propterea quòd fidẽ contractus non seruauerit, quia hoc nulla lege, nullaque ratione nititur, immò pugnat cum dicta l Curabit, quatenus ibi dicitur, licet nulla mora intercesserit, emptorem teneri.

Non obstat text. in d. l. 2. C. de Vsuris, quia quod ibi simpliciter affirmatur, emptorem ad usuras præstandas teneri, ex alijs legibus declarandum est, nempè, ut uerũ sit, ubi fructus percepit ex re empta, cuius possessionem nactus est.

Altera est controuersia, an usurarum præstationi sit locus, quando uenditor non tradidit emptori rem liberã, ut tenebatur, uel fideiussorem, quem promisit, euictionis nomine, non dedit. Et locũ non esse, responderunt Bald. ad l. 1. C. de bonis mater. Socin. sen. in cons. 88. nu. 17. lib. 3. Parisius in c. Venerabilis, col. 8. de except. Afflictus decis. 10, ad finem.

Fundamentum est, quia uenditor hoc in casu promissa non adimpleuit, unde nec precium petere potest, l. Iulianus, §. offerri, ff. de action. emption. l. Aediles, §. ordinem, ff. de ædil. edicto, Consequenter nec usuras, argumento l. Lecta, uersicu. Sed cum sortis, ff. si cert. petat.

I Con-

Contrariam sententiam secuti fuere Bald. & Castr. in l. 2. C. de vsuris. Alex. in cons. 147. nu. 4. lib. 5. Dec. in consil. 119. col. 3. Cagnol. ad d. l. Curabit, nu. 31. Ioan. Bapt. Lupus ibid. nu. 142. Couuar. lib. 3. Variar. resol. c. 4. Illat. 11. Dominus meus Cephalus in consil. 609. lib. 4. quibus & ipse assentior.

Probatur hæc snia satis euidenter ex l. Iulianus, §. ex vend. ff. de act. empt. *Ex vendito, inquit text. act o venditori competit ad ea consequenda, quæ ei ab emptore præstari oportet. Veniunt autem in hoc iudicium inf. ascripta In primis precium, quanti res venit. Item vsuræ precii post diem traditionis. Nam cùm re emptor fruatur, æquissimum est eum precii vsuras dependere. Possessionem autem traditam accipere debemus, etiamsi precaria sit possessio. Hoc enim solum spectare debemus, an habeat facultatem fructus percipiendi.*

His postremis verbis probatur sententia suprà dicta. Nam precaria possessio, non est libera possessio, & tamen emptor vsuras cogitur præstare. Rursus ait text. *Hoc enim solum spectare debemus, an habeat facultatem fructus percipiendi;* Vndè, sic argumentari licet. In proposita quæstione emptor facultatem habet fructus percipiendi, ergò tenetur vsuras soluere, licet venditor non adimpleuerit pro parte sua contractum.

Ex quibus cessat fundamentum contrariæ opinionis, quoniam vsurarum præstatio non ex mora emptoris procedit, sed ex æquitate illa, ne re & precio quis fruatur, sed si emptor fructus perceperit, vsuras pro fructuum perceptorum ratione pendat.

Tertiò controuertitur, vtrum iustè, & absque vsuræ labe conuenire venditor cum emptore possit, vt donec precium rei venditæ, puta prædij, vel alterius rei fructiferæ numeretur, aliquid certi annuatim pendatur. Et quidem eam conuentionem tanquam fœneratitiam dānant, Dec. in cons. 116. 119. 183. Socin. sen. in consil. 130. lib. 4. Crauetta consi. 189. vers. Tertius est casus. Syluanus in cons. 10. n. 46. D. Cephalus in cons. 290. lib. 2. Simon Pretus in cons. 198. Francis. Marcus decis. 891.

Argumenta hæc sunt. Vbi ad soluendum sortem debitam concessa est debitori dilatio, non tenetur ad vsuras præstandas, quia neque est in mora regulari, neque in mora irregulari, vt loquuntur Doctores, l. Lecta, vers. Sed cum sortis, ff. si cert. petatur. Ergò iniusta esse videtur ea conuentio, quę illum obligat ad pręstationem vsurarum, cum de iure non teneatur.

Secundò. Aut dicimus eam ob causam vsuras deberi, quòd emptor precium retineat; & hoc absurdum esse videtur, quia tunc pecunia pareret pecuniam, contra naturam, & iura. Aut eam ob causam, quòd res vendita videatur esse locata emptori donec precium soluerit; & hoc dici non potest, quia nemo conducit rem suam, l. Qui rem, C. locati, Rei aūt dominium in emptorem, cui res est tradita, transfertur, l. Quod vendidi, ff. de contrah. emption. etiamsi precium non sit numeratum, si modò habita sit ei fides de precio, §. Item venditæ, in Instit. de rer. diuis. Aut ex ęquitate l. Curabit, volumus esse locum vsurarū præstationi; & hoc non uidetur dici posse, quia emptor dilationem habet ad soluendum precium, quæ circumstantia procul dubio non est in specie illius legis. Fructus uerò suos facit, tanquam rei dominus, ac iustus possessor, l. Fructus, C. de act. empt.

Tertiò. Nemo potest absque usuræ labe cariore precio rem uendere, ob concessam dilationem ad soluendū precium, c. In ciuitate, de usuris. Videretur autem hoc in casu carius uendere, exigendo annuum censum, seu pensionem.

Quartò, ex Antonij Butrij snia in c. Salubriter, de usuris, non licet uiro usuras dotis, non solutæ petere ab uxore, cui ad soluendam dotem dilationem concessit. Ergò multò minùs uenditori licebit, ab emptore eas exigere.

Quintò, cùm dubium & incertum sit, quantum ex fructibus emolumenti percepturus sit emptor, non uidetur licere, certam taxare quantitatem usurarum, ex commu-

A ni sententia Canonistarum, ut per Io. Andr. Ant. Butr. & alios, in c. Salubriter, de usuris, Roman. in cons. 510. Petrum Rebuffum in repetitione l. Vnicæ, in Glos. ult. nu. 34. 35. C. de sent. quæ pro eo, quod interest, &c.

Verùm istis non obstantibus eorum sententiam probabiliorem esse iudico, qui eiusmodi conuentionem, & pactum approbant, & absq; usuræ crimine fieri posse cōtendunt, si modò usuræ taxatæ quantitas nō excedat fructuum quantitatem, qui uerisimiliter ex re uendita percipiuntur, ac percipi possunt. Ita Castr. ad l. Iulianus, §. Ex uendito, ff. de act. empt. Alex. in cons. 121. nu. 4. lib. 5. Deci. in c. cum venerabilis, nu. 14. de except. & in consil. 111. col. vlt. Parisius in cons. 60. nu. 3. lib. 1. Cagnol. ad d. l. Curabit, nu. 57. Couuar. Variar. resol. lib. 3. c. 4. nu. 5. Ancha. q. 33. in 2. par. Io. Bapt. Lupus in d. l. Curabit, nu. 145.

Probatur hæc sententia, quia si nulla dilatione data ad soluendum tenetur emptor vsuras præstare ex ęquitate l. Curabit, Ergò nihil prohibet, quin idipsum, quod lex
B probat & constituit, in conuentionem & pactum deduci queat.

Sed & hanc sniam iuuat, quòd approbatur in contractu mutui ea conuentio, vt donec pecunia credita restituatur, aliquid pręstetur pro lucro creditoris cessante, vel damno emergente. Sicuti tradunt Hostiens. Abbas, & Anania, in d. c. Salubriter, de Vsuris, Alex. in cons. 228. lib. 2. Couuar. alios citans loco proximè annotato.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis respōdeo, Vsuras in proposita specie deberi ac præstandas esse non ex mora, sed ex conuentione, quæ non pugnat cum lege, sed concordat.

Ad secundum respondeo, conuentionem esse legitimā ex ęquitate d. l. Curabit, Nam cùm emptor re fruatur, æquum est eum vsuras precij non soluti pendere, vt dicebat I. C. in l. Iulianus, §. ex vendito, ff. de act. empt. Nec dicimus in specie d. l. Curabit, eam dilationem emptori fuisse concessam ad precium soluendum, sed ex eo, quod
C concessa est, iustè venditorem pacisci, vt vsuræ præstentur; Aliud respondendum foret, si dilatio ad soluendum concederetur, nulla vsurarum præstandarum pactione interposita.

Ad tertium respondeo, venditorem carius rem non vendere, sed vsuras consequi pro ratione fructuum ab emptore perceptorum. Id enim æqualitas iustitiæ commutatiuæ postular.

Ad quartum respondeo, Antonij Butrij sniæ oppositæ in argumento obstare aliorum magis receptam traditionem, maritum iustè vsuras pacisci, donec dos soluatur. Vide Anchar. & Abbatem, in d. c. Salubriter, Baldū Nouellum de dote, priuileg. 3. par. 7. Alex. in cons. 31. lib. 6. Couuar. loco proximè citato, in 4. & 5. Illatione.

Ad vltimum respondeo, sniam nostram intelligi & loqui, quoties taxata quantitas verisimiliter respondet fructibus percipiendis ab emptore, quo casu nihil obstat, vt declarant Deci. in d. c. cum venerabilis, nu. 14. de except.
D Couuar. & Rebuffus locis superius annotatis.

Solet aūt ad tollendam omnem dubitationē hoc consilium dari venditoribus, vt rei dominium apud se retineant, donec eis precium exoluatur, & interea locēt certa constituta pensione emptori rem venditam, vt tradūt Panor. in cons. 121. lib. 5. Socin. sen. in cons. 88. nu. 14. Socin. iun. in cons. 66. nu. 7. lib. 2. Cagnol. ad d. l. Curabit, n. 61. Couuar. loco annotato in 9. Illatione, Andr. Geyll. lib. 1. Obseru. 3. in fine.

CAPVT XXXIII.

De l. Quoties, C. de rei vend. an locum habeat in personis Ecclesiasticis vendentibus.


Vm quis eandem rem duobus vendidit, eum constat in obtinendo dominio esse potiorem, cui priori res est tradita. Sed an & in personis Ecclesiasticis vendentibus idem iuris sit, non est eadem omnium sententia.

Negant

Negant enim idem esse statuendum Hostiensis,& Io. Andr. in c.continebatur, de his quæ fiunt à maiori parte Capituli, eo quòd minimè deceat quenquam decipi à viris Ecclesiasticis,vt in Clem. cum Illusio, de renunc.c. Hoc ius porrectum, 10.q.2. Huc accedat text. in c.cum inter Canonicos,de elect.in c.cum autem,de iure patronatus, quibus in locis patet, priorem in tempore præferendum esse,tanquam potiorem.

Affirmant verò idem esse statuendum etiam in personis ecclesiasticis, Panor. Butr. & alij magis communiter, in d. c. continebatur, Alexand. cons. 122.lib.5. Iason in d.l.Quoties,nu.19.Socin.sen. in cons.29.lib.4. Couuar. Variar.resol.lib.1.cap.19.

Ego posteriorem hanc affirmantem sequor. Nam iuris Ciuilis regulæ & traditiones, etiam iure Canonico sunt receptæ, ijs exceptis, quæ reprobantur expressè, vt patet ex c.1.& 2.de operis no.nunc. Quare & regula d.l. quoties,iure Canonico recepta esse videtur.Consequenter,nihil proponitur,cur inter personas ecclesiasticas locum non habeat eadem iuris Ciuilis Constitutio; Nisi quis doceat,ecclesiasticos viros venditione sola rerũ dominium in emptores absque traditione transferre,aduersus alias iuris Ciuilis regulas,l.Traditionib.C.de pactis, si enim in posteriorem emptorem facta traditio, facit, vt dominium transferatur, sequitur eum esse in obtinendo dominio potiorem eo,cui priori res est vendita,quæ sententia est d.l.Quoties.

Nec mouet illud quod dicitur, viros Ecclesiasticos alienos esse oportere à similibus dolis, & deceptionib. Quia hæc ratio probat eos grauius hoc in casu peccare, & puniendos esse, quàm laicos homines, qui ob eam causam incidunt in crimen stellionatus,vt patet ex l.1.& 2.C.de crim.stell.& l.1.& seq.ff.eod.tit.

Regula verò iuris Canonici: Prior tempore, potior iure, similis est iuris Ciuilis Regulæ, quæ idem statuit. Sed ab vtraque species,de qua loquimur, excipienda est, nisi velimus iniuriam facere constitutioni d.l.quoties, C.de rei vendic. vide etiam hac de re Pistorium,lib.2.parte posteriori,q.29.nu.27.

CAPVT XXXIV.

Venditio an probetur, si testes de certo precio non testificentur.

Res sunt Doctorum sententiæ hac de re. Prima, venditionem probari,quia uenditio facta esse intelligetur iusto precio. Ita Bald.ad l.1.C.de reb. alienis non alien.Rom.in cõs. 91.nu.7. And.Siculus in cõs.90. col.1.lib.3.

Secunda, non probari. Ita Romanus sibi contrarius Sing.749 Marsil.Sing.38.Alex.in consi.128.nu.4.lib.2. Dec.in cons.57.nu.5.& alij à Mascardo citati de probat. vol.3.concl.1401.

Tertia: Distinguendum. Aut res agitur inter emptorem & venditorem,altero affirmante,altero uerò negante uenditionem, & testibus affirmantibus venditionem factam, non autem de precio testificãtibus, de quo tamẽ contentio erat inter emptorem & venditorem, & tunc posterior sententia uera est. Aut res agitur inter uenditorem,qui rem possidet, & alium, & contentio est an rem illam emerit,eo fine,vt præscriptionem allegare possit,& tunc prior sententia obtinere debet. Ita Alex.& Ias.in l. si duo patroni,§. Marcellus, ff.de iureiur. Afil. decis.83. nu.6. Iosephus Ludou. decis. Perusina 44. in 1.parte, & alij à Mascardo citati loco annotato,nu.11.12.

Ego magis probo eorũ sniam,qui negant,venditionẽ probari,quia uenditionis substantia cõsistit ex re & precio, §.Precium, Institut.de empt. & vendit. Proinde, si de precio non constet, nec de ipsa venditione constare videtur.

Et nota est doctrina illa, Testibus fidem adhibendã non esse, qui non plenè testificantur, vtpotè, non plenè
A & sufficienter informati, vt notatur in l.Lucius,ff.de his qui notantur infamia.

Tempero hanc meam sententiã, vt locum nõ habeat, cũ testes dicunt rem fuisse venditam certo precio, licet iã ipsi nõ recordentur, quãtum fuerit, & simul talis est causa, in qua de precij quantitate non disputatur, sed de titulo duntaxat venditionis, ad finem præscriptionis uel dominii probandi contra tertium, qui non vendidit. Hoc verò temperamentum ex lege non didici, sed ratio id me docuit, satis, ut mihi uidetur, manifesta.

CAPVT XXXV.

Tres controuersiæ circa litis denunciationem, quam venditori emptor facere tenetur.

Nter omnes cõstat, ut emptori euictionis nomine aduersus vẽditorem sit consultũ, eun-
B dem denunciare litem motam oportere, sed cõtrouersia est primò, an sufficiat simplex litis motæ denũciatio vẽditori facta, an verò præterea instandũ & petendũ sit, vt vẽditor ad defendendũ ueniat.

Deinde, an sit necesse in ipso denunciationis libello inserere acta litis motæ aduersus ipsum emptorem?

Tertiò, an hæc solennis denunciatio necessaria sit, etiam quando uenditor scit litem motam emptori, & quę acta sunt, nouit.

Quod attinet ad primum, tres sunt Doct.snię. Prima, sufficere simplicẽ intimationem, seu denunciationẽ litis. Ita Bal.ad l.emptor, C.de euic. Salic.ad l.1. C.de periculo & cõmodo rei vend. Io. Imol.ẽs. in c.vlt. de empt.& vẽd.

Fundamentum est potissimum in l.si cum quæstio, C. de euict. *Si cum quæstio*, inquit, *tibi super eo, quem comparaueras, moueretur, autorem tuum certum fecisti, nec citrà Iudicis disceptationem, eum, quem emeras, tradidisti, Præses prouinciæ in damnis, quæ te tolerasse meministi,*
C *modelam Iuris adhibebit.*

Altera est sententia, non sufficere simplicẽ litis denunciationẽ, sed emptorem instare, & petere simul debere; vt uenditor ipsum defendat. Ita Bar.in l.non solũ, §.morte, nu.51.ff.de op.no.nunc. Abb.in c.ult.de empt.& vẽd. Felyn.in c.cum M.Ferrariensis, nu.65. & ibidem Ripa, nu.166.de Constit. Cagn.ad l.venditor, ff.de iud. Alciat. ad l.detestatio, ff.de uerb.oblig.nouissimè Caballinus de euiction.§.3. num.21.

Fundamentum est in multis legibus, quibus agitur de tali denunciatione, in hunc modũ, vt uẽditor litti assistat, vel causam instruat, & ipsum emptorem defendat, l.1. C.de peric.& cõmo.rei vend.ibi: *Vt causæ agendæ adesset*: l.si rem, 1.§.vlt. de euict.ibi: *Vt de ea re agenda adsit*: l.si parẽtes, C.eo.ibi: *Nec vobis, vt defenderetis denunciatum probetur*: l.empti actio, C.eo.ibi: *Interpellare venditorem, siue successorem eius, debes, vt tibi assistant, causamq́, instruant*: l.cũ successores, C.eo.ibi: *Assistere negotio denuncia*:
D l.venditor, ff.de iudic. l.si plus, §.Mota, ff.de euict.l. qui absentem, ff.de procur.c.vlt.de empt. & vend.

Tertia est opinio distinguẽtium. Aut vẽditor aliundè nouit litem motam, quàm ex relatione emptoris, & tũc procedat posterior sententia, quæ illud exigit, ut emptor petat se defendi: Aut scit litẽ motam ex relatu ipsius emptoris, & tunc vera sit prior sententia, quæ docet simplicem denunciationẽ sufficere. Ita Bal. in l.1.C.de periculo & commo.rei uend.& ibi etiam Salic. Alex. in l.non solùm, §.Morte, nu.45. ff.de oper.no.nun.& ibid. Iason, nu.39. Ant.Burg.in c.vlt.nu.4.de empt.& vẽd. Couuar. lib.3.variar.resol.c.17.sub nu.5.vers. Tertiò adhuc.

Fundamentum est, quia cum emptor certiorem facit venditorẽ de lite mota, tacitè uidetur petere, ut ueniat ad se defendendum, Argum.d.l.si cum quæstio. Hæc autem ratio cessat, vbi aliundè, quàm ex ipso emptore uenditor litem motam intellexit. Iccirco tunc necesse est, vt emptor eum interpellet, vt causam defendat.

Mihi verior uidetur eorum sententia, qui dicunt ne-

cessariam esse denunciationem, & simul etiam eam interpellationem, vt venditor ad defendendum veniat.

Probatur hæc sententia satis euidenter ex legibus superius allegatis, in quibus semper fit mentio talis interpellationis. quod sanè frustra positum non videtur.

Huc accedat, ꝙ nisi sic venditor interpellatus fuerit, probabiliter existimare potest, emptorem per se ipsum causam defensurum. Et nota est iuris Regula, Eum, qui tenetur ad aliquid faciendum, in mora non constitui, nisi fuerit interpellatus, l. mora, ff. de vsuris, l. si ex legati causa, & l. si insulam, ff. de verb. oblig. Decius in l. quod te, n. 44. ff. si cert. pet. & in consi. 2 nu. 7. Sociu. sen. ad l. 2. §. voluntate, nu. 21. ff. solu. matrim.

Ad l. si cum quæstio, C. de euict. respondeo, licet illa lex nullam faciat mentionem eius interpellationis, vt vē ditor defendat, sed tantum denunciationis litis, debet tamen ex alijs legibus clarioribus, eam interpellationem requirentibus, interpretari & declarari. Vna enim lex ex altera declaratur, l. Verum, ff. de petitione hæred. l. Sed & posteriores, ff. de legib.

Non obstat, quod Doctores distinctione vtentes, dicunt, vbi fit ab emptore denūciatio, tacitè inesse eam interpellationem, vt venditor ad defendendum accedat. Quia id negari potest. Etsi enim ea fortasse denunciantis emptoris mens fuerit, non tamen certus est venditor, emptorem egere ipso defensore, & se ad id faciendum interpellari. Hæc de primo.

Quod attinet ad secundum, Etsi Lud. Rom. ad l. non solum, §. morte, ff. de ope. no. nunc. existimauerit, necesse non esse, ut libello seu denunciationi inferantur acta & gesta contra ipsum emptorem, quoniam venditor simplici emptoris verbo, si bonus vir reputetur, credere debeat argumen. l. Argentum, ff. commod. & eorum, quæ notantur in l. Titio fundus, ff. de cond. & demonst. Et idem sentire Angelus videatur in l. Emptor, C. de euict. tamen cōtraria sententia longè uerior & communior est: Nam necesse fore, ut exemplum citationis & libelli eius, qui contra emptorem de re empta litem instituit, edatur venditori simul cum denunciatione litis, tradunt, Bar. in d. l. Nō solū, §. morte, n. 48. ff. de op. no. nunc. Alex. ibi, nu. 42. Ias. nu. 38. Ripa n. 163. Couuar. lib. 3. var. resol. c. 17. n. 5. Caball. de euict. nu. 33. Cagnol. ad l. Venditor, ff. de iud.

Probatur hæc sentētia ex Clem. Causam, §. vlt. de ele. vbi ponitur forma denunciationum, ac intimationū fiēdarum, non solum in specie, de qua ibi, sed in alijs omnibus; & inter cætera constitutum est, ut libelli & citationis tenor intimationi iteratur. Meritò; vt uidelicet is cui insinuatio facienda est sciat, quid sibi faciēdum sit, & deliberet, an cedere uel contendere velit. Hęc de secundo.

Quod attinet ad tertium, denūciationem non requiri, quoties venditor scientiam habet litis motæ, dixerūt Glos. & Bal. in l. Emptor. C. de euict. vbi etiam Cyn. Io. Imo. ad l. 2. § voluntatem, ff. sol. matr. & in c. vlt. de empt. & vend. Alex. in d. §. voluntate. num. 12.

Fundamentum est, quia certus non est certiorandus l. 1. ff. de act. empt. c. Eum qui certus est, de reg. iur. lib. 6.

Sed contraria sententia verior & communior est, nēpe, litem etiam scienti venditori denunciandam esse. Ita Bart. in d. l. Non solum, §. Morte, n. 42. ff. de oper. no. nūc. & in l. denunciasse, ff. ad l. Iul. de adul. Specu. tit. de empt. & uend. §. ult. & ibi Io. Andr. in Addi. Panor. in c. ult. de empt. & vend. Dec. in consi. 74. Fely. in c. cum ille, nu. 65. de consti. & ibi Ripa, nu. 166. Capella Tholosana q. 407. Viuius commu. opi. in ver. vēditor. Couuar. lib. 3. Variar. resolu. cap. 17. n. 5. Caballinus de euict. §. 3. nu. 4.

Probatur hæc sententia, quia denunciatio fieri debet, non in eum tantum finem, ut uenditor sciat litem motā, sed vt interpelletur & requiratur ad defendendum & assistendum causæ & emptori, vt dictum & conclusum est supra in prima huius capitis controuersia. Simile videmus in specie l. denunciasse, ff. ad l. Iul. de adult.

Ex his patet respōsio ad Regulam, Certus non est certiorandus, quia non procedit hoc in casu, cum certiora-

A tio sit necessaria, vt simul etiam interpelletur venditor; quod non facit sola scientia eius, qui interpellandus est. Cætera argumenta ex l. ult. ff. de transactio. iuncta l. 3. C. de nouatio. leuiora sunt, quā vt confutatione indigeant.

CAPVT XXXVI.

Aliæ duæ controuersiæ tractantur de eadem euictionis materia.



ESt etiam controuersia inter Doctores, Si uēditor sciat emptori litem esse motam, an requiratur interpellatio & denunciatio, cum iuramentum in contractu uenditionis accessit. Et necessariam interpellationem, seu denunciationem non esse, docet Ale. ad l. 2. §. uoluntate, ff. solu. matr. Andr. Sicul. in c. ult. de empt. & uend. & ibi etiam Anto. Burg. nu. 11. Claudius Seysellius & Anto-
B nius Rubeus, in l. non solum, §. Morte, ff. de oper. no. nū. ille nu. 202. ille n. 687. Io. Lup. in c. per uestras, §. ult. nu. 31. de donat. inter uir. & uxor. Purpuratus ad l. quod te, nu. 91. ff. si cert. petat.

Fundamentum est, quia iuramentum cōstituit in mora obligatum absq; interpellatione, ex communi Doctorum sententia, ut per Doct. in c. Breui, de iureiur. Gabr. commu. concl. tit. de iureiur. conclus. 2. Seraphinum Senensem, de priuileg iuram. c. 37. Consequenter, si uenditor iurauit se defensurum emptorem, tenetur eum defendere etiam non interpellatus.

Contrariam sententiam amplexi sunt Socin. sen. in d. l. 2. §. uoluntate, num. 21. ff. sol. mat. Alciat. ad l. quod te, in uer. intelligere deberes, ff. si certum petat. Rebuffus de dilationibus art. 5. Glos. unica, nu. 36. Caballin. de euict. §. 3. n. 54. & seq.

Fundamentum est, quia iuramentum sequitur naturam contractus super quo interponitur, ca. quemadmo-
C dum, de iureiur. sed ex natura cōtractus tenetur emptor uenditori litem denunciare, cumq; requirere, ut causam defendat. Ergò idem est respondendum, etiamsi iuramētum suæ adiecerit obligationi, ac promissioni.

Didacus Couuar. lib. 3. Variar. resol. c. 17. in 5. Illatione, priori sententiæ adstipulatur, quoties venditor iureiurando nominatim promisit se emptorem defensurum, si quæstio ei moueatur de re uendita. Quod si simpliciter promiserit, se omnia & singula seruaturum, tūc posteriorem sententiam magis probat. Atque idem docet Ripa, in d. l. 2. §. voluntate, n. 18. ff. sol. matrim.

Sed quoniam iuramentum moribus nostris ita solet in contractu uenditionis adhiberi, ut prius quæ conuenta sunt præcedant, & inter alia uenditor promittat se defensurum emptorem, & rem venditam, tandem Clausula subijciatur Iurisiurādi, existimarem in hac specie eorum sententiam æquiorem, qui nullam exigunt denunciationem aut interpellationem. Nam, vt denuncietur ei
D qui iām certus est, opus non uidetur, cap. Eum qui certus est, de reg. iur. lib. 6. Vt uerò interpelletur is, qui promisit se facturū iureiurando interposito, necesse non est. Argumēto sumpto ex §. Licet, tit. si de feudo defuncti cōtentio sit inter dom. & agnat. ibi: *Si tamen sciat ei magnū periculū imminere, vltro adiutorium suū ei debet præbere.*

Respondent contrariæ sententiæ authores, illud specialiter constitutum fuisse in feudo, ac Vasallo, quod proinde non est trahendum ad consequentias.

Non rectè, quia non solum ex iure feudali id receptū uidetur, sed ex communi etiam Doctorum sententia, qua dicimus iuramentum operari, ut in mora quis constituatur absque interpellatione, de cuius tamen ueritate inferius tractabitur, lib. 3.

Nec obstat, quod respondet Caballinus, contrarium probari ex c. Breui, de iureiur. Quia nihil minus probat ille text. Quærit Summus Pontifex, an is, qui iureiurādo promisit se defensurum, si requisitus appellet, periurus dicatur, & decidit, periurum esse, nec talem appellationem

eum

A eum excusare. Vtrum autem requiri debeat, non decidit Pontifex.

Non obstat argumentum contrariæ opinionis, nempè, iuramentum sequi naturam contractus, neq; in plus obligare iurantem, quàm ex ipso contra obligetur. Nam satis est, si obligetur efficacius ex vinculo iuramenti, quod sanè omnes fatentur. Cum enim efficacius obligetur, sequitur dicendum, nulla opus esse interpellatione, quia venditor iā scit se teneri, & iuramenti vinculum eū satis vrgere dēt, vt dicebat Specul. tit. de aduocatis, §. 1.

Nec valet illa Alciati ratio; venditorem ex eo, quod non requiritur, credere posse, emptorem defensore non indigere, Quia iam nouit se promisisse defensionem, & credere debet, se non requiri ab emptore eam ob causam potius, quod is putet eum vltro accessurū ad defendendū.

Sequitur & alia controuersia, Venditor nouit litem motam, & instrumenta pertinentia ad causæ defensionē habet penes se, an teneatur emptorem vltrò defendere, B etiam non requisitus? Et teneri dixit Bald. ad l. primā, C. de periculo & commo. rei vend. Aufrerius in addit. ad decis. Capellæ Tholosanę 407. in tertia limitatione. Anton. Burgos, in c. vlt. nu. 11. in 5. limitatione, de empt. & vendit.

Argumentum sumunt ex l. Iulianus, §. idem Iulianus & ex l. Titius cum decederet, ff. de act. empt. Quæ quidē leges id non probant, sed tantum docent venditorem nihil dolo facere debere, & à venditionis contractu dolū abesse oportere.

Ideo contrariam sententiam veriorem esse cēseo, quā amplexi fuere Ripa, in d. l. 2. §. Voluntate, post num. 18. ff. sol. matr. Caballin. de euict. §. 3. nu. 72. Nam cum leges denunciationem & interpellationem requirentes hunc casum non excipiant, nec nos eum excipere quasi noua lege cōdita, debemus. Nec ratio nobis suppetit, cur eum casum excipere debeamus.

C

CAPVT XXXVII.

Vtrum emptori de euictione actio competat, quando litis denunciationem omisit, sed tamen constat, rem defendi non potuisse.

Grauis est controuersia apud interpretes; Vtrū emptori, qui litem venditori non denunciauit, actio de euictione detur, si constiterit etiā denunciatione facta rem defendi nō potuisse.

Raphael Fulgos. ad l. Si ideo, ff. de euict. affirmat hoc in casu actionem emptori esse dandā, refert & sequitur Alexand. in l. Non solum, §. morte, nu. 46. ff. de oper. no. nunc. Idem docuit Imolensis, in c. vlt. de empt. & uendi. col. vlt. Idem Alex. in cons. 67. lib. 3. & in consil. 63. col. vlti. lib. 6. Socin. iun. in cons. 120. nu. 11. & 12. lib. 3. Natta in cons. 232. nu. 5. & 462. num. 8. Aufrerius ad Capellam Tholos. quæst. 407. in sexta limitatione. Rebuff. de dilatione Artic. 5. nu. 38. Alios citat Couuar. lib. 3. Variar. re- D sol. ca. 17. in sexta Illatione, & alios Caballinus de euict. §. 3. num. 73.

Argumenta magis præcipua hæc sunt. Lex emptori negat actionem de euictione contra venditorem, si ei litem non denunciauerit, quia præsumit eo casu rem euictam fuisse, quoniam is malè instructus, causam defendere nō potuerit, l. si fundo, §. vlt. ff. de euiction. Ergo si manifestè constet, causam defendi non potuisse, licet ipse emptor optimè a venditore instructus ac defensus fuisset, actio competere debet. Cessante enim ratione legis, cessat lex, iuxta regulas vulgares.

Secundum argumētum. Non potest emptor agere de euictione, nisi per sententiam iudicis res euicta fuerit; Si enim ipse rem litigatori cedat, non est quod dicat sibi venditorem euictionis nomine obligatum esse, l. Si dictum, §. 1. ff. de euict. l. si eum quæstio, C. eodem tit. l. At qui natura, §. At cum me, ff. de neg. gest. l. 1. C. de periculo & commo. rei vend. Et tamen si certum sit, causam

A defendi non posse, licet ipse venditor rem non defendat, de euictione actionem habet, l. Emptorem, ff. de action. empti. Ergò idem iuris esse videtur, cum emptor denunciationem omisit, cum certum est defendi causam non potuisse.

Tertium argumentum est a simili. Nam citatio non requiritur eius, cui ius non competere manifestum est, l. 2. §. Quod de frumentaria, ff. de admin. rer. ad Ciuit. pertinent. Sic etiam non requiritur excussio debitoris, principalis, vt agi possit contra fideiussorem, vel tertium, cū manifestè constat eum soluendo non esse. Vide Neguzan. de pignor. 1. membro, 8. parte, nu. 31. Gabrieli. Commu. conclus. lib. 3. tit. de fideiussor. conclus. 1. nu. 50. Ergò & denūciatio, de qua agitur, necessaria esse non videtur, vbi constat nullum ius competere, quo defendi emptor possit.

Contrariam sententiam secuti sunt Glos. Bart. & Salicet. ad l. Emptorem, ff. de act. empt. Angel. Aretin. in §. B vlt. in Instit. de emptio. & vendit. Decius in cons. 74. ad finem. Socin. senior ad l. 2. §. Voluntate, ff. solu. matr. licet dubitare videatur.

Argumenta magis præcipua hęc sunt. Leges denunciationem exigunt, & non excipiunt eum casum, de quo agitur. Ergò nec nos excipere debemus, argumento l. de precio, ff. de Publicia.

Secundum argumentum. Lex præsumit sententiam iudicis esse iustam, l. Herennius, §. Caia, ff. de euict. Et tamen re euicta per sententiam Iudicis, actionem emptori non concedit euictionis nomine, nisi is uenditori litem denunciauerit, l. Empti actio, l. Si parentes. C. de euict. & superius dictum est. Ergo lex non considerat iustitiam, uel iniustitiam causæ, sed an denunciatio facta fuerit ipsi uenditori.

Tertium argumentum. Cum res euincitur nulla denunciatione facta venditori, lex præsumit euinci propterea, quod emptor malè instructus causam defendere nequi- C uerit, l. si fundo, §. ult. ff. de euict. Et hæc præsumptio uidetur esse iuris, & de iure, vt loquuntur nostri, quia super ea lex fundatur & statuit, Consequēter, non admittitur probatio in contrarium, vt notatur in c. is qui fidem, de sponsalib. & in Auth. Sed iā necesse, C. de don. ante nup.

Io. Francis. Ripa. ad d. l. 2. §. voluntate, distinguit; Aut tempore litis motæ, notum erat venditori nullam defensionem competere; & tunc non est quod emptori imputetur cur denunciationem omiserit. Aut id eo tempore nō erat notum, sed postea apparuit, & tunc secus.

Alij dixerunt, omissa denunciatione agi nihilominus posse de euictione, sed ad simplum tantum, facta verò denunciatione ad duplum. Item, tunc actionem emptori competere, cum probauerit notorium fuisse, nullā uenditori defensionem competiisse. Secus uerò si non probauerit, ut uidere est ex Couuar. Var. resol. lib. 3. cap. 17. in sexta Illatione.

Ego priorem sententiam, & communiorem & uerio- D rem existimo, Eamq; confirmo argumento à simili. Nā in conductore ita constitutum est, ut si iustam habeat causam deserendi rem conductam, eamque deserere uelit, id ipsum locatori denunciare debeat, l. Item quæritur, §. Exercitu, ff. locati, si tamen non interfit locatoris denūciationem esse factam, nulla ei competit exceptio eo nomine, quod non fuerit facta denūciatio, ita Ripa, in tractat. de peste, in præludijs de Priuilegijs contractuum causa pestis, nu. 23. Aegid. Bossi. de remiss. merced. nu. 52.

Porrò probandum esse iudico ab ipso emptore hoc suæ intentionis fundamentum, nempè, uenditorem nullam habuisse defensionem, sicuti docent Anton. Burg. in d. c. ult. de emptio. & uendit. & Couuar. loco annotato, quanquam Imola, in d. c. ult. secus sentire uideatur, sicut patet ex Crauetta, in cons. 83. nu. 6. & 179. nu. 6.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ sic respondeo. Licet leges non excipiant eum casum, ratio tamen ex legibus petita excipiendum esse demonstrat.

Ad secundum respondeo, leges præsumere pro indi-

cis sententia,& tamen actionem euictionis nomine emptori denegare, nisi denũciauerit. Meritò: quia si emptor fuisset monitus, fortasse defendere potuisset. Sed dum dicitur, Ergò lex non curat, an causa iusta sit uel iniusta, respondeo id sequi, eo casu, quo denunciatio est omissa, & dubium est, an venditor interpellatus, emptorem defendere potuerit. Sed in re clara & manifesta, secus est præsumendum, neque enim lex frustra requireret interpellationem ac denunciationem, quæ nihil effectura est.

Ad tertium respondeo, iure non probari quod assumitur in argumento, & nostram disputationem versari in ea specie, qua planè constat, nullam venditori defensionem competere.

CAPVT XXXVIII.

Vtrum Ecclesia de euictione agere possit lite venditori non denunciata; & vtrum clericus venditor, cui lis emptori mota denunciatur, trahere causam ad forum Ecclesiasticum possit; Et quid in fisco.

ECclesiam agere de euictione posse, licet venditori litem non denunciauerit, si venditor litem moram non ignoret, Authores sunt Baldus, in l. 1. C. de periculo & commo. rei vendi. Romanus nu. 10. & Antonius Rubeus, nu 71. in l. Nõ solum, §, morte, ff. de oper. no. nunc. Couuar. lib. 3. Varia. resol. ca. 17. in quarta illatione, Aufrerius ad Capellam Tholosanam, q. 407. in secunda limitatione. Tiraquellus de priuilegijs piæ causę, Priuilegio 141. & seq. quibus & ipse adstipulor.

Fundamentum est præclarum, solidumq;, quia Ecclesia vtitur iure Minoris, c. 1. & c. Auditis, de in integrum restit. Sed in minoribus receptum est, vt de euictione agere possint, lite venditoribus (scientibus tamen) non denunciata, neque interpellatione facta; Igitur & in ecclesia idem statuendum est. In minoribus autem illud est receptum, argumento sumpto ex l. in minorum, C. in quibus cau. in integr. rest. non est necess. vbi textus dicit: *In minorum persona re ipsa, & ex solo tempore tardæ precii solutionis moram fieri.* Et id procedit tam in contractibus, quam in legatis.

Cæterum, Antonius Burg. in c. vlt. nu. 8. & 9. de empt. & vend. contrarium docuit, & cum eo Caballinus de Euictionibus, §. 3. nu. 102. & 103.

Mouetur primò ex c. breui, de iureiur. vbi text. innuit interpellationem esse necessariam etiam in Ecclesia, propter verbum (requisitus) quod in textu est. Sed respondeo nihil probare, quia non decidit in ea specie Summus Pontifex, interpellationem esse necessariam, sed venditorem requisitum, vt defendat Ecclesiam, periurum esse, si eam non defendat, quamuis appellet.

Secundò adferunt text. in c. Potuit, de locato. vbi dicitur, diem certam constituere in mora emphyteutam Ecclesiæ, & ideo necessariam eo casu non esse interpellationem. Ex quo sumitur argumentum, interpellationem esse necessariam, vbi dies certa non est.

Respondeo. diem certam & interpellationem hoc operare in ea specie, vt emphyteuta incidat in pęnam, & hoc probat ille textus. Vtrum autem requiratur interpellatio ad constituendum in mora debitorem Ecclesiæ, non deciditur a Pontifice ibi.

Tertiò adferunt argumentum ex Regula iuris, Mora non committitur absque interpellatione, l. mora, ff. de Vsuris; Ergò & in Ecclesia idem respondendum est, qa contrarium in ea constitutum non reperitur. Et licet in persona minoris aliud sit receptum, non debet tamen ad alios trahi.

Respondeo, ad Ecclesiam meritò id trahi posse, quia ille utitur iure minoris, ut declarat Summus Pontifex in d. c. 1. & in d. c. Auditis, de in integr. restit.

Illud etiam cõtrouersum est, an Clericus cui lis est de- A nunciata, ad defensionem accedens, trahere possit causã ad forum Ecclesiasticum.

Communis est, & uera sententia, non posse. Ita Bald. Fulgosius, Lancellotus, Decius & Albericus, ad l. venditor ff de iudic. Angelus in l. Non solum, §. Quod vulgò, ff. de usucap. Abbas & Ant. Burgens. in c. ult. de empt. & uend. Idem Abbas, in c. quoniam frequenter, §. in alijs, nu. 28. Vt lite non contest. & ibidem Anton. Butr. Card. & Socin. nu. 127. Anchar. in Reg. Ea quæ, q. 17. de regu. iur. lib. 6. Idem Socin. in cons. 91. lib. 3. vers. Circa ultimã difficultatem. Aufrer. in Clem. 1. de off. ord. Reg. 2. Fall. 5. Gulielmus Benedictus, in c. Raynutius, in vers. Vxorẽ nomine Adelasiam, num. 417. de testam. Couuar. Pract. quæst. cap. 8. nu. 3. Idem Aufrerius ad Capellam Tholos. q. 360. Rebuf. de dilatio. art. 4. Glos. unica, nu. 1. Ripa, in c. 1. nu. 24. de iudic. Cagnol. ad d. l. venditor, ff. de iud. Cabal. de Euict. §. 3. nu. 110.

Probatur satis clarè ex l. uenditor, ff. de iudic. *Venditor* B *ab emptore denunciatus* (ait textus) *vt eum euictionis nomine defenderet, dicit se priuilegium habere sui iudicis. Quæritur an possit litem ab eo iudice, apud quem res inter petitorẽ cœpta est, ad suum Iudicem reuocare. Paulus respondit, venditorem emptoris Iudicem sequi solere.* Idem habetur in l. 1. C. Vbi in rem actio.

Contrariam sententiam habuerunt Gl. in cap. Nullus Clericum, 11. q. 1. Specul. tit. de primo & secundo decreto, §. Restat, uers. Quid si dominus, num. 24. Castrens. & Iacopin. in d. l. Venditor. Imolens. in d. l. Non solum, §. Quod uulgò, ff. de usucap. Io. Platea, in l. 3. C. de iure fisci lib. 10. Aretin. in §. Actionum, n. 19. in Inst. de act.

Fundamentum est in eo, quod Clericus fori secularis præscriptionem habeat, & coram Ecclesiastico Iudice cõueniendus sit, c. Si diligenti, de foro competen. ca. Clericum nullus, 11. q. 1. cum similibus.

Item, quia fiscus ad suum Iudicem causam reuocare potest, l. 3. C. de iure fisci, lib. 10. Ergo & Clericus idem C priuilegium habere debet.

Respondeo, regulariter quidem Clericum illud ius habere declinandi forum seculare. Sed cum in proposita specie reus conuentus ab actore sit laicus, rectè apud iudicem laicum conuenitur. Quod si ad eius defensionem clericus accedat, non potest actoris causam deteriorem facere, Ipse quidem clericus euictionis nomine apud Ecclesiasticum iudicem conueniendus est, sed ut possit etiã causam inter alios laicos inchoatam ad Ecclesiasticum magistratum trahere, neque lege probatur, nec ratione euinci potest.

Quod uero dicitur de fisco, non est adeò exploratum. Etenim, id iuris fisco competere existimarunt Gl. Bar. & Io. Platea, in d. l. 3. C. de iure fisci, lib. 10. Castrẽs. & Iacopin. in d. l. Venditor, ff. de iudi. & ibi etiam Cagnol. Dec. in cons. 700. Capycius decis. 197. Nouissimè Marcus Antonius Peregrinus, de priuilegijs fisci, lib. 7. tit. 1. nu 9.

Quorum fundamentum est ex legibus, quæ dicunt causas fiscales cognoscendas a iudice ipsius fisci, l. cum vẽ D dente, l. ad fiscum, C. vbi causæ fiscales, l. vnica, C. de vẽd. rer. fiscalium, lib. 10. Idem ex d. l. 3. C de iure fisci: *Si minoris precio, quàm res est* (inquit text.) *aperta emptoris fraude, vel gratia, quæ obligata sunt fisco venierunt, adiens procurator meus, debitam quantitatem inferenti restituit ea prædia iubebit.*

Sed contrariam sententiam amplexi sunt Bal. in d. l. 3. C. de iure fisci. Anto. Burgens. in c. vlt. de empt. & vend. nu. 10. & 11. Socin. in d. cons. 91. lib. 3. col. penult. Rebuf. de dilatio. Artic. 4. Glo. Vnica, nu. 9. Aret. in Rubr. de except. nu. 17. Couuar. pract. quæst. c. 8. n. 3. Caballin. de Euict. §. 3. n. 124. quibus & ipse assentior.

Probatur hęc sententia, quia certum est in priuatis ita constitutum esse, vt venditor emptoris iudicem sequatur ex d. l. venditor, ff. de iud. Sed fiscus vtitur iure priuatorũ præterquam in casibus exceptis & expressis, vt docet Gl. in l. itẽ venĩt, § in priuatorum, ff. de pet. hęr. Dec. in cõs. 5. & alibi. Ergò & in proposita qõne vtitur iure priuatorũ, quan-

quandoquidem nullibi contrarium sit expressum, ac iure singulari constitutum in ipso fisco.

Nonobstant leges in contrarium allegatæ, quia cum non aliud dicant, nisi causas fiscales à Procuratore Cæsaris esse cognoscendas, non efficitur & hanc causam à fisco trahi posse ad eum iudicem, cum iure constitutum sit, vt venditor ad defensionem emptoris accedens, eius iudicem sequatur. Nec contrarium dicunt leges allegatę.

Ad l. 3. C. de iure fisci respondeo. Sententia illius legis est. Si res obligata fisco minori precio vendatur, (à fisco scilicet) emptoris fraude vel gratia (cum videlicet fiscus, vel decipitur, vel emptori gratificatur) dominus rei offerendo debitam fisco quantitatem, rem suam vendicare authoritate Procuratoris Cæsaris interueniente. Meritò hanc rem cognoscet iudex fisci, quia in ea specie non ita res agitur, quasi ipse actor rei dominus eam a possessore, cui fiscus vendidit, sibi restitui petat, & is litem fisco denunciet, qui proinde causam ad Procuratorem reuocet, quo modo existimant prioris sententiæ authores. Sed rei dominus fisco debitam offert quantitatem, & sibi rem suam restitui petit. Fiscus verò, qui malè rem distraxit, petit rescindi contractum, idque impetrat, quare Procurator Cæsaris rem restitui mandat domino suo. Huius interpretationis authorem habeo Cuiacium in comment. d. l. 3. *Infert igitur* (ait Cuiac.) *debitor fisco debitam quantitatem, non precium emptori. Fiscus venditionem resoluit, & emptori precium restituit. Quid fiet si priuatus creditor aque dolo malo, aut gratiosè pignora minoris vendiderit? Et placet in eo idem obseruari, vt scilicet offerenti debitori debitam pecuniam, is in hoc teneatur, vt rem, vel id, quod interest, præstet: nisi is soluendo non sit, quo casu oblato precio, res ab emptore reuocatur, l. 1. & 3. C. si vend. pign. quod in fisco dici non potest, qui semper est soluendo.* Hactenus Cuiacius. Hanc eandem sententiam secutus est Senat. Pedem. apud Tessaurum, decis. 213.

CAPVT XXXIX.

Vtrum emptor, qui in lite sibi mota vicit aduersarium, sumptus factos causa litis agitatæ à venditore repetat, aduersario ab expensis absoluto.



EXistimo emptorem, secundum quem pronunciatum fuit in lite mota super dominio rei venditæ, expensas litis petere à venditore posse, si ab aduersario eas non recuperauit, quia videlicet absolutus fuit. Quam sententiam amplexi fuere Bar. in l. venditores, ff. de verbor. oblig. & ibi Angel. Imola, & Aretin. necnon Castrens. Alex. & Iason. Idem tradunt, Io. Andr. Ioan. Imolens. & Abbas, in c. vlt. de empt. & vend. Io. de Anania in consi. 31. & 101 Ludouicus Bologninus in addit. Capra in cons. 90. in 3. dubio. Ant. Gomez. Resol. iuris, tit. de emptio. & vend. nu. 47. Cabalinus de Euict. §. 3. nu. 146. Nicolaus Valla, de reb. dubiis, c. 9.

Fundamentum est hoc. Venditor tenetur emptorem defendere in lite ei mota, l. si plus, §. Mota, ff. de Euict. l. qui absentem, ff. de procur. ergo suis sumptibus tenetur eum defendere. Hanc consequentiam probat tex. in l. suo victu, ff. de oper. libertor. Si non defendat, obligatus est ad id, quod emptoris interest, ex regula l. cum quærebatur, ff. iud. solui, & l. stipulationes nó diuiduntur, vers. Celsus, ff. de uerb. obl.

Contrariam sententiam secuti sunt Glos. & Bal. in l. 1. C. de euict. & in l. cum testamento, C. de testam. manu. Spec. de empt. & uend § 1. num. 34. post uers. Sed quid si in instrumento. Idem Bal. & Cuman. in l. uenditores, ff. de uerb. obl. Fulgos. in l. qui absentem, ff. de proc.

Sed non est difficile ad argumenta eorum respondere. In primis adfertur l. si status, C. de euic. in illis uerbis: *Quod si fuisse seruum sententia declarauerit, intelligit se ad venditorem reuerti non posse.*

Hic textus decidit, emptorem, secundum quem sen-

A tentia lata fuit, contra uenditorē agere non posse. Quod sanè intelligendum est, quo ad expensas, non autem quo ad seruum uenditum, neque enim respectu serui uenditi, & non euicti, dubitari poterat, an aduersus uenditorem agere posset, cum apud emptorem remansisset.

Respondeo, sensum legis esse, emptorem de euictione agere non posse ipsius serui, nec eo nomine amplius ad venditorem reuerti. Nam ita olim constitutum erat, vt cum status quęstio moueretur, certis solennibus adhibitis, libertatis aut seruitutis assertor decerneretur, quæ solennia sustulit Imperator Iustinianus, in l. 1. C. de assertione tollen. Solebat autem etiam post sententiam latam iterum causa examinari, vsque ad tertiam vicem, quod & Iustinianus emendauit Hoc igitur decernunt Diocletianus, & Maximianus, in d. l. si status, vt si quidem pro libertate sententia lata fuerit, emptor serui agere de euictione possit, quamuis causa iterum ad examen reuocari possit. Si verò pro seruitute, non possit ad venditorem re B uerti, licet causa iterum examinari possit. Itaque nec de litis sumptibus agitur in ea lege: & ratio dubitandi oritur ex eo, quòd causa iterum examinari poterat, quamobrem dicēdum videbatur, non prius agi posse, quàm causa iterum cognita fuisset, & tandem exitum habuisset.

Secundò adfertur hoc argumentum. Aut emptoris aduersarius, qui litem mouit, ab expēsis litis absolutus fuit per imprudentiam Iudicis, aut quia iustam habuit causam litigandi. Si per Iudicis imprudentiam, venditor nō tenetur, l. si per imprudentiam, ff. de euict. Si propterea, quòd habuerit iustam causam litigandi, nō tenetur, quia hæc est noua causa, quæ post venditionem emersit.

Respondeo negando, esse nouam causam, quæ post vēditionem emerserit, quoties aduersarius iustam litigandi causam habuit. Nam venditionis tempore, vel antè suberat causa, propter quam lis fuit instituta, neque enim emptor eam suscitauit, quare venditor, qui eum defendere promisit, suis id sumptibus facere debet.

C Tertiò adserunt argumentum ex eo, quòd venditor ad hoc tenetur, vt rem emptori habere liceat, l. ex empto, §. & ex empto, ff. de act. empt. Ergo cum ei rem habere liceat in proposita specie, vt patet, nullam aduersus venditorem actionem habet.

Respondeo, concedo totum argumentum, respectu rei venditæ, sed nego respectu expensarum litis, quas venditorem sustinere oportet, cum ad defendendum emptorem obligatus sit.

Quartò, argumentum proferunt huiusmodi. Venditor de euictione tenetur ipsius rei principaliter, ad sumptus verò in consequentiam, & accessoriè, sublata ergo principali obligatione, tolli videtur & accessoria, argu. l. petitori, ff. de lib. leg. reg. accessorium, de reg. iur. lib. 6.

Respondeo, nego sumptuum refusionem esse accessoriam euictionis causæ. Est enim accessoria obligationi de defendendo rem venditam, quę non est sublata. Et quod dicitur in d. l. petitori, nil commune habet cum quæstio- D ne nostra. Et inter rem venditam, & litis sumptus, ratio differentiæ patet: quia res non est euicta, ideo eius nomine cessat euictionis actio. Sumptus autem refundendi sunt, quibus lis peracta est, quam suis venditor sumptib. agere tenetur.

Sed quæri potest, ad quos sumptus refundendos obligatus sit venditor? Respondent Castr. & Alex. in d. l. venditores, ff. de verb. obl. ad eos sumptus, qui fiunt gratia ipsius litis instruendæ, vt in testibus, Instrumentis, & aliis documentis ac iuribus, quibus causa solet instrui.

Nituntur autem iis legibus, quibus dicitur venditorem assistere debere emptori, & causam instruere, l. si parentes, l. empti, C. de euict. Et insuper, l. 1. C. de periculo, & commo. rei vendit. vbi dicitur venditorem non teneri, si emptor in lite mota contumax extiterit, nec actori responderit.

Sed hæc sententia dura Caballino visa est in tract. de euictionibus, § 3. nu. 148. Et mihi non probatur. Quia defendere in iudicio est id facere, quod dominus esset facturus,

cturus, l. sed etsi, §. defendere, ff. de procurat. Quare cum venditor monitus emptorē defendere debeat in lite mota, l. si plus, §. mota, ff. de euict. l. qui absentem, ff. de proc. omnia facere tenetur, quæ ipse emptor esset facturus, iudiciumque in se suscipere, & omnes sumptus facere ac suppeditare, qui necessarij sunt in lite & causa.

Nec quicquam obstat l. 1. C. de periculo, & commo. rei vend. quia loquitur in ea specie, qua emptor est in culpa, cum sit contumax. Nec bona est collectio: Venditor assistere tenetur, & causam instruere, ergo eorum tantum sumptuum nomine tenetur, qui causa litis instruendæ fiunt, tenetur enim emptorem defendere, atque adeo iudicium & causam in iudicio motam in se suscipere, & consequenter omnes sumptus necessarios erogare. Atque ita sentio.

CAPVT XL.

Emens scienter rem alienam, an re euicta agere possit ad restitutionem precij. Quid si pacto conuentum sit, ut agi non possit de euictione. Et vtrum emptor re euicta per sententiam, teneatur à sententia appellare.



Ommunis est & vera sententia, eū qui scienter emit rem alienam, nō habere actionem de euictione, nec ad precij restitutionem, nisi aliter conuentum sit, & probatur authoritate l. si fundum, C. de euic. *Si fundum sciens alienum, vel obligatum comparauit Athenocles, neque quicquam de euictione conuenit, quod eo nomine dedit, contra iuris poscit rationem.* Ita Gl. Bal. & Salicet. in l. non dubitatur, C. de euict. Gl. & Panorm. in c. ad audientiam, de rebus Eccles. non alienand. Castrens. in l. emptorem, §. qui autem, nu. 3. ff. de act. empt. Dec. in cons. 114. nu. 4. Natta in cons. 181. nu. 8. Couuar. variar. resol. lib. 3. c. 17. post nu. 1. quare non possum satis mirari, cur Franc. Aret. in l. si aliquam, nu. 5. ff de acq. posses. communiter concludi dixerit, ad precij restitutionem regressum dari, & cur Caballin. de euict. §. 5. nu. 22. dubitet, an d. l. si fundum, C. de euict. correcta, sit ex l. vlt. §. vlt. C. commu. de legat. Nā in d. §. vlt. agitur de emptore rei fideicommisso subiectę, quæ proinde aliena non erat, ita respondit Couuar. loco superius annotato, vers. ad eam quæstionem à qua digressus sum. Sed non mihi probatur hæc responsio, quia tex. in d. §. vlt. dicit. Cum sufficiat emptori saltem pro precio, quod sciens dedit pro alienare, sibi satisfieri. Ego puto de ea specie textum illum accipiendum esse, in qua de euictione promisit uenditor, tunc enim actio saltem ad precii restitutionem datur. Id patet ex verbis pręcedentibus dicti §. ait enim: *Neque dupla stipulatione, neque melioratione locum habente.* Quibus verbis intelligitur, tex. loqui quando de euictione interposita est stipulatio, quo casu Imperator negat actionem dari ad duplū, cū sufficiat emptori, sibi de precio, qđ pro aliena re sciēs dedit, satisfieri.

Maior controuersia est, quando inter cōtrahentes est conuentum, vt is, qui vendit, de euictione non sit obligatus. Nam teneri nihilominus ad restitutionem precij, probat tex. in l. emptorem, §. qui autem, ff. de actio. empt. Sed controuersia est, si pactum generaliter non concipiatur, sed ad certam causam, vel personam respiciat, exempli gratia, cum ita sit conuentum, vt non teneatur venditor de euictione ex causa litis mouendæ à Titio. Etenim, actionem hoc in casu ad precii restitutionem non competere, docet glo. in l. libertatis, ff. de euict. & ibidem Bal. Ang. & Salic. Roma. Sing. 387. Castr. in d. l. emptorem, §. qui autem, ff. de act. empt. Marsil. Sing. 656. Ripa, in l. si aliquam rem, nu. 47. ff. de acq. poss. Natta in cons. 181. nu. 7. Tiraquel. de retractu consan. §. 12. Gl. 1. nu. 14.

Fundamentum est in d. l. libertatis, cuius hæc sunt verba: *Qui libertatis causam excepit in venditione, siue iam tunc, cum traderetur, liber homo fuerit, siue conditione, quæ testamento fuerit impleta, ad libertatem peruenerit, non tenebitur euictionis nomine.*

A Huc accedat ratio. Nam cum certa causa expressa est, sibi emptor imputare debet, cur antequam emerit, non diligentiam adhibuerit, in inuestiganda ipsa causa, & an res euictioni esset obnoxia.

Contrariam sententiam habuerunt Anto. Rubeus, in l. non solum, §. morte, nu. 446. ff. de oper. no. nunc. Couuar. lib. 3. Variar. resol. c. 17. nu. 1. Caballin. de euict. §. 5. post nu. 26. & isti alios citant, quibus & ipse assentior.

Probatur hæc sententia ex l. emptorem, §. qui autem, ff de act. empt. cuius hæc sunt verba: *Ibidem ait, Idem esse dicendum, & si aperte in venditione comprehendatur, nihil euictionis nomine præstitum iri. Precium quidem deberi re euicta, vtilitatem non deberi. Neque enim bonæ fidei contractus hanc patitur conuentionem, vt emptor rem amitteret, & venditor precium retineret.*

Huius textus verba sunt generalia, vnde & propositæ speciei rectè accommodantur, & ratio ipsius legis optimè conuenire videtur.

B Ad tex. in l. libertatis, ff. de euictio. respondeo, non obstare, quia nihil aliud dicit, nisi venditorem eo casu non teneri euictionis nomine, scilicet quoad vtilitatem, non autem quoad precii restitutionem, ne pugnet cum d. l. emptorem, §. qui autem.

Non obstat ratio allegata, quia etiam cum nulla caussa exprimitur, sed tantum generaliter illud in conuentionem deducitur, vt de euictione agi non possit, imputare sibi emptor deberet, cur emerit eam rem, quam certò nesciebat esse vendentis. Cur non diligenter perquisierit, an esset in dominio venditoris. Sed quoniam bonæ fidei contractus est, æquitas non patitur, vt venditor precium retineat, eo casu, quo emptor rem amittit.

Sed & an emptor victus per sententiam teneatur appellare, non est eadem omnium sententia. Non appellare debere dicunt Spec. tit. de appel. §. 1. num. 8. Papiensis in forma libelli in causa venditionis, in verbo, promittens, nu. 8. Cagnol. ad l. venditor, nu. 5. ff. de iudi. Dec. in con-

C silio 74. num. 3.

Alij distinguunt; aut emptor habet bonam causam, aut malam, aut dubiam. Si bonam, tenetur appellare, si malam, aut dubiam, non tenetur. Glo. Bar. & Ange. in l. Herennius, §. Caia, ff de euict. Imola, in c. vlt. num. 8. de empt. & vend. Natta cōs. 206. Caballi. de euic. §. 3. n. 145.

Alij docent emptorem appellare debere, licet causam dubiam habeat, si venditor præsens non fuerit; Ita Bald. in d. §. Caia, Ang. Aret. in §. actionum, nu. 20. de action. Couuar. lib. 3. Variar. resol. c. 17. vers. Nono venditor.

Alij existimant, si venditor præsens fuerit, emptorem non teneri appellare. Ita Io. Andr. in add. ad Spec. loco annotato, Natta dicto cons. 208. & ibi dicit, idem iuris fore, quoties venditori sententia fuerit intimata.

Alij demque censent, emptorem, si bonam causam habeat, appellare debere, licet venditor fuerit præsens. Ita Bal. in d. §. Caia.

Ego totam hanc rem sequentibus conclusionibus ex-

D plicari posse existimo.

Prima conclusio. Emptor bonam causam habens, tenetur appellare. Probatur ex l. si bonam, C. de admi. tut. & l. si procuratorem, §. si ignorantes, ff. de procur. Et hac ratione: quia cum habet bonam causam, sententia est iniusta, ergo ipsi nocet, non autem venditori, l. si per imprudentiam, ff. de euict. meritò appellare debet, alioqui sibi præiudicat sententia.

Secunda conclusio. Emptor bonam causam habens, appellare tenetur, licet venditor præsens fuerit. Probatur; quia sententia iniusta emptori ipsi nocet, non autē venditori, vt proximè dictum est; vnde si non appellet, sibi imputare debet, & sua culpa damnum sentire videtur. Et idem iuris est etiam, quando sententia venditori est intimata. Eadem est enim ratio.

Non obstant huic conclusioni l. Herennius, §. Caia, ff. de euict. & l. si procur. §. si ignorantes, ff. de procur. Nā quod attinet ad §. Caia, illa est ratio, quia emptor bonam causam non habebat, vt patet ex illis verbis: *Sine quod alienus*

alienus fuerit,cum veniret, siue quòd tunc obligatus,cum emptus est,&c. Quod verò attinet ad d.§.si ignorantes,in specie fideiussor conuentus & condemnatus fuit, is verò sententiam intimauit debitori,vt si vellet,appellaret,quę res à proposita quæstione longè est aliena.

Tertia conclusio,si emptor malam causam habeat, nō tenetur appellare. Probatur ex dicto,§.Caia.

Quarta concl. Vbi emptor habet causam dubiam,non tenetur appellare. Probatur:quia nulla lege cautum reperitur, quòd appellare teneatur. Nam leges dant actionem emptori euictionis nomine,si modò litem venditori denunciauerit,nulla facta mentione necessitatis appellandi quando causam ipse emptor malam habet, vel dubiam,vt in l.libera, C.de sententiis & interlocutionibus om.iud.cum vulg.

Quinta concl. Si pacto remissa sit emptori necessitas appellandi,non tenetur appellare. Et hæc sunt pacta utilia nuncupata, quibus emptor releuatur a multis obligationibus,vt declarat Cagn.in l.venditor,post nu.5.ff.de Iud. Facit tex.in d.l. Herennius,in princ ff.de euict.& in l.quæritur,§.si venditor,ff.de ædilit.edicto.

Coronidis loco notandum,si emptor appellauerit, eū teneri ad prosequendam appellationis causam, l. Heren. §. vlt.ff.de euict.

CAPVT XLI.

Vtrum statuto Ciuitatis causas inter consanguineos compromitti in arbitros,seu arbitratores mandante, possit venditor,ad emptoris defensionem accedens,in lite mota cogere aduersarium ad compromittendum.



Communis est & vera sententia,venditorem cogere posse aduersarium emptoris ad compromittendum,vigore statuti. Ita enim censuerunt Bar.in a.q.incipiente: Pisaniæ Ciuitatis. Castrens.ad l.venditor, ff. de Iudicijs. Ant.Burg.in c.vlt.nu.21.de empt. & vend. Socin.sen.in cons.91.nu.12.lib.3.Cagnol.in d.l.venditor, nu.21. Caballin.de euict.§.3.nu.127.Blanc.de Comptomissis, q.3. nu.49. vers. Assumens iudicium pro alio.

Probatur hæc sententia,quia hoc in casu verba statuti conueniunt,& causa ipsius statuti. Nam statutum mandat,causas & lites inter consanguineos comprimitti.Sed venditor,& litem instituens, sunt consanguinei, & litē habent inuicem,quia alter rem vindicat ab emptore, alter eum defendit,ac se opponit,atque ita inter se litigant & contendunt. Causa verò statuti hæc est, ut sine strepitu Iudicii, sine magnis sumptibus, sinusque, & facilius consanguineorum controuersiæ decidantur. Quæ quidē ratio,locum sibi vendicat & in hac specie.

Est autem vulgata iuris Regala ac trita. Quoties verba legis conueniunt, & ratio ipsius legis,non esse dubitā dum, quin & lex in ea specie conueniat, suamque uim exerceat.

Contrariam sententiam habuerunt Bal.& Sal. ad l.1, C.ubi in rem actio. Castr. sibi contrarius, in cons.178. libro 2.Ang.ad l.emptori,C.de euict. Alex. in cons.65.lib. 7. Io.de Arnono, Sing.70. Laurent. Syluan. in cons.49. numero 70.

Alij uerò distinguunt, utrum statutum mandet in arbitrum compromitti,an uerò in arbitratorem,ut per Angel. Aret.in Rubr.de except.nu.16.& per Syluan.d.cons. 49.nu.70.Sed magis probatur superior sententia. Porrò fundamentum contrariæ sententiæ positum est in eo, quod venditor ad defensionem emptoris accedens,sequi debeat Iudicem emptoris,vt in l.venditor,ff.de Iudicijs. Sed hoc argumentum non obstat,quia si venditor ad defendendum accedens,trahere posset causam ad alium iudicem, id eam ob causam tantum obtineret, quod dum emptorem defendit,Rei conuenti loco esse videatur. Actor autem forum rei sequi debeat. Sed quoniam Reus non est,sed defensor ipsius Rei conuenti,nempè emptoA ris,idcirco sequi debet emptoris Iudicem. At in proposita quæst.non eo fundamento nititur,quòd sit Reus conuētus,vel loco Rei conuenti habendus,sed quòd sit consanguineus Actoris,quod & verum est, & facit, vt lex municipalis seruanda sit.

CAPVT·XLII.

Vtrum uolens ex pacto rem redimere,precium offerre tantum debeat,an uerò etiam deponere.



Venditor ex lege venditionis rem vult redimere, vtrum satis ei sit precium offerre, an verò teneatur etiam illud deponere, controuersia est non modica.

Et quidem sufficere oblationem realem ipsius precii,responderunt Io.And.in addit. ad Spec. Rub. de empt.& vend.post prin.Bal.in l.acceptam,in 5.q.C.de vsuris,& ibidem Alber.col.2.Castr.ad l.2. C.de pact.int. B empt.& vend.& in l.si à te, C. eod.tit. Aret.in l.si seruus communis,col.1.ff.de vulg. & pup. Soc. sen. in cons. 80. col.3.lib.3.Cagnol.in Repetit.d.l.2.C.de pact. inter emptio.& vend.in 4.notabili. Marsilius Singul.479. Cassanæus consi 41.Boerius decis.124.nu.27.

Argumenta hæc sunt. Primum ex l.2.C.de pact. inter empt.& vend.vbi patet, ex oblatione precii facta, actionem competere, nec in textu sit vlla mētio depositionis.

Secundum argumentum ex l.si rem,9 §.vlt. ff. de pig. act.ibi.*Tamen si offeras in iudicio pecuniam, debes rem pignoratam, & quod sua est, consequi*. nec vlla fit mentio depositionis ipsius pecuniæ.

Tertium argumentum est ex l.qui decem,72. ff.de solutio. *Qui decem debet*,ait textus, *si ea obtulit Creditori, & ille sine iusta causa accipere recusauit*, &c. *doli mali exceptione posse se tueri*, &c.

Contrariam sententiam,nempè,solam oblationē non sufficere, sed requiri etiam depositionem, & obsignatio- C nem,secuti sunt Gl.in d.l.2.in uerbo,oblatam, Bar.& Salic.in l.si a te,C.de pact.inter empt.& vend. Idem Bar.in l.acceptam,C.de vsuris,Bal.in cons.108.lib.5. Petr. Anchar.in cons.331.col.1.Io.Andr.in ca. illo vos, col. ult.de pig. Mansuerius in tit.de empt.& vend.§. Item venditor ex pacto.

Argumenta hæc sunt. Primum ex d.l.si a te,ibi:*Denūciationis & obsignationis, depositionisque remedio contra fraudem poteris iuri tuo consulere.*

Secundum ex l.acceptam, C.de usuris: *Acceptam,inquit,mutuo sortem cum vsuris licitis creditoribus post contestationem offeras, & si non recipiant, consignatam in publico depone, &c.*

Tertium ex l.vlt.ff.de lege commissoria,ibi:*Die statuto emptor testatus est se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exoluere, & sacculum cum pecunia signatorum signis obsignauit.*

Quartum ex l.2.C.de iure emphyt. ibi: *Attestatione* D *præmissa pecunias offeras, eisq; obsignatis, & secundum legem depositis, minimè deiectionis timere periculum.*

Tertia est opinio distinguentium: Aut oblatio fit in iudicio,& sufficit,argum.l.si rem,§.vlt.ff.de pig.actio. Aut extra iudicium,& non sufficit: sed requiritur etiam depositio & consignatio,argumento aliarum legum, quæ pro posteriore sententia allatæ sunt. Ita Castr. in d. l. si ad te, & ante eum Petr.de Bellapertica,in d.l.2.

Postrema est sententia Andr. Tiraq.de retrac.conuēt. §.4.Gl.6.nu.4.Oblationē quidem realem sufficere, vt res ipsa redimatur, sed vt redimere volēs fructus ex die oblationis consequatur,necessarium esse depositionem,& obsignationem pecuniæ.

Ego sanè in hac cōtrouersia existimarem, sufficere realem oblationem precii,nisi aduersa pars recusaret accipere, tunc enim depositione pecuniæ opus esse iudicarem.

Moueor authoritate l.nec creditores, C.de pig.actio; ibi:*Reddita Iure debiti quantitate,vel his non accipientibus, oblata,obsignata, & deposita*, &c.

Moueor

Moueor præterea ex alijs legibus quæ superiùs allatæ sunt, & quę disertè requirunt eiusmodi depositionē & cō signationē, quoties creditor detrectat recipere pecuniā.

Nec me ab hac sententia deterrent Iuris loca pro contraria opinione relata. Nam quod attinet ad d.l.2.nec ibi negatur necessariam esse depositionem reluctante aduersario, & contrahentes in ea specie pacti sunt, & quandocunque venditores, siue hæredes eorum precium offerrent, fundus eis restitueretur.

Quod verò dicitur in d.l. Si rem, §.vlt.minimè obstat: quia creditor in ea specie pecuniam accipere non detrectabat, sed quęstio erat an pignus repeti posset, quia quantitas debita, non erat soluta creditori. Iurisconsultus respondit actionem competere ad pignus reluendum, debita pecunia oblata.

Ad l.Qui decem, ff.de solutio.respondeo, eo in loco nō agi, an debitor offerendo debitam pecuniam, actionem consequatur, sicut in casu nostro, sed an post oblationem periculum amissionis pecuniæ, pertineat ad ipsum debitorem, vel creditorem; Et ait textus ad creditorem pertinere, non enim est æquum, eum teneri pecunia amissa, qui non teneretur, si creditor eam accipere voluisset. Quanquam non desunt, qui existiment etiam in ea specie depositionem esse necessariam. Vide Decium in l.Quod te, in 2.lectura, nu.26.ff. Si certum petatur.

Solet etiam adferri textus pro contraria opinione, in l. Si per te, C.de vsuris. Sed nihil obstat: quia depositionem requirit, vt patet ex illis verbis: *Quod si etiam sortem deposuisti, exinde, ex quo id factum apparuerit, in vsuras non conueneris.*

CAPVT XLIII.

Quodnam sit precium iustum annui census.

HOc caput Italis meis scribo, non Germanis, apud quos Cæsarea lege definitum est, iustum annui census precium esse, cum in singula centena quinque constituuntur, vt constat ex Andr. Geyll.lib.2. Obseru.c.7. Quod quidem alibi non ita definitum est, & apud Doctores maximè controuersum.

Instum esse precium primo loco annui census cùm decem in singula centena dantur, responderunt multi, quos citat Tiraquell. de retractu consang.§.1.Glos.6.num.17. Anton. Tessaurus decisio. Pedem. 154. Benedictus Bonius de Censib.lib.1.artic.8.& eorum fundamentum est in Extrauag.Martini V.tit. de empt.& vend.necnon Calixti, ibidem relata, & Nicolai V. ad Alphonsum Aragonum Regem, eiusque subditos citrà & vltrà Pharum Siciliæ constitutos directa, in quam Commentaria scripsit Petrus Follerius. Adstipulatur & doctrina Bartoli in l.In lege Falcidia, 45.ff.ad leg.Falcid.& in l. Papinianus, §. Vnde si quis, ff.de inoff.testam, quibus in locis docuit interusurij æstimationem esse decem pro centum.

Sed hæc sententia solidum non habet fundamentum; quia Martini & Calixti Constitutiones non definiunt generaliter id esse iustū annui census precium, sed statuunt, eos contractus censuum, qui in Dięcesi Vratislauiensi frequentabantur, esse licitos. Fiebant autē in hunc modum, vt ibi Martinus Pont. Max.commemorat: *Ad rationem, & pro qualibet marca annuus census decem, vndecim, tredecim, quatuordecim marca, aut plus vel minus, secundùm temporis qualitatem, prout ipsi contrahentes inter se conuenerant;* Quibus verbis significatur, aliquando decem in singula centena fuisse constituta, aliquando nouem, aliquando octo, aliquando septem, & quandoque sex. Sed licet Summus Pōtifex ex relatione Cardinalis, cui negotium illud fuerat cum peritiorum consilio demandatum, comperit contractus eos iuridicos & licitos fuisse, vt ipse dicit in dicta Constitutione, non tamen efficitur, alibi quoque generaliter ita esse statuendum, vt nulla locorū, temporum, personarum habita ratione, iustum annui census

A precium reputetur, cùm in singula centena decē dantur. Quamobrem extra prouincias illas extendi non posse memoratas Constitutiones responderūt Alciatus in cons.3. n.3.Natta in cons.498.Gratus cons.39.lib.2.Aret.cōs.30.

Quod verò attinet ad Nicolai V.Constitutionem, eā pertinere ad Regem Sicilię, & eius subditos, patet ex eius tenore, & testatur optimè Io.Bapt.Lupus ad l.2.C. de pactis inter empt. & vend.Comment.2.§.2.num.86.

Secunda est opinio, iustum esse preciū quantum ascendit cumulus pensionum, quindecim annorum, Argu.l.Si quis argentum.§.Sin aūt donator, C.de dona.quā sententiā cōsuetudine Montargiensiū & Loruiensium receptā esse testatur Tiraquell.loco annotato. Sed cùm decisio dicti §.Sin aūt donator, in donatore paupere loquatur, nullum ex ea fundamentum sumi potest firmum, sicuti adnotauit Couuar. Variar.resol.lib.3.c.9.nu.6.

Tertia est sententia, quinq; pro centum, esse iustū annui census precium, Glos.in auth. Perpetua, in ver.Iusta,
B C.de sacrosanct.Eccles. & ibi Castrens.Rom.in cōs.423. Cepolla de simula.contract.in 3.Præsumpt.Guido Papę, in consil.180. & alij à Tiraquello citati de retractu consang.§.1.Glo.6.nu.19.

Nititur hæc sententia textu in §. Si verò alicuius, in Auth. de non alien.reb. Eccles. qui non facit ad rem nostram, loquitur enim de emphyteusi rei Ecclesiasticæ ad certum tempus concessa, preciosę quidem, sed modici reditus, sicuti adnotarunt Couuar.lib.3.Variar.resol.ca.9. nu.5. & Lupus loco superiùs citato, nu.77.

Quarta est sententia, sed nullo nixa fundamento, sex pro centum, iustum precium constituere. Ita Laurentius de Rodulphis in Commentarijs de vsuris, 2.parte, quæst. 12. Parisius in consil 60.nu.29.lib.1.

Quinta est sententia Couuar. loco suprà citato, obseruandam esse hac in re prouincię consuetudinem, communemque hominum æstimationem, secundùm quā rerum precia definiri solent, l.Precia rerum, ff.ad leg.Falcid.

C Sexta est opinio Io.Baptis.Lupi in sæpè citatis cōmentarijs ad l.2.C.de pact.int.empt.& vend.comment.2.§.2. nu.79. Iustum esse precium annui census illud, quod æstimationi rei, super qua constituitur, & fructibus, qui ex ea percipiuntur, respondet & conforme est.

Eandem sententiam probat Iacob.Menoch. in consil. 445.nu.11.lib.5.Eiusdem sententiæ mihi vr̃ esse Martin. Nauarr.in cōmentarijs de vsuris, ante nu.86.vbi in hanc rem perpendit verba Constitutionis Pij V.quibus dr̃ censum constituendum esse super re frugifera. *Quamuis,* inquit Nauarrus, *non dicat* (Pontifex Maximus) *quanta frugis debeat esse, satis tamen significat, quod debeat esse tanta, quātus est census, alioquin non satis aptè diceretur frugifera.*

Hanc sententiam ego cæteris omnibus facilè antepono, quia manifestam habet rationem. Sed animaduertendum esse iudico ex eiusdem Pij V.Constitutione, ita censum creari posse & constitui, vt semper in potestate venditoris census positum sit, eundem censum redimere.

D Constat prætereà venditorem census nec dominium, nec possessionem amittere illius rei, super qua fit census. Qua propter iustum esse precium existimarem etiam illud, quod rei æstimationem, & fructus ex ea percipi solitos excedit. Etenim pactum illud reluendi ex communi omnium sententia diminuit iustam rei venditæ æstimationē, vt patet ex traditis per Socin.in cons.16.lib.1.Couuar. Variar.resolut.lib.3.c.10.Rolan.à Valle, in cons.96.n. 38.lib.2.& alios passim. Itaque, si v.g.quinq; pro centum ex re censui supposita percipiatur, iustam tamen eam esse conuentionem arbitror, qua septem annua, vel etiam octo emptori census præstantur. Nam si rem ipsam emisset liberè & absque onere reluitionis, quinque annua ex ea percepisset, præter alia commoda, quæ ex prędijs & rebus frugiferis percipi solent. Atque hanc sententiam iuri & æquitati consentaneam fuisse iudicatam à Summo Pontifice Gregorio XIII. ex testibus fide dignis ac religiosis accepi: idque in Ecclesiastica ipsa ditione passim ferè obseruatur.

CA-

CAPVT XLIIII.

Vtrum annuus census necessariò constitui debeat super certis rebus frugiferis.

ET hoc caput Germanis mihi carissimis patũ vsui esse poterit, apud quos consuetudine receptum esse, vt cẽsus tàm super certis, quàm super incertis rebus, immò & super personali obligatione constitui possint, testis est Andr. Geyll. lib. 2. Obser. 7. nu. 13. Sed tamen iuuat illud in disputationem reuocare, quòd satis celebris ea de re sit controuersia.

Et quidem eorum sententiam magis probo, qui super certis rebus sui natura frugiferis census esse constituendos existimarunt. His etenim adstipulatur Pij V. Pontificis Maximi autoritas, cuius ea de re extat Constitutio edita anno 1568. 14. Kal. Februarij, præter Mart. & Calixti editas Constitutiones, de quibus in Extrauag. de empti. & vend. in illis verbis: *Super bonis suis, dominiis oppidis*, &c. Et rursus ibi: *Super eorum bonis, domibus, agris, prædiis, possessionibus*, &c. Authores autem huius sententię fuat Io. de Lignann in c. In ciuitate, de vsuris, & in c. vlt. quæst. 1. eo tit. Aretin. in cons. 151. col. 3. Abbas Panor. in disputatione 5. col. vlt. Laurentius de Rodulphis in c. consuluit, in c. ex parte, quæst 12. Angelus in Summa, in verbo, Vsura, nu. 78. Cassanæus in Catalogo Gloriæ mundi, parte 12. Consideratione 98. Fallen. 25. & in cons. 63. nu. 6. S. Antoninus in Summa, in 2. parte, tit. 1. c. 8. §. 10. Ioan. Bapt. Lupus Geminianus, ad l. 2. C. de pactis inter empt. & vend. comment. 2. §. 2. nu. 63. Martinus Nauarrus in Commentarijs de Vsuris ante num. 86.

Contrariam sententiam habuerunt; Scilicet etiam super personali obligatione posse constitui, Conradus de Contractibus, quæst. 74. & 75. Io. Medina de restitutione, quæst. de Censib. col. 5. Dominicus Sotus de iust. & iure, lib. 6. q. 5. artic. 1. Couuar. lib. 3. Variar. resol. cap. 7. nume. 5. versic. Ego sanè.

Argumenta hæc sunt. Primum argum. Census constitui potest super certis bonis, ita, vt eis peremptis, venditor nihilominus ad annuam pensionem teneatur. Huiusmodi autem obligatio non est alia quàm personalis. Ergò nihil prohibet, quò minus super persona constitui possit.

Assumptio probatur ex Constitutione Martini & Calixti, in Extrauag. de empt. & vend.

Respondeo, eas Constitutiones id non dicere. Verba Cõstitutionis Summi Pontificis Martini hæc sunt, quod ad hanc rem attinet: *Sed ad hoc huiusmodi census venditores inuiti, nequaquam per emptores arctari, vel adstringi valerent, etiam ipsis possessionibus, & bonis obligatis penitus interemptis, seu destructis.* Verba Calixti hæc sunt: *Sed iidem ementes etiam si bona domus, terræ, agri, possessiones, & hæreditates huiusmodi processu temporis ad omnimodam destructionis, seu desolationis reducerentur opprobrium, pecuniam ipsam etiam agendo repetere non valerent.*

Quibus verbis hoc summi Pontifices decernunt, vt re perempta, perimatur etiam actio ad sortem repetendam. Sed non inde sequitur, actionem ad censum annuum rebus etiã peremptis saluam remanere, Id non dicunt textus dictarum Constitutionum, Immò cùm ad sortem repetendam extinguatur actio, videtur etiam in consequentiam extingui ad census annuos petendos, qui propter ipsam sortem pecuniæ præstantur.

Secundum argumentum. Licet alicui gratis se obligare ad annuam pensionem alicui præstandam, Ergò & data pecunia licebit.

Respondeo, nego consequentiam, sicut si quis ita argumentaretur. Potest quis donare cuipiam aliquid ex liberalitate; Ergò donare potest etiam propter pecuniam ab eo mutuatam.

Tertium argu. potest quis locare certa mercede constituta operas suas, l. Qui operas, l. In operis, ff. locati, Ergò

A & eas vendere, certo precio constituto. Videtur autem quis operas suas vendere, dum se ad præstãdum annuum censum obligat, certa pecuniæ summa accepta.

Respondeo negando, operas in proposita specie vendi. Quid enim, si obligatus ad censum idoneus non sit ad operandum? Quid si idoneus sit quidem, sed non tanti æstimandæ sint operæ, quantũ census nomine pręstat? Quid si infirmus sit, & ex eo nulla prorsus speret opera?

Quartum argumentum. Quoties super certis rebus census constituitur, persona tamen principaliter videtur esse obligata, ideoque & re perempta manet obligatio personæ, argum. l. creditor, 28. ff. si certum petatur. Igitur æquè potest super ipsa personæ obligatione census fundari, atque super ipsis rebus. Immò iustior esse vr̃ contractus, quo persona tantùm obligata sit, & vtilior emptori.

Respondeo, personam quidem esse principaliter obligatam, sed tamen super certis rebus constituendum esse censum, vt pecuniæ amittendæ re perempta, vel infrugi-
B fera reddita, periculum emptor subeat, sic enim contractus à fœneratitio mutuo euidenter erit alienus, ac proinde licitus. Cùm alioqui personalis obligatio rei peremptione non tollatur, l. incendium, C. si cert. petat. Sed dũ dr̃, ergo æquè bene super persona, &c. Negatur, quoniam super rebus fit, non tantum vt eæ sint emptori obligatæ, sed ẽt vt subiaceat alicui periculo census, nempe vt re perempta, & ipse perimatur. quod vnà cum alijs conditionibus à Pio V. Pontifice Maximo requisitis, facit, vt contractus magis licitus, & minus suspectus iudicetur.

CAPVT XLV.

Quis contractus esse dicatur, cùm pro re datur res, & simul etiam pecunia, & an dicatur esse permutatio, cùm res, siue species certa datur pro incerta, vel incerta, pro incerta.

C CVm ex vna parte contrahentium res datur, vt res accipiatur, & simul etiam pecunia, disputari solet, quisnam contractus censeatur. Prima est sententia eiusmodi contractum esse innominatum. Ita Bartol. ad l. 1. ff. de rer. permut. Fulgos. & Iason ibid. Imola, & Ludouic. Rom. ad l. Aristo, ff. de donation. Idem Roman. in cons. 86. Io. Berberius in viatorio Iuris, rubr. de rer. permut. col. 2. Guido Papæ decis. 92. Firmian. in tract. de Gabellis 3. parte, 8. partis princip. quæst. 2. vers. Item an habeat. Ripa ad l. 2. ff. si certũ petatur, in vlt. col. Cotta in Memor, in verbo, Contractus an in dubio. Tiraq. de retractu consang. §. 30. Glos. 1. num. 36. Pinell. ad l. 2. C. de rescin. vend. in 2. parte, cap. 2. nu. 5. Anton. Gomes. variar. resol. tit. de contract. cap. 2. num. 10.

Fundamentum est in eo, quòd cùm incertum est, quis contractus appellari possit, innominatus esse censeatur; & iccirco præscriptis verbis agendum sit, l. 1. ff. de tribu-
D tor. actio. l. 1. & 2. ff. de præscript. verb.

Secunda est opinio, huiusmodi contractum venditionem censeri, quoniam id videtur esse fauorabilius, ita Bald. in prælud. Feud. nu. 11. Alex. ad Bart. l. Si in empt. ff. de contrah. empt. Fabian. à Monte de empt. & vend. in 2. quæst. princ. nu. 23.

Tertia est sententia, hanc rem diiudicandam esse, non ex nomine, quo contrahentes vtuntur, sed ex substantia, & qualitate ipsius contractus; Nam si exempli gratia res detur, vt alia res accipiatur, & simul etiam precium modicum, & longè minus, quàm sit ipsa res, talis contractus erit permutatio, non autem venditio, licet res & precium intercesserit. Ita Castren. ad dictam l. Aristo, ff. de donation. Antonius, Gomesius & Tiraquell. locis annotatis.

Quarta est opinio Francisci Connani lib. 7. Commen. Iuris. titu. de rer. permut. nu. 3. Id sequendum esse, quod contrahentes præcipuè voluerunt, eamque voluntatem ex magnitudine quidem precij iudicandam, sed non

ex solo

ex 'olo excessu, quia potest tam paruus excessus esse, ut in fraudem vēditionis permutatio fieri videatur, id quod iudicio prudentis Iudicis æstimabitur.

Quod si vectigal aliquod pendendum sit, vel canon emphyteuticus de rebus emptis, existimat Connanus hæc ad viuum esse relecanda, & quatenus interuenit pecunia, venditionem esse iudicandam, quatenus res interuenit, permutationem.

Quinta & postrema est sententia, hunc contractum partim esse venditionem, partim permutationem, ita Alciatus ad l. 2. nu. 18. ff. de verb oblig. Idem ante eum subobscure tamen dixerunt Specu. titu. de rer. permut. vers. Si verò res. Cyn. ad l. Quæritur, ff. de statu hominum. & ibi ēt Ang. necnon Castr. in l. Aristo. n. 3. ff. de don. Eandem sñiam secutus est Couu. Variar. resol. li. 2. c. 3. n 9. & nouissimè Federic. Scotus ad l. 1. ff. si cert. petatur.

Ex his sententiis hæc postrema videtur mihi probabilior, sed & tertiam sententiam magnopere probo. Procōfirmatione autem adferri possunt leges, quibus patet nō esse nouum, vt aliquis contractus partim venditionis, partim donationis nomine censeatur, l. cum hic status, §. pen. l. si sponsus. §. circa, ff. de donat. inter virum & vxorem, l. Aristo, de donation. Et cum in hac facti specie omnia interueniant, quæ ad venditionis & permutionis cōtractum perueniunt, nempè, res pro re, & simul etiam precium, haud dubium esse potest, quin ex ea parte, qua precium interuenit, contractus ad venditionem referendus sit, & quatenus res datur, vt altera eius vice accipiatur, ad permutationem, nisi precium ita sit exiguum, vt eius habenda ratio non videatur ad constituendum ex eo contractum.

Nec Pinelli argumenta, hanc sententiam refellere conantis aliquo pacto me mouent. Inprimis adfert l. Si in emptione, 34 ff. de contrahen. empt. in illis verbis: *Nec refert quanti sit accessio, siue plus in ea sit.*

Respondeo, sensum esse, id, quod accedit deberi, quantumcunque sit, quia plerunque res propter accessiones emuntur. Debetur autem id, quod venditor intellexit, quia debitoris est electio, cum aliquid in genere debetur vt frustra Cuiacius lib. 1. Obsern. ca. 10. tentauerit, loco venditoris, substituere emptoris. Sed accessio in ea lege non mutat speciem contractus, vt in proposita quæstione. Quare ad hanc rem non pertinet ille textus.

Secundò adfert tex. in l. fundi partem, 79. ff. eo. titu. & in l. 6. §. 1. & in l. si sterilis, §. si tibi, ff. de actio. empt. in quibus legibus, inquit Pinellus, Iurisconsulti venditionem appellant, cum datur pecunia, & alia res, nec distinguunt quid ex his excedat, & quantum.

Respondeo. Quod attinet ad d. l. fundi partem, ibi nō dicitur venditionem factam fuisse certo precio constituto, & simul etiam alia re data, sed lex loquitur de venditione, cui pactum accessit, vt emptor alteram partem fundi conductam haberet, atque ex empto actionem dari, vt pactum impleatur, quæ res toto distat cælo à quæstione nostra.

Eadem responsio valet ad d. l. 6. §. 1. in qua agitur de pacto venditioni adiecto, non autem de precio, & alia re: *Si vendidi*, inquit, *tibi Insulam certa pecunia, vt aliam insulam reficeres, agam ex vendito, vt reficias.* Eodē modo loquitur l. si sterilis, §. si tibi.

Est & altera controuersia, sit ne permutatio etiā quando res incerta datur pro incerta, vel pro certa.

Affirmant Deci. ad l. 2. ff. si certum pet. nu. 18. Alciat. ibid. nu. 25. Zasius, nu. 4. Curt. iun. 29. Buticella, num. 37. Feder. Scot. nu. 124. & alij quos commemorat Pinell. ad l. 2. C. de resein. vend. in 2. parte rubr. c. 1. nu. 10.

Negant verò Glos. in l. 1. C. de rerum permut. in verbo, Postulatis, Bart. ad l. 1. in 3. q. ff. eod. tit. & in l. 2. ff. si certum pet. & ibid. Castrens. Iason, nu 8. Ripa, nu. 25. necnō & nouissimè Viglius.

Fundamentum habet hæc posterior sententia in ijs legibus, quibus agitur de permutatione, & mentio plerumque fit rei certæ, vt in l. 1. l. quoniam, l. emptionem, C. de A rer. permut. & in l. 1. ff. eo. tit. Contra verò cum res in genere datur, vt res accipiatur, contractus est innominatus, l. 4. §. 1. ff. de præscript. verb. Accedat, inquit Iason, q; permutationis verbum significat quandam perfectam mutationem, quæ maximè est, cum vnā species cum altera commutatur.

Sed istis nil morantibus, priori sententiæ magis accedo, quæ probatur ex l. vlt. C. de rer. permut. vbi patet permutationem esse, cum aliquid menstruum in genere, vel annuum præstandum est.

Secundò probatur ex l. 1. ff. de contrahen. empt. vbi patet permutationem appellari cum agitur, vt pro toga data, recipiatur tunica, vel ferrum pro vino, & sic in gnre.

Tertiò ex l. 4. §. 1. ff. de præscript. verb. ibi: *Sin autem do rem, vt rem accipiam* (in genere) *quia non placet permutationem rerum, emptionem esse*, &c. Quibus verbis permutatio appellatur, vt patet.

Postremò probatur ex ipsa Rubrica, quæ inscribitur B de rerum permutatione, & sic in genere, non autem de specierum permutatione, & sic rerum certarum, quicquid diuinando Ripa responderit.

Ad argumenta contrariæ opinionis respondeo, meritò appellari permutationem rerum, seu specierum certarum in dictis ll. non tamen infertur secus esse statuendum in rebus incertis, nec id negant ll. allegatæ. Quod vero dicebat Iason, nullius est momenti, quia cum res in genere promittitur, & contractus effectum sortitur, tunc res certa datur, vt dicebant Dec. & Federic. Scot. locis annotatis.

CAPVT XLVI.

Quomodo probetur minorem, vel pupillum locupletiorem factum esse ex contractu, vel etiam maiorem.

MInorem viginti quinque ánnis prædium alienatum vindicare posse, nec ad precium restituendum obligari, nisi in eius vtilitatem versum sit, docet l. prædiorum, C. de prædiis minorum, & minorem esse restituendum aduersus contractum, nisi factus sit ex eo locupletior, prę sertim vbi pecuniam fęnori acceperit, docet l. 1. & 2. C. si aduersus creditorem.

C

Constat etiam, pupillum contrahentem non obligari, nisi, quatenus locupletior factus est, l. vlt. C. de vsuca. pro emptore, l. patri, §. item ex diuerso, ff. de minoribus. Sed & bonæ fidei possessor tenetur petitione hæreditatis, in quantum factus est locupletior, l. item veniunt, §. præter hæc, & l. Vtrum, ff. de petition. hæred. Controuersia est igitur, quomodo probetur quempiam factum esse locupletiorem?

Prima est sententia eorum, qui existimant, id ex eo probari, quod pecuniam ad aliquem peruenisse probetur, nisi ipse probet se eam malè consumpsisse. Ita Glos. in D l. Vtrum, in verbo consumpsisse, ff. de petitio. hæredit. necnon Angel. ibid. Fulgos. ad l. sed etsi lege, §. Quod autem, ff. eo. tit. Rom. in cons. 149. nu. 2. Anchar. in cons. 5. nu. 1. Alex. in cons. 63. n. 5. lib. 2. Corn. in cons. 72. nu. 9. lib. 3. Dec. in l. ex pœna lib. nu. 5. de reg. iur. Io. Crotus in cons. 1 r. nu. 48. lib. 1. Rum. cons. 24. ad fin. lib. 1. & in cōs. 29. ad fin. lib. 2. Socin. sen. in cons. 24. nu. 41. lib. 1. & 159. nu. 19. lib. 2. Socin. iun. in cons. vlt. nu. 39. lib. 1. Berous in cons. 44. n. 6. & nu. 16. lib. 1. Gozadin. in cōs. 94. n. 7. Ant. Gabriel. lib. 1. commu. concl. tit. de probat. concl. 7. n. 16. Io. Lup. in Rubr. de donatio. int. vir. & vxor. §. 48. nu. 1. Alios citat Mascardus de probat. vol. 3. concl. 1164.

Fundamentū est, quia nemo præsumitur iactare suū, l. Cum de indebito, ff. de probatio. Icirco non præsumitur quis consumpsisse pecuniam, sed potius locupletior factus, l. si defunctus, C. arbitrium tutelæ. Imo præsumitur res extare adhuc, & non esse consumpta, argumento l. si creditor, C. de pignorat actio. & corū quę tradit Bart. ad l. si quis ex argentarijs, §. An vero, ff. de eden.

Huç

Huc accedat tex. in l. quod si minor, §. restitutio, ff. de minor. & in l. 1. C. de reputatio. quibus in locis dicitur minorem restituere debere pecuniam, quæ ad eum peruenit, nisi quis sciens eum consumpturum, dederit.

Sed contrariam sententiam, nempè pecuniam consumptam præsumi, & idcirco probandum esse conuersam fuisse in vtilitatem accipientis, amplexi sunt Ange. sibi parum constans in consi. 160. circa fin. Dec. ad l. certi condictio, §. quoniam, nu. 3. ff. si cer. pet. Ruin. in cons. 204. nu. 15. lib. 1. & in cons. 91. nu. 6. lib. 5. Iason ad l. Ne sennius. §. fundum. nu. 4. ff. de re iud. Fely. in c. de quarta. col. 10. vers. Secunda restrictio. de præscr. Curt. sen. in cõsil. 72. col. 4. vers septima conclusio. Curt. iun. in cons. 6. nu. 26. & nu. 28. Castr. in cons. 247. nu. 6. lib. 1. Gomes. in §. actiones. nu. 21. Inst. de act. Alciat. in d. l. certi condic. §. quoniam. nu. 10. Cagnol. in l. ex pęnalib. nu. 3. de reg. iur. Hyppolit. Riminal. in §. vlt. nu. 72. in Inst. quibus aliena re non licet. & in consi. 43. lib. 1. Menoch. de præsumpt. lib. 6. præsump. 27. nu. 6. & de recup. poss. remed. 15. nu. 568. Crauetta in cons. 550. nu. 16. lib. 3. Alios citat Mascar dus loco superius annotato.

Argumenta sunt illa. Primum ex eo, quod docet Glo. communiter recepta in l. vlt. C. de vsucap. pro empto. Nēpe probari quempiam esse factam locupletiorem, si probetur pecuniam extare apud eum, qui accepit, aut in sumptus necessario erogatam, aut aliquid ex ea emptum.

Secundum argumentum est ex l. in pupillo, ff. de solutio. dum ibi dicitur, tempus litis contestatæ inspiciendū esse, vt sciatur, an aliquis factus sit locupletior. Ergò non sufficit probare, pecuniam ad eum peruenisse.

Tertium est ex l. vtrum, ff. de petitio. hęred. dum ibi dicitur, verbum *peruenissent*, accipiendum esse cum effectu, s. si bonæ fidei possessor ex eo factus sit locupletior.

Quartum est ex l. prædiorū, & ex l. si prædiū, C. de prędijs minorū, in illis verbis; *Pro ea dumtaxat parte te conueniri permittet, quā in facultates tuas erogatā eē cōstiterit.*

Quintum ex l. 1. & 2. C. si aduersus creditorem, in illis verb. *Nec doceri potuisse, ex eo contractu locupletiorem esse factum.* Item ibi, *Nec ea in rem tuam versa est*, &c.

Tertia est sententia distinguens. Aut contractus nullus est cum pupillo, vel Minore initus, & tunc is, qui dicit eum locupletiorem factum, id probare debet aliunde quam ex eo, quod pecunia ad eum peruenerit. Aut contractus initus valet, sed minor petit se restitui, & tūc sufficit probare, pecuniā ad eum peruenisse, eiq; onus probādi incumbit, pecuniam malè fuisse insumptam. Ita gl. in l. prædiorum, C. de prædijs minor. & ibi Barto. qui tamen dicit id non procedere in pecunia fęnori accepta.

Eandem sententiam secuti sunt Bald. Salic. & Angel. ibi. Socin. sen. in cons. 115. col. vlt. lib. 2. Hyppol. Rimin. in d. cons. 43. nu. 9. lib. 1.

Aliam hac in re distinctionem adhibet idem Bar. in l. 1. C. si aduersus creditorem, quam placuisse multis, testatur Pinell. ad l. 2. C. de rescin. vend. in 3. part. c. 1. nu. 27. *Quandoque*, inquit Bar. *minor repetit rem suam alienatā, dicens contractum ipso iure nullum, reus autē vult retinere rem, dicens precium conuersum in vtilitatē minoris, & tunc reus probare debet minorem locupletatum, ita loquitur l. si prædiorum, C. de prædiis minorum. Quandoq; minor repetit rem suam per restitutionem in integrum, vel alias petit se restitui, & tunc aduerte, quia si minor dicit se læsum in eo, quod vendidit, quia non expediebat sibi vendere, aduersarius vult retinere rem pro precio, quod dedit minori, quod est versum in vtilitatem minoris, tunc aduersarius debet probare minorem locupletatum, quia est causa suæ exceptionis, l. patri, §. 1. & 2. ff. de minoribus, l. si res, §. 1. de iure dot. Quādoque minor petit se restitui, quia læsus est in eo, quod preciū perdidit, & tunc debet ipse probare se perdidisse, quia est causa suæ intentionis, l. Minoribus, C. de in integr. restit. l. nam & postea. §. quod si minor, ff. de iureiur. fallit in fœneratore, hic est casus;* Hactenus Bar. idem pręclare docet Duaren. ad tit. C. si aduers. creditorem.

Postrema est sententia Pinelli ad l. 2. part. 2. cap. 4. nu.

A 66. Aut versamur in contractu cū minore facto, & tunc probandum est minorem fuisse locupletatum aliundè, quam ex eo, quòd pecunia ad eum peruenerit. Aut versamur in contractu facto cum maiore, & tunc si probetur pecuniam ad eum peruenisse, eo ipso locupletior factus probatur.

Ego sanè in eorum sentētiam sum proclinior, qui simpliciter docent. probandum esse pecuniam in vtilitatem versam, ita vt non sufficiat probare, pecuniam ad minorem, vel alium, peruenisse: Si enim ex eo, quòd pecunia ad aliquem peruenerit, præsumeretur ex ea factus locupletior, nō erat opus, vt illud à lege requireretur, nempè, ex ea pecunia, vel alia re, quæ ad quempiam peruenit, eū factum esse locupletiorem, sed dicendum erat eum teneri, nisi probaret se cōsumpsisse. Solet enim iuris præsumptio onus probandi in eum transferre, contra quem viget, l. non est verisimile, ff. de eo quod met. causa. At leges requirunt probationem. Id patet ex legibus pro hac sen-
B tentia superius citatis. Sed satis diserte id patet ex l. si sine §. interposito, ff. de admi. tut. vbi text. ita dicit. *Quæro an cum ex hac venditione melior factus non sit, neque in rem suam quicquam versum probetur. precium emptori restituere non debeat?* &c. Quibus verbis apparet id probari oportere, nempè, precium in vtilitatem versum. quod certè probandum non esset, si præsumeretur versum ex eo, quod solutum fuisset minori. Similiter in l. patri, §. item ex diuerso, ff. de minoribus, ait text. *Iuuenis autem eatenus ex precio reddere, quatenus ex ea pecunia factus est locupletior.* Sed & ex l. Vtrum, ff. de petit. hær. manifestum euadit, ex eo, q̃ res ad aliquem peruenerit, non statim præsumendum, eum ex ea locupletiorem factum. Sic. n. textus: *Et verbum quidem peruenisse ambiguum est. Solum ne hoc cōtineat, quod prima ratione fuit, an verò & id, quod durat, & puto sequentem Clausulam Senatusconsulti sequēdam* (Nempè, eam quæ requirit, vt ex eo, quod peruenit, factus sit locupletior, vt in l. item veniūt, §. eos, ff. eo. ti.)
C *Etsi hæc sit ambigua, vt ita demum computet, si factus sit locupletior.*

Quare id quod simpliciter est dictum in l. quod si minor, §. restitutio, ff. de minor. & in l. 1. C. de reputatio. & alibi, minorem precium, quod ad eum peruenit, restituere debere, intelligendum erit, si ex eo factus est locupletior, cuius interpretationis autorem habeo Iacobū Cuiacium ad lib. 1. Sententiarum Pauli, titu. de Minoribus, is enim in hanc sententiam omnes leges accepisse videtur, quę minorem in integrum restitutum, ad precium restituendum, condemnant.

Porrò, illa legis notissima præsumptio; neminem iactare suum, ad hanc speciem accommodari nō potest, quia lex requirit probationem, nec illa præsumptione contenta est, vt patet ex legibus allegatis.

CAPVT XLVII.

D *Vtrum is, cui plures res sunt obligatæ à diuersis possessæ, contra vnum ex possessoribus agere possit in solidum, an vero conuenire omnes debeat pro rata.*



DVm controuertitur, an is, cui plures res obligatæ sunt à pluribus possessoribus detentæ agere possit hypothecaria contra vnum, an verò omnes simul pro rata conuenire debeat, adfertur pro decisione text. in l. Moschis, ff. de iure fisci, cuius autoritate omnes possessores pro rata conueniendos docent Ioan. Faber, in §. item si quis in fraudem, n. 26. in Inst. de act. Cassanæus in Consuet. Burgund. rub. 5. §. 2. nu. 37.

Et Afflictus ad Const. Neapolit. lib. 1. Rubr. 17 num. 26. hanc sententiam æquiorem esse dicit, ideoque seruari in Regno Neapolitano.

Sed contraria sententia semper mihi probabilior visa est, nempe possessorem quemlibet in solidū conueniri posse.

ri posse. Huius sententiæ autores habeo Bart. in d. l. Moschis. Specu. de oblig. & sol §. 1. nu. 46. vers. Item debitor meus. Iasonem in §. Item si quis in fraudem, nu. 128. Instit. de act. Negusantium de pignor. 1. membro, 8. partis princip. nu. 50. Couuar. lib. 3. variar. resolut. c. 7. nu. 7. Io. Bapt. Lupum, Geminianũ, ad l. 2. C. de pact. inter empt. & vend. Comment. 2. §. 2. nu. 68 Et probatur ea ratione, quia & omnes res obligatæ sunt creditori, & nulla est lex quæ talem diuisionem inducat. Immò verò Iurisconsultus facit ab hac sñia in d. l. Moschis, ĩ illis verbis. *Aequũ putauit Imperator, prius hæredes cõuenirı debere, deinde in reliquum possessorem omnem.* Ego interpretor, *possessorem omnem*, non collectiuè, vt loquitur, sed distributiuè, Ita vt sensus sit, quemlibet possessorem conueniri posse, si enim pro rata contra quemlibet instituenda esset actio, Iurisconsultus dixisset, omnes possessores conueniẽdos esse pro rata. Atque ita sentio,

CAPVT XLVIII.

Proponuntur duæ Controuersiæ, circa Pontificis responsum, in c. nauiganti, de vsuris.


GRegorius IX in c. nauiganti. de vsuris, scribit in hęc verba: *Nauiganti, vel eunti ad nundinas certam mutuans pecuniæ quantitatem, pro eo, quod suscipit in se periculum, recepturus aliquid vltrà sortem, vsurarius est censendus*, Ex hoc responso duæ existunt controuersiæ. Altera ea iuris Cæsarei legibus, quibus huiusmodi nauticum fęnus approbatur. Est inquam controuersia, an leges Ciuiles videantur esse sublatæ. Altera est controuersia, an in dubio, talis mutuans præsumatur non aliter mutuaturus fuisse, nisi propter periculum aliquid vltra sortem accepisset, & consequenter vsurarius censendus sit.

Quod attinet ad primam, Iure Canonico sublatas esse Cæsareas leges propter hunc Canonem Gregorij, respõderunt Hostiens. in Summa, de vsuris, vers. In alijs autẽ casibus omnibus. Io. de Anania, in d. c. nauiganti, Salic. in Auth. Ad hæc, C. de vsuris. Ioan. Faber, in Rubr. C. de nautico fœnore. Anchar. in Reg. Peccatum, quæst. 5. de regu. iur. lib. 6. Guido Papæ, in tract. de Contract. nume. 18. Benuenutus Stracha, de assecuratio. in præfatione, num. 27.

Sed contrariam sententiam habuerunt Modern. Paris. de Contract. q. 3. & Adrian. in tract. de vsuris, existimantes Pontificem Gregorium loqui cum vani periculi occasio prætexitur, vt eo colore quæsito, creditor aliquid vltra sortem lucretur in fraudem vsurarum, licet verè nullum subeat periculum. A qua quidem sententia non procul abesse mihi videtur Nauarrus in Manuali Confessar. cap. 17. nu. 284. sic enim ait: *Gregorio Pontifici maximo animum fuisse obuiandi quamplurimis vsuris palliatis, quæ fiebant mutuando cum assecuratione, suscepto pro ea precio quamplurimis, qui volentes sibi mutuari,* D *& non inuenientes, qui gratis mutuarent, fingebant se velle traiicere pecuniam in alias terras, & velle eas sibi assecurari, addito precio iusto, quo inuenirent mutuatores. Obuiauit autem inducendo præsumptionem Iuris, & de iure, qua, qui id faceret, præsumeretur vsurarius, & ita non dixit eum, qui hoc faceret esse vsurarium, sed censendum, hoc est, præsumẽdum esse vsurarium. Quæ prouisio digna fuit sanctitate, & eruditione Gregorii IX. & firmatur ratione prædicta, per quam soluuntur argumenta, per quæ prædicti, & etiam nos intellectum cõmunem reliquimus.* Hactenus Nauarrus, qui & in consil. 21. tit. de vsuris. sententiæ huius suæ mentionem facit aliqua declaratione adhibita.

Cæterum, omissis aliorum sententijs, hæc est communis Doctorum interpretatio & conclusio; Licitum ac permissum esse mutuum ea lege, vt mutuanti aliquid vltra sortem detur, propter periculum amissionis sortis. Quod vero Gregorius respondit, ita esse accipiendum, cum mutuans non aliter mutuaturus esset, nisi fieret ea

A conuentio de periculo suscipiendo, & de soluendo aliquid ob eam causam vltrà sortem. Talis enim cõtractus videtur esse fęneratitius, neque enim licet aliquid in pactum deducere, per quod mutuo accipienti, mutuanti obligetur ad aliquid faciendum, iuxta illud Euangelicum; *Mutuum dantes, nihil inde sperantes*, ita S. Antoninus in Summa, parte 2. tit. 1. cap. 7. §. 21. Conrad. de Contract. q. 39. conclus. 1. Syluester Pier. in Summa, in verbo, vsura, 1. §. 35. Alios citat Couuar. lib. 3. Variar. resol. ca. 2. nu. 5. & Io. Bapt. Lupus Geminianus in Comment. ad d. ca. nauiganti, Comment. 3. §. 1. nu. 15. & 16.

Fundamentum est in eo; Quod talis conuentio, qua propter susceptum periculum aliquid vltrà sortem accipitur, iusta & licita esse reputatur ab omnibus, etiam in foro conscientiæ. Quare cum Summus Pontifex contrarium decernat, necesse est eius responsum intelligere eo in casu, quo talis conuentio est illicita. Est autem illicita, cum pactum suscipiendi periculi nõn spontè fit, sed B necessario, quia scilicet non aliter quis mutuare velit, quam si ita paciscatur.

Ego sanè hac in re existimarem omnium commodissimam esse eam interpretationem, qua Pontificis responsum ita intelligeretur, ut eam conuentionem negaret esse usurariam, id quod facile obtineretur, si negatiua dictio textui addijceretur. Nam re vera ex sequẽtibus uerbis eiusdem textus tutissima est coniectura, negatiuam desiderari. Subdit enim textus duos alios casus, in quib. contractus non est usurarius, & quod perpendi maximè debet, oratio ita continuatur: *Ille quoque*, inquit, *qui dat decem solidos, &c. non debet ex hoc vsurarius reputari.* Certè indicant hæc verba Pontificem Maximum, et à in præcedenti casu idem respondisse, contractum scilicet vsurarium non esse. Aut oratio est penitus inusitata, & eo magis inclinat animus in hanc sententiam, quod omnis alia interpretatio uidetur esse magnoperè incommoda. Nam quod dicitur, Pontificem locutum, cum uani C periculi prætexitur occasio, uix probabile uidetur, cum loquatur de mutuante pecunias, eunti, uel nauiganti ad nundinas, quibus maxima imminere pericula notius est, quam ut probatione egeat.

Aliæ quoque interpretationes non uidentur diuinatione carere. Sed quoniam repugnat huic nouæ opinioni, omnium Codicum fides, communiori sententiæ lubens acquiesco,

Altera est controuersia, utrum mutuans ea lege, ut propter periculum susceptum, aliquid ultrà sortem recipiat, præsumatur non aliter fuisse mutuaturus, nisi debitor ita pacisceretur. Io. Bapt. Lupus in Comment. ad dictũ cap. nauiganti, Comment. 3. §. 4. num. 90. negat præsumi, quoniam in dubio delictum non præsumitur, l. merito, ff. pro socio. Sed nemini placere potest hæc sententia, qui Pontificis maximi responsum affirmatiuè legendum arbitretur. Nam cum ipse Summus Pontifex eiusmodi contractum usurarium esse iudicet, simpliciter & D absolutè, ut patet ea textu, necessario fatendum est, ita præsumendum esse in dubio, ut qui ea lege mutuat, non aliter mutuaturus esset, quasi contractus, contemplatione pacti factus uideatur, iuxta assertionem illam Doctorum, de qua per Tiraquell. ad l. si unquam, in uerbo, Donatione largitus, num. 118. C. de reuocand. donat. & per Menoch. consil. 109. num. 9. lib. 2. Nimirum, præsumi debere contractum esse factum respectu & gratia alterius, qui incontinenti celebratur. Neque enim alio nomine contractus huiusmodi usurarius censeri potest,

Atque huius sententiæ autores existunt Corneus, ad l. si paciscenda, col. 16. C. de pact. Benuenutus Stracha de assecur. in præfat. num. 32. Martin. Nauar. in Manuali consef. c. 17. nume. 284.



CA-

CAPVT XLIX.

Quid sit mutuum consistere in his rebus, quæ in genere suo functionem recipiunt, per solutionem magis, quàm per speciem, vt in l. 2. ff. si certum petatur.

HOc caput in studiosorum gratiam annecto, quibus gratissimum erit intelligere, quid sibi Paulus voluerit in l. 2. §. mutui datio, ff. si certum petatur, cum dixit, mutui dationem consistere in iis rebus, quæ pondere, numero, mensurave constant, *quoniam earum datione, possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt, per solutionem magis, quam specie, siue per speciem.*

Prima expositio est Accursii: *Per solutionem, inquit, id est, vt aliud omnino sua vice fungatur, si fuerit solutum magis quam per speciem, scilicet eandem, & dictio (magis) electiue ponitur, quasi dicat per eandem speciem non debet fieri solutio.* Eandem expositionem secuti sunt Bartol. Corn. Castr. Alex. Iason & Socin. sen. *Differentia est*, inquiunt, *inter solutionem & restitutionem. Solui dicitur illud, quod nunquam in specie illa fuit datum. Restitui dicitur, quando idem corpus in indiuiduo, quod fuit datum, redditur. Hoc igitur textus vult: In istis rebus ideo mutuum consistere, quia tantam habent inter se similitudinem, vt idem corpus reddi non sit opus, cùm per solutionem alterius rei, quantum ad speciem, perfectè satisfiat.* Hæc fere illi.

Secunda est expositio Decii in Commentariis d. §. mutui datio: *Per solutionem*, inquit, *magis, quàm per speciem, non eandem, prout Glos. dixit & Paulus Castr. sed quia maior est similitudo in istis rebus, in quibus mutuum consistit, quàm in speciebus, in quibus licet altera alteri assimilari possit, non est talis similitudo, in qua mutuum consistat, & sic quod per speciem, quæ pro alia simili reddatur, vel maior functio, videtur in rebus, in quibus consistit mutuum, quia per solutionem totum ius creditoris conseruatur, sed non sic in speciebus, quæ redduntur deteriores, cùm eadem redduntur. prior tamen sensus planior videtur.* Hactenus Decius.

Tertia est expositio Vdalrici Zasii in d. §. mutui datio, *functionem in mutuo magis attendi ideo, quòd rite et rectè soluatur res accepta, quam attendatur similitudo speciei, quasi dicat, quantumcunque res fungibiles sint similes, & inuicem commutentur, tamen si non fiat rite & formaliter solutio, tunc non cōsistit mutuum. Et hoc est, quod magis per solutionem, quàm per speciem functio consideratur; Est ergo rite facta solutio numeri ad numerum, ponderis ad pondus, mensura ad mensuram: Id quod Glos. hic in verbo Creditum videtur à remotis attigisse; Vnde si mensurarem tibi decem corbes frumenti, tu ponderares mihi aceruū frumēti. non esset ritè facta solutio: Et tamen species natura similes sunt data. Et hoc est magis per solutionē, q̄ per speciē.* Hucusq; Zasius.

Quarta expositio est Alciati in d. §. mutui datio, & lib. 2. Paradox. cap. 1. *Per solutionem magis, quam per speciem, hoc est, quam eæ non censentur obligata species, seu ea res, qua data est; sed recipiunt functionem suam per solutionem, quia si tantundem soluas, liberaberis. Species enim eadem restituenda non est. Tametsi & quandoque restituatur, vt quando res consumpta nō est, quia debitor ea non indiguit, & eandem restituere vult, potest enim etiam inuito creditore. quo sensu recepto dictio (magis) fiat comparatiuè, iuxta naturam suam.* Hæc Alciatus.

Quinta expositio est Io. Francisci Ripæ, in d. §. mutui datio, vt sit sensus, *Harum rerum datione possumus in creditum ire. Quia etsi debitor, qui rem mutuatam consumsit, videatur aliam speciem soluere, & sit aliud pro alio contra regulas iuris; quia tamen hæ res recipiunt functionem in genere suo, non dicitur aliud solui, & ideo magis per solutionem eiusdem, quàm per speciem diuersam, id est, solutionem diuersæ speciei, functionem recipiunt, quod in cæteris rebus contingere non potest. Ideo in cæteris non possumus in creditum ire. Hic est sensus huius literæ.* Sic Ripa.

Sexta expositio est Nicolai Belloni, lib. 1. Supputationum Iuris, c. 4. Dicitur in dicto §. *Mutui dationem in iis rebus consistere, quæ pondere, numero, mensurave consistunt,*

A *quoniam ista functionem in genere suo recipiunt, sed contra. Nam vinum nouum est eiusdem generis cuius vetus, & tamen non recipit functionem cum veteri. Ad hoc replicat I.C. verum esse, q ex eo solo, q species, id est, corpus eiusdem generis reddatur, ista non recipiunt functionem, sed cùm debeat fieri solutio, nō modo eiusdē generis, sed et eiusdē qualitatis, id est, bonitatis, l. cùm quid, ff. si cert. pet. eo d. modo recipiunt functionem. Erit igitur sensus, q hæc recipiant functionē, & ex corpore eiusdem generis, & sic ex specie, & ex solutione: tamen magis per solutionē, quia debet esse eiusdē bonitatis, q̄ per speciem, id est, corpus datum in eo. genere, quia possit esse deterius. Et in summa vult dicere I.C. quod solutio qualificata sit illa, quæ perficiat functionem.* Sic ille.

Septima est expositio Francisci Duareni lib. 1. Anniuers. disput. c. 14. *Functio*, inquit Duaren. *præter vulgarē & notam oībus significationem, pro pensitatione, seu solutione alicuius rei debita vsurpatur, quod genus loquendi ex eo, ni fallor, ductum est, q qui tributa aut vectigal pendunt, Reip. B fungi munere, vel tributione dicuntur à veteribus; Eamque pensitationem Cicero functionem muneris appellat. Sensus igitur horum verborum est, mutuum rectè contrahi de his rebus, quæ functionem, id est, præstationem & redditionē in genere suo magis, q̄ in specie excipiūt: id est, quæ eius sunt naturæ, vt præstando rem aliam eiusdem generis, creditori satisfiat: Et quæ inutiliter vtenda concederentur, si speciem ipsam, quæ data est, reddere cogeretur debitor.* Hæc Duaren.

Hanc solutionē Robertus Aurelianus impugnat, lib. 3. Sentent. c. 14. quem post Donellum, quē refert, secutus est Vulteius disceptationū scholasticarū, c. 14. functionemq; isti interpretantur satisfactionem, & ex ea cōtingentem liberationem, q̄ affert rerum earum præstatio; qm his rebus, quæ pondere, numero, mensurave constant, soluendis, planè satisfiat creditori, vt conqueri non possit, quippe q eiuscemodi sint, vt singulæ eiusdem generis singularum vicem solutione æqualiter subire possint, sicque pro aliis aliæ solui corpore quidem, sed nō qualitate, aut C æstimatione; vt quamuis non eadem, quæ datæ fuerunt, species reddantur, tantundem tamen solutum, æqualisque omninò, ac propemodum eadem res reddita dicatur.

Postrema est sententia Forcatuli, quā ex Federico Scoto referam, qui nouissimè scripsit elegantissima Commentaria in d. §. mutui datio, & eam sequi vr. Is legit textum hoc modo: *Quoniam earum datione possumus in creditum ire (quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem) magis q̄ per speciem.* Sicque verba illa, (*quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem,*) in parenthesin includit. Scribit ergo Forcatulus, omnem difficultatem esse in verbis illis, *magis per solutionē q̄ per speciem. Hinc illas angustias. Hūc esse editū illū montem, qui viā cliuosam et asperā reddit. Hūc illū verticem à quo nulla interpretū nauis intò nauigare creditur. Sed vt Annibal alpes aceto inmanas diuidēdo peruias fecit, & Xerxes Hellespōti impetū ponte medio euasit, & iura fugiendarum rixarū cā cōtiones segregant, eas parentes; ita vbi nos interstitio dimiserimus verba hæc, magis D per solutionem, q̄ per speciē, vnde illa seges discordiæ per speciā fore Iurisc. sentiam. Nō enim hoc (magis q̄ per speciē) referri ad proximè dictū, per solutionē, sed ad illa verba (Qm earū datione possumus in creditū ire) vt cōtextū ordinemus ita. Qm earū datione possumus in creditum ire magis q̄ per speciē. Rō præcedit: Quia in genere suo functionē recipiūt per solutionē.* Itaq; cùm Iurisc. dixisset, mutuū consistere in rebus pondere, numero, mēsurave accōmodatis, adiunxit, magis nos posse in creditū ire, quā per speciē, quæ non cōicat effectus, vt prædictæ res, quæ recipiūt functionē in genere suo. Id est, q redduntur, datarū loco omninò sunt, & pro datis habētur. Atq; hoc est qđ dr, functionē recipere. Hactenus ex Comite Feder. sent. Forcatuli retulimus.

Sed vt, & quid ipse sentiam, breuiter exponam, in primis animaduerto text. d. §. mutui datio, diuersimode legi. Aliqui enim Codices habēt: *Quia in genere suo functionē recipiunt per solutionem, quam speciem. Alii per solutionem magis, quàm specie*, sic habetur in Florentinis Holoandriisq; Pandectis, *Alii per solutionē magis, q̄ per speciem.*

Disputant ergo Doctores an ex numeratione agens, & confessionem de recepta pecunia probans, obtinere debeat, vbi exceptio non numeratæ pecuniæ cessat. Et hac in re eorum sententia mihi magis probatur, qui affirmãt. Talis enim confessio probat numerationem factam hoc in casu, l. in contractib. C. de non num. pecun. l. Pecuniæ, C. de solu. l. Publia, §. vlt. ff. depositi, & hoc est fundamentum agentis, ergo obtinere debet. Et si quidem de tali confessione chirographum extet, res est perspicua, quia post biennium oritur obligatio, vt in Instit. de litterar. oblig. Si verò chirographum non extet, dubitari potest, ex eo, quòd cessante scriptura, non oritur obligatio litterarum, argumento Rub. in Instit. de litterar. oblig. & l. in contractib. C. de non num. pecun. tradit Glos. in l. Si non singuli, C. si cert. pet. Imola in c. si cautio, nu. 23. de fide instr. Tamen & in tali confessione, quæ per scripturam non probatur, quantum ad quæstionem istam, idem iuris esse puto, quia nemo negauerit, per confessionem etiam testibus probatam, numerationem probari, cùm in litib. exercendis eandem vim obtineant, fides instrumentorum, & depositiones testium. l. in exercendis, C. de fide instr.

Non obstant contrariæ sententiæ argumenta, quia licet aliud sit numeratio, aliud cõfessio, sufficit tamen agenti probare numerationem ex confessione. Quòd verò pertinet ad l. si ex cautione, C. de non num. pec. iam constat ex his, quæ dicta sunt, illam non obstare, quia loquitur vbi exceptio non numeratæ pecuniæ agenti objicitur, vt patet ex verbis ipsius legis.

Quòd attinet ad secundam, Panormitanus in c. cùm dilectus, de success. ab intest. dixit, mutuum plenè probari, cum vnus testis de numeratione, alter de confessione testificatur, sed communis sententia est io contrarium, quam secutus est ipsemet Panorm. in ca. cum causam, de probat. Decius ibi, & alij quos commemorat Ant. Gabr. Commu. concl. tit. de Probat. Concl. 1. & Ioseph. Mascar. de Probat. vol. 2. concl. 1084. nu. 9. & 11. & probatur ex d. c. cum dilectus, ibi. *Et licet vnus testis solus dixerit, se vidisse*, &c. *Quia tamen alij testes dixerunt, se audiuisse ipsum in præsentia Abbatis confitentem, non tanquam sufficienter probantes*, &c. Hæc de secunda.

Sequitur tertia, in qua vera & communis est sententia, testes non probare etiam summam minorem, quia ex diuersitate summarum, de qua testes deponunt, diuersitas actuum, id est, numerationum, præsumitur, argum. l. Quinquaginta, ff. de Probatio. Quod si de eadem numeratione intelligantur, non parum eis fidem minuit varietas, l. qui falsa vel varia, ff. ad l. Cornel. de fals. & manifestum est, eos non plenè deponere, nec plenè informatos esse, quo casu non credetur testib. l. Lucius, & ibi Glos. ff. de his qui notantur infamia. Ita docent Felyn. in cap. licet ex quodam, col. 3. de testib. & attest. Alex. in l. 1. §. si stipulanti, nu. 9. & ibi etiam Iason, ff. de verb. oblig.

Difficultatem facit, quòd Ant. Gabr. Comm. Concl. ti. de testib. Concl. 2. nu. 79. & Ioseph. Mascard. de Probat. vol. 2. concl. 1084. nu. 16. contrariæ sententiæ autores citant, Corn. in conf. 181. nu. 60. lib. 2. Decium in consi. 100. nu. 4. Alciatum ad l. 1. §. si stipulanti, nu. 40. ff. de verb. obl. Ruin. in d. l. 1. §. sed si mihi, nu. 14. ff. eo. Qui quidem Doctores non dicunt illud, ad quod allegantur. Immò Ruin. in d. §. si stipulanti, nu. 25. sequitur communem sententiam supradictam, quod facit & Alciatus loco annotato, excepto eo casu quo modica esset in quantitate differentia. Quare hac in re canendum est à Gabr. & Mascardo.

Restat quarta controuersia, vtrum iuramento actoris quantitas mutuata probetur, cum probata est substantia, hoc est, mutuatam fuisse pecuniam. Et quidem probari, iudice tamen moderante & taxante quantitatem ab actore iuratam censuit celebris olim Bartoli Præceptor, & citatis meus Raynerius Forolniensis, in l. 1. ff. de in litem iuran. quem secuti sunt Cepolla Caut. 120. Aliquis mutuauit. Decius in l. in actionibus, col. 3. ff. de in litem iuran. & in l. certi conditio, §. Quoniam, ff. si cert. pet. & in c. Sicut, col. 10. versi. Sicut statutum, de probat. & in consil. 146. & 536. col. 4. versic. Tertiò respondetur. Marsil. sing. 322. Boer. decis. 143. in fine, & 339. ad finem. Curt. iun. in l. Admonendi, nu. 239. ff. de iureiur. Crauetta de Antiquitate temp. in 1. part. c. Vidimus, & abundè, nu. 9. D. meus Tiberius Decian. in consil. 32. nu. 94. lib. 2.

Fundamentum est Raynerij in l. 1. & in l. in actionib. ff. de in lit. iuran. & in l. cum furti, eod. tit. quæ leges nihil faciunt ad propositam quæstionem.

Contrariam sententiam amplexi sunt Purpuratus in d. l. Admonendi, nu. 265. Io. Bolog. in d. l. in actionib. nu. 86. Fanucius in tract. de in litem iuran. in 1. parte, nu. 7. 8. Isti docẽt actorem succumbere, nisi probet certam quantitatem, quia paria sunt, non probare, vel obscurè probare, l. duo sunt Titij, ff. de testa. tut. Et nemini est credendum in causa propria, l. Nullus, l. Omnibus, C. de testib. l. Exemplo, C. de Probat.

Tertia est sententia Bartoli in d. l. Admonendi, nu. 40. An extat aliqua coniectura de quantitate mutuata, verbi causa, si probet actor certam quantitatem fuisse ab aduersario mutuò petitam, tunc obtineat Raynerij sententia, aliàs coniectura cessante, secus sit dicẽdum: Sequitur eandem sententiam Fanucius loco annotato, necnon Seraphinus Senensis de Priuileg. iuramenti, Priuilegio 36.

Ego quidem sententiæ popularis mei libenter adstipularer, sed vix habeo solidum aliquod aut probabile argu. Nam quod profert Crauetta loco allegato, ex dolo & malitia negantis mutuum, vt in pœnam eiusdem conuicti ex depositione testium standum sit iuramento actoris, argu. eorum quæ habentur in l. cum de indebito, ff. de Probatio. & in l. vlt. ff. de rei vindic. hoc in quam argum. non satisfacit, quia non videtur plenè conuictus esse mendacij hoc in casu is, qui negat, cum testes de ipso mutuò non plenè deponant, & testi non plenè deponenti, plena fides habenda non sit, vt notatur in d. l. Lucius, ff. de his qui notantur infamia.

Quare in sententiam Bartoli libentius descendo, vt si coniectura aliqua accedat, iuramento actoris standum sit, aliàs secus. Nam quæ contractum præcedunt, multum conferunt ad cognoscendam contractus naturam, qui secutus est, l. Titia, §. 1. & ibi Iason. ff. de verb. oblig. Afflict. pulchrè, decis. 375.

CAPVT LII.

Mutuatus pecuniam, an statim, ut eam restituat, compelli possit.



Ontrouertitur quoque de mutuo, an statim is, qui mutuatus est pecuniam, conueniri possit à creditore, vt eam restituat. Et conueniri posse respondit Glos. Bald. & Angel. ad l. si pœnam, ff. de verborum obligat.

Quorum illud est fundamentum, quòd vbi dies obligationi non adijcitur, præsenti die pecunia debetur, l. eum qui se, §. Quoties, ff. de verb. oblig.

Sed contrariam sententiam veriorem esse iudico, eo argumento adductus, quòd homines hominum beneficijs iuuari decet, non decipi, vt inquit Iurisconsultus, in l. sicut, §. in commodato, ff. commodati. Sed si statim cogi posset debitor, deciperetur potiùs, quàm iuuaretur. Atque hæc est communis omnium sententia. Ita Bartol. Alexand. & Iason, ad d. l. pœnam, Dec. ad l. in omnibus oblig. ff. de Reg. Iur. Anchar. quæst. 38. in 2. par. Iac. Menoch. de Arbitrarijs Iudicum, Casu 22. Petr. Morrius de Contract. tit. de Mutuo, col. 7. nu. 4.

Non obstat argumentum contrariæ opinionis, quia summo Iure inspecto, statim debitor conueniri potest, sed vt contra Iuris stricti regulas multa esse pro communi vtilitate constituta respondit I. C. in l. Ita vulneratus, ff. ad l. Aquil. sic & in proposita specie communis vtilitas & æquitas hoc postulant, vt non statim debitor conueniri possit, sed aliquod temporis interuallum indulgendum est, quò pecunia mutuò accepta in necessarium vsum erogetur.

CAPVT LIII.

Proponitur alia cōtrouerſia de eo, qui dixit alicui, Accipe hanc pecuniam, quiſnam contractus iudicetur.



CVm quis dixit amico ſuo: Accipe hanc pecuniam, ſimpliciter, nulla cauſa expreſſa, magna eſt diſſenſio inter Doctores, an videatur pecuniā mutuaſſe, an donaſſe, vel depoſuiſſe, & quid denique ſtatuendum ſit de hac ipſa ſpecie.

Et quidem pecuniam cenſeri mutuatam, responderunt Cyn. in l.incendium, C.ſi certum petatur, Bartol. Angel.& Caſtr.ad l.cum quid, ff.eod.tit.& Alex.ibid. n. 12.Iaſon nu. 19.Deci.in 1.lectura, nu.23.& in 2.lect.nu. 53.Curt.iun.nu.16.Ant.Butr.in conſ.65.Ludoui. Rom. in conſ.138.nu.3.& 190.nu.6.

Fundamentum eſt: quia pecuniæ numeratio mutuum arguere videtur, & ſolet, argumento l.certi condictio, §. quoniam, ff.ſi certum pet.l.Lucius, 1.ff.depoſiti, & l.in naue Saufelli, ff.locati.

Secunda eſt opinio, mutuum non cenſeri, ſed potius contractum innominatum, ex quo actio in factum detur, præſcriptis verbis: Autores ſunt Alciat.in d.l. cum quid, nu.38.Roman.nu.16.Zaſius nu.42.& idem Zaſius lib.2.Sing.Reſponſ.cap.13.

Fundamentum eſt ex legibus, quibus decernitur quoties minimè conſtat, quis contractus geſtus eſſe videatur præſcriptis verbis, veluti ex contractu innominato, agēdum eſſe, l.1.ff.de æſtimator.act.l.1.& l. ſi gratuitum, ff. de præſcript.verb. Hic autem minimè conſtat.

Tertia eſt ſententia, nullum ex hac facti ſpecie contractum oriri, ſed quoddam duntaxat ius pecuniæ repetendæ, ita Fulg.in d.l.cum quid, nu.8.Imola in l.a Titio, nu. 4.ff.de verb.oblig.

Fundamentum eſt: quia hæc eſt nuda quædam traditio, per quam nunquam dominium transfertur, l. nunquam nuda, ff.de acq.rer.dom. Ergò, nec mutuum eſſe poteſt, nec donatio, nec alius contractus, quo dominium transferatur, ſed videtur eſſe quædam traditio facta ſine cauſa, quamobrem pecunia repeti poterit.

Quarta eſt ſententia, depoſitum videri. Gloſ.& Bald. in l.die ſponſaliorum, §.1.ff.depoſiti, Caſtr.in d.l.cum qd, nu.6.Bolognet.nu.93.Ioan.Coraſ.in ſi.

Fundamentum eſt: quia hæc interpretatio videtur eſſe fauorabilior, & neutra pars læditur ex ea, vnde & recipienda eſſe videtur, vt docet Caſtrenſ. in l.1. ff. ſi quis caut.

Quinta eſt ſententia, donationem videri. Autor eſt Iacob.Menoch.lib.3.de Præſump.c.34.nu.17.

Primò mouetur ex l.Quod quis ſciens, ff. de condict. indeb. *Quod quis ſciens indebitum præſtat animo repetendi, repetere non poteſt*, ſic Iuriſconſultus.

Secundò, ex regula l.1.ff.eo.& l.cuius per errorem, de regulis iuris.

Tertiò, ex l.donari, ff.de donation. *Donari*, ait text. *id videtur, quod nullo iure cogente, conceditur*, Vnde ſic videtur in propoſita ſpecie.

Poſtremò, quia videtur capienda eſſe interpretatio cōtra dantem, qui poterat legem apertè dicere, ex Regula l. veteribus, ff.de pact.l. Labeo, 1.ff.de contrahen. empt. & cap.contra eum, de Regulis iuris, in 6.

Ego verò ſextam conſtituendam eſſe ſententiam, quæ totam hanc diſputationem prudentis Iudicis arbitrio cōmittat, facilè adducor ad opinandum, duas ob cauſas: Altera, quia nulla lege definita eſt, nulloque planè ſolido argumento definiri poteſt; quo caſu arbitrio iudicis res cōmittuntur, l.1.ff.de iure deliber. Altera eſt cauſa, quia ex facti & perſonarum circumſtantijs, cōiectura ſumi poteſt, quis contractus, quæ mens fuerit tum dantis, tum accipientis pecuniam; Aut enim eſt diues, aut pauper, aut cognatus, aut amicus, aut extraneus is, cui pecunia datur. Et quæ præceſſerint, & quæ fuerint acta, dicta, ſecuta. Iu-

A dex perpendet, & ex his æſtimabit ex animi ſui ſententia quid credat, & quid actum fuiſſe opinetur.

Neque ab hac ſententia me adducunt argumenta ſuperiorum ſententiarum. Nam quod dicebatur ex numeratione mutuum præſumendum, non probatur eo §.quoniam, qui adſertur, aut alijs textibus, cum & ex aliis cauſis numerationem pecuniç fieri ſolere manifeſtum ſit.

Nec contractus innominatus eſſe poteſt, cum ad aliquod genus eorum reuocari non poſſit, quos recenſet Iuriſconſultus in l.naturalis, ff.de præſcript.verb.

Sed nec euinci poteſt depoſitum eſſe; Nec enim illa eſt idonea collectio, fauorabilis eſt contractus depoſiti vtrique parti, ergò quod actum eſt, depoſiti nomine cenſetur, nec vſque adeò fauorabile eſt depoſitum magis, quā mutuum, aliuſue contractus.

Donationem verò non eſſe præſumendam, notiſſima eſt aſſertio ex l.cum de indebito, ff.de probat. & ex alijs, vt per Menoch.de arb.iud.caſu 88. Quare eiuſdem opi-
B nioni ſubſcribere non poſſum id negantis, loco iam ſuperius citato in commentarijs de præſumptionibus. Et licet, ſi quis ſciens indebitum ſoluat, aut nullo cogente iure concedat, donare videatur, non tamen efficitur ita eſſe præſumendum in hac ſpecie: Cum nō conſtet, quam ob cauſam tradatur pecunia, an vt debita cum non eſſet, an vt accipientis fiat, vt quid actum ſit. Ac de controuerſia iſta ſatis iam philoſophati ſumus.

CAPVT LIV.

Contractus ſitne uſurarius, cum quis ruſtico mutuat ea lege, ut agrum eius colat, iuſta tamen mercede.



NOn eſſe contractum vſurarium, cum quis ruſtico pecuniam mutuat, ea lege, vt colat eius agrum certa data mercede, reſpondit Bald. ad l.Rogaſti, §.ſi tibi, ff.ſi certum peta. Et in
C eandem ſententiam çitantur Socin.ſen.in l. ſi quis nec cauſam, nu.12.ff.eo.S.Antoninus in Summa, parte 2.tit.de vſuris, cap.7.§.10.Ioan. Lupus, in c.per veſtras, §. vlt.nu.39.de donat.inter vir.& vxor.& alij. Quorum illud eſt fundamentum, quoniam hoc in caſu nihil vltra ſortem accipitur. Si enim ruſticus ad agrum colendum ſe obligat, id iuſta mercede data facit. Quod ſi mutuanti in eo gratificatur, beneficium acceptum, vt decet, compenſare videtur.

Sed contraria ſententia videtur communior & probabilior, quia vſura contrahitur, cum quid vltra ſortem exigitur, ſiue illud ſit pecunia, ſiue aliud, quod pecunia æſtimari poſſit, c.ſi fœneraueris, 14.q.3.c.conſuluit, de vſuris. Commodum autem, de quo agitur, nempè, vt quis agrum colat, pecunia æſtimari poteſt, Ita docuerunt Gl. & Bartol.ad l.Rogaſti, §.Si tibi, Ioan. Calderinus Ancharan.Cardinalis, Panormit.in capit. vltim. de vſuris, Guidn Papç, de contractibus illicitis, numero 14.D.Tho-
D mas, 2.2.articu.2.quæſt.78. & ibidem Caietanus, & idē in Summa, in verbo Vſura exterior, in octauo caſu. Corradus de Contract, quæſtio.36.Sotus de iuſtit.& iure, libro 6.quæſtione prima, articu.ſecundo. Pierius in Summa, in verbo, Vſura, 1.quæſtio.7.Nauar.in Manuali Cōfeſſariorum, capit.17.numero 220.Couuar. Variar. reſol. lib. 3.cap.2.poſt num.5.verſ. Verum aduerſus Adrianū. Io.Bapt. Lupus Geminian.ad c.Nauiganti, comment.3. §.1.ſub nu.42.

Ad contrariæ opinionis argumentum patet reſpōſio: quia non eſt verum aſſumptum; Licet enim ruſtico iuſta merces promittatur, is tamen ſe obligat ad id faciendum ad quod antea non tenebatur. Non obſtat quod ſubiungitur, eum, qui beneficium accepit, obligatum eſſe ad gratiam rependendam, quia reſpondet S. Thomas loco annotato, duplicem eſſe recompenſationem, vnam ex debito iuſtitiæ, alteram ex debito amicitiæ. Is qui beneficium accipit, tenetur ex debito amicitiæ illud recompenſare. Ex debito autem iuſtitię tenetur recompenſare ſecundū benefi-

beneficij magnitudinem. Cum autem ex mutui datione aliquis beneficium accipit, non ea est beneficij magnitudo, vt teneatur ex debito iustitiæ, aliquid vltra sortem receptam restituere creditori. Ergo ex debito iustitiæ non tenetur mutuo accipiens ad aliquid se obligare, ad quod non tenebatur ante, & ex quo utilitatem creditor percipiat. De debito autem iustitię loquimur, non autem amicitiæ: cui enim dubium, si sponte velit mutuatarius colere agrum creditoris potius, quàm alterius, vt ei gratificetur, quin possit hoc facere, & hæc ab eo commoda creditor percipere?

CAPVT LV.

Tractantur duæ aliæ controuersiæ de Vsuris.



PErtinent ad materiam vsurarum duæ aliæ controuersiæ. Altera, an vsuram committere dicatur is, qui fœnori pecuniam accepit, quam & alijs fœnori dedit. Altera verò, an ad restitutionem vsurarum perceptarum teneantur vsurarij Mercatoris, Institores, Procuratores, & alij, qui eius nomine vsuras exigunt. Quod attinet ad primam. Archid. in c. plerique, 14. q. 3. negat usuram cómitti, quia non lucri causa, sed damni euitandi gratia, is, de quo agitur, fœnus exercere videtur. Sed contrarium docuit post alios quos citat Ioan. Bapt. Lupus Geminianus, ad c. nauigant, de Vsuris, comment. 3. §. 2. num. 32. Hoc argumento adductus. Aut hic secundus mutuator stipulatur sibi vsuras reddi, aut creditori suo, à quo scilicet pecuniam mutuatus est. Priore casu vsurarius est censendus, quia fœnus manifestè exercet, cum pecuniæ mutuo acceptę sit Dominus. Altero verò casu stipulatio non ualet, quia alteri stipulari nemo potest, l. stipulatio ista, §. alteri, ff. de verb. oblig.

Denique in hanc sententiam communiter itum est, quam & ipse amplector, vt si is, qui mutuò pecuniam accepit, paratus erat eam reddere creditori suo, tunc vsurã non committat, quia ab alio, cui mutuat vsuras, accipere videtur, vt suæ consulat indemnitati, sicut & aliàs ex causa damni emergentis, vltra sortem aliquid accipere licere, inter omnes constat: secus verò, si nõ erat paratus reddere creditori, tunc enim, cum pecuniæ sit dominus, eã mutuare non potest, citra crimen vsurarum, vltra sortẽ aliquid exigẽdo, quia nihil aliud est vsura, quàm aliquid vltra sortem accipere. Ita Io. Calder. in d. c. Nauiganti, Laurentius de Rodulphis, ad c. consuluit, par. 2. q. 34. nu. 49. eo. ti. Amb à Vignatæ ad c. salubriter, num. 47. eo. ti. Nauar. in Manuali confess. c. 17. nu. 233. & Io. Bapt. Lupus Gemin. loco supra citato.

Quod verò attinet ad alteram controuersiam, Syluester Pierius in Summa, in verbo, Vsura, 7. q. 4. respondit, huiusmodi Institores, Procuratores & Ministros vsurarij, obligatos esse ad restitutionem vsurarum in subsidiũ cum videlicet is, in cuius vtilitatem versa est pecunia, soluendo non est. Allegat l. ex hoc edicto, §. 1. ff. de eo per quem factum erit, &c. & l. & eleganter, §. pen. ff. de dolo. Idem respondit Host. in Summa, de Vsuris, in vit. col. ad fin. Sed Mart. Nauar. in Manuali confess. c. 17. nu. 266. & seq. absolutè eos teneri respondit, & citra vllum excussionis beneficium.

Ego verò Pierij & Hostiensis sentẽtiam, veluti ęquiorem, amplector, æquũ enim est, vt primò satisfaciat principalis debitor, in cuius commodum, & vtilitatem vsurę sunt controuersæ. Nec mouet, q̃ & tales ministri videntur esse delinquẽtes, veluti cooperatores, & coadiutores ad malum, & ideo teneantur, ex traditis à D. Tho. 2. 2. q. 62. ar. 7. & latius per Couuar. ad Reg. Peccatum, de reg. iur. lib. 6. in 2. par. relectionis, §. 12. Quia & nos dicimus eos teneri, & peccare, & delinquere, sed iuris & æquitatis regulam sequentes, hoc volumus, vt in subsidiũ teneãtur, scilicet, quo ad forum externum, sicuti regulariter constitutum est in fideiussoribus & possessoribus rei oppignoratæ, vt non teneantur, nisi in subsidium, videlicet principali debitore soluendo non existente, & facilè adducor ad opinandum contrariæ sententiæ assertores intelligendos esse, quantum ad forum internum animæ, & conscientiæ.

CAPVT LVI.

Constituens Procuratorem ad accipiendum mutuò pecuniam, vtrum chirographo obligetur, quo Procurator profitetur se eam accepisse, si de numeratione aliter non constet.



QVatuor sunt Doctorum sententiæ hac de re. Prima Dominum, qui scilicet Procuratorẽ constituit, non obligari. Autores sunt Bart. Castr. Ale. Bal. Ias. Corn. & Dec. ad l. 2. §. vlt. ff. si cert. pet. Fel. in c. cum olim, 1. nu. 3. de officio deleg. & in c. si cautio, nu. 16. de fi. Instr. Tiraq. de retractu conuent. §. 4. Gl. 6. n. 13. Mart. Garatta, in cõs. 50. & alij Iurisc. qui dictum consilium approbarunt, necnõ Franciscus Maria Plotus ibid. in Additio.

Fundamentum est: quia non constat Procuratorem executum esse mandatum, hoc est pecuniam numeratã fuisse. Etsi enim de recepta pecunia extet confessio, multum tamen inter confessionem & numerationem interest, l. si ex cautione, C. de non num. pec. & toto titu. C. de dote cauta non numerata. Quare Dominus non obligatur: Nam vt ex facto Procuratoris obligetur, constare debet, mandati fines diligenter impletos fuisse, l. diligenter, ff. mandati, l. cum mandati, C. eo. ti. l. 1. §. non autẽ, & l. vlt. ff. de exercitor. actio.

Altera est sententia, Dominum hoc in casu obligari. Ita censuerunt Salic. in d. l. 2. §. vlt. Imola, in c. si cautio, de fide instr. l. à Diuo Pio, §. sed si emptor, ff. de re iudic. Feder. Senensis in consil. 53. Titius fecit Procuratorem, Zasius ad d. l. 2. §. vlt. & lib. 1. Sing. respons. c. 31. Viglius ad d. §. vlt. Luchinus de Curte, inter consilia Martini Garattæ cons. 50. & alij sequaces. Franc. Sarmientus, lib. 3. Select. interpret. c. 11.

Præcipuum fundamẽtum est in eo, q̃ ex chirographo confessionis constare videatur, fuisse creditam pecuniam & numeratam Procuratori iuxta formam mandati. Id probatur primo ex l. pecuniæ, C. de solutio. Secundò ex l. Lucius, §. Tutelæ, ff. de administ. tut. Tertiò ex l. 2. §. ult. C. de quadriennij præscr. Quartò, ex argumẽto sumpto à verisimili, est enim uerisimile Procuratorem, qui sic cõfessus est, uerè pecuniam accepisse, argumento l. qui negociationẽ, ff. de neg. gestis. Et saltem post biennium cõfessio uires suas obtinere debet, ad instar ueræ numerationis, siquidem biennio lapso, exceptio non numeratæ pecuniæ cessat. Quintò, ex Doctorum assertione in ea specie, qua fideiussor agit contra debitorem, actione mandati. Nam si per confessionem creditoris, se pecuniam soluisse probauerit, actio contra debitorem illi competit, sicuti respondit Alexan. in consi. 25. lib. 5. & alij, quos refert & sequitur Rolan. à Valle, in cons. 27. nu. 9. lib. 1.

Pro confirmatione accedat tex. à Sarmiento citatus, in l. tam mandatori, C. de non num. pec. ubi dicitur mãdatori exceptionem non numeratæ pecuniæ competere, quod argumento est, mandatorem obligari ex confessione mandatarij, si enim non obligaretur, necessaria non esset exceptio non numeratæ pecuniæ.

Tertia est sententia Alciati, ad d. l. 2. §. vlt. ff. si cer. pet. Hanc rem, ueluti iure non definitam Iudicis arbitrio cõmittendam esse, quod non inscienter dixit, Tiraquello teste, loco superius annotato.

Postrema est sententia Petri Mozij in tract. de contract. lib. 2. de mutuo, Rubr. de personis quæ possunt mutuare, uel non, nu. 9. Priorem sententiã Bartoli, & sequacium ueram esse inspecta iuris Canonici æquitate, per quã exceptio non numeratæ pecuniæ semper competit. Posteriorem autem opinionem ueram esse secundum

rigo·

rigorem iuris ciuilis. Vel dominum côueniri posse post biennium elapsum, antè vero nequaquam. Vel denique conueniri non posse principaliter, sed in subsidium dun taxat, scilicet excusso primum Procuratore.

Sed prætermissis distinctionibus non necessariis, verior & communior mihi videtur Bartoli sententia, & sequacium: Nempè dominum hoc in casu non teneri ex sola confessione Procuratoris. Nam quod dicitur ex con fessione probari numerationem, id locum habet contra ipsum confitentem, non contra tertium, argumento l. Seia, ff. ad Velleianum, l. certum, §. sed an ipsi, ff. de confessis l. iusiurandum, C. de testibus cum alijs a Tiraquello rela tis de retractu conuent. §. 4. Glo. l. 6. num. 9. & a domino Præceptore meo Io. Cephalo. in cons. suo 101.

Nec obstant leges allatæ ad probandum, ex confessione probari numerationem. Nam quod attinet ad l. pecuniæ, C. de solutio. de tali confessione illa lex non loquitur, sed de confessione creditoris, qui pecuniam sibi debitam accepit, nec dicit textus contra tertium eam confessionem valere.

Ad l. Lucius, §. Tutelæ, respondeo, textum loqui de tu tore, cuius confessio meritò nocet pupillo, & contra eum probat, quia Tutor generalem habet administrationem rerum pupilli, eiusque contractu, & facto pupillus obligatur, l. post mortem, §. 1. ff. quando ex facto tutoris, l. eũ qui, §. si actori, ff. de constituta pec. l. apud Iulianum, §. cõ tractum, vers. Ego puto, ff. ex quibus causis in possessionẽ eatur, in illis verbis: *quasi cum eo* (pupillo) *contractum sit*.

Ad l. 2. §. vlt. C. de quadriennij præscript. respondeo, il lud ibi specialiter constitutum esse in Procuratore fisci, quod proinde non est trahendum ad alios, vt declarat Deci. in d. l. 2. §. vlt. ff. si cert. petat. & probatur ex eo quod text. dicit, eum; qui procuratoris fisci apocham habet, plenissimam securitatem consequi, cum nemo regulariter ex apocha plenissimam habeat securitatem, propterea quod exceptio non numeratæ pecuniæ objici potest, iuxta l. in contractibus, C. de non num. pec. Præterquam, quod Procu rator fisci generale mãdatum habet administrationis rerum fiscalium, cùm de tali procuratore generali nostra non sit disputatio.

Argumentum a verisimili non obstat contra Dominum, qui mandatum dedit, sed tantum contra procuratorem facit; nec illud argumentum in hac specie magnas habet etiam vires; quia inter confessionem & numeratio nem, præclara est legum distinctio, qua sanè non indigeremus, si argumentum hoc efficeret, vt ex cõfessione probaretur numeratio, atque ita cogeretur debitor probare, se non accepisse, quod confessus est, contra l. asseueratio, C. de non num. pecu. & alias concordantes. Similiter, & contra confitentem locum habet, quod de lapsu biennij post confessionem dicitur, non autem contra tertium.

Postremum vero argumentum de fideiussore facilè dissoluitur, Cur enim fideiussor confessionẽ habens creditoris mandati non ageret aduersus debitorem, cum ex ea confessione ipse debitor liberetur, & sic manifestè cõmodum percipiat?

Ad textum denique in l. tam mandatori, respondeo, non obstare huic sententiæ, nam loquitur de mandatore, qui alterius obligatione accedit, ad instar Fideiussoris. Vnde si principalis debitor exceptionem habeat non numeratæ pecuniæ, & ipse mandator habet, & consequenter, confessio debitoris elapso biennio mandatori præiudicat. De tali mandatore nostra non est disputatio, sed de procuratorem constituente, seu mandatum dante ad accipiendum mutuam pecuniam. Hic mandans est prin cipalis, eiusque nomine, & mandato contractus geritur, quamobrem mandati ipsius forma seruanda est, & ita demum obligatur, si fuerit seruata. Nec ea licentia concedẽda est exequenti mandatum, vt vel colludendo, vel decipiendo, vel dolosè agendo mandatum obligare possit. vide an pertineat ad hanc quæstionem, eamq; decidat tex. in l. Procurator 61. de act. & oblig.

A

CAPVT LVII.

Explicantur tres aliæ Controuersiæ de eadem re.



Aeterum sunt & aliæ controuersiæ ad eandem facti speciem pertinentes. Prima. Vtrũ idem sit statuendum, si Procuratoris confessio fiat præsente iudice, & autoritatem in interponente.

Secunda, quid si Procuratorem constituens iuret, se ratum habiturum quicquid ab eo gestum fuerit.

Tertia, quid si procurator constituatur ad accipiendũ mutuò pecuniam, & confitendum se accepisse. De singulis ordine differemus.

Quod attinet ad primam, Iason in l. 2. §. vlt. ff. si cert. petat. autoritate Ang. adductus ad l. 2 C. de prædijs Curialium lib. 10. respondit, Procuratoris confessionem Domino præiudicare, quasi ex iudicis præsentia, & autorita

B te numeratio facta esse præsumatur.

Sed contrariam sententiam habuit Franciscus Maria Plotus, in Addit. ad Martin. Garatt. cons. 50. num. 30. ea ratione inductus, quod præsumptio, quæ oritur ex iudicis decreto, cesset, quoties ex instrumento apparet, solennia non interuenisse. Quod sanè argumentum non videtur satis firmum: quia in proposita specie non apparet ex instrumento, numerationem non interuenisse. Nihilominus tamen sententia Ploti contra Iasonem videtur mihi probabilior. Nã iudicis decretum istud efficere, vt præsumantur omnia solenniter acta, & dolus abfuisse, omnibus est in confesso. Sed non ita constat; nec vlla est lex tale aliquid dicens, numerationem factam præsumi ex confessione coram iudice facta.

Quod attinet ad secundam, idem Iason loco, superius annotato respondit, dominum obligari ex confessione Procuratoris, autoritate Pauli Castr. in cons. 407. lib. 1. Eandem sententiam sequitur Alciatus d. l. 2. §. vlt. motus

C ex traditis per Ant. Butr. & Felyn. in c. cum olim, 1. de of ficio delegati, & ne alioqui videatur, ea clausula esse superuacanea.

Sed contrariam sententiam amplexus est Deci. in d. l. §. vlt. nu. 35. & Franciscus Maria Plotus, loco annotato. Quibus & ipse adstipulor. Nam clausula rati habitationis tacitè inest mãdato Procuratori dato, vt dicebat Gl. in l. si procuratorem, in verbo, Ratum, ff. de Procurator. Iuramẽtum verò nihil operatur contra intentionem iurantis, l. vlt. C. de non num. pec. Hæc est autem intentio iurantis, vt non aliter obligetur, quam si pecunia procuratori numeretur.

Non obstat Pauli Castrensis autoritas in d. cons. 407. quia loquitur in ea specie, qua Procurator constitutus fuit in rem suam, ad vtilitatem scilicet sui ipsius, non autem ad vtilitatem mandantis. Sed præstat verba Castrensis subijcere, quo hæc responsio melius intelligatur: *Maximè autem me mouet*, inquit Castrensis, *quia iste non con-*

D *stituit Procuratorem ad vtilitatem ipsius constituentis, sed procuratoris, vnde non tam restringitur Iuramentum. sicut si ad vtilitatem suam constituisset, videlicet, vt pro ipso constituente pecuniam reciperet. Tunc enim ne constituens defraudetur, &c. subintelligeretur conditio, si verè pecuniam reciperet. Sed postquam hoc fecit ad vtilitatem Procuratoris, licet reuera non totam pecuniam receperit, non defraudatur constituens, tenet enim magis locum fideiussoris, vel mãdatoris, quam principalis, l. Quamuis, § si non essem, ff ad Velleianum. Vnde non magis pertinet ad ipsum constituentem, qui tunc in solidum pecuniam promisit, quam si reuera totum recepisset.* Hæc ferè Castrensis. cuius doctrina (vt obiter hoc dicam) confirmatur responsio allata in superiore capite, ad l. Tam mandatori, C. de non num. pec. Nam Castr. ibi docet differentiam esse, vtrum constituens procuratorem locum obtineat fideiussoris, vel mandatoris, an verò principalis, in cuius scilicet vtilitatem & cõmodum contractus, qui geritur, cedat. Priori casu ex confes sione Procuratoris mãdans obligatur, quia est veluti fi-

deiussor

deinssor ipsius Procuratoris, qui procul dubio ex confessione sua tenetur. Posteriore autem secus, quia mandans obligari non debet, nisi probetur pecuniæ numeratio.

5 Non obstat argumentum Alciati ex traditis per Ant. Butr. & Felyn. quia nec de specie nostra loquuntur, nec dicunt illam clausulam ratihabitionis eum effectum producere, quem ipse intendit.

6 Argumentum denique à superfluitate nihil obstat, Nam etsi ea Clausula id non efficiat, vt mandans obligetur ex confessione procuratoris, non tamen superflua iudicari debet, cum mandantis intentionem disertè exprimat, omnemq; prorsus auferat dubitationem.

Quod verò attinet ad tertiam controuersiam, duę sūt contrariæ Doctorum sententiæ. Prima. Dominum mandantem, etiam hoc in casu non obligari, si non constet de vera & reali numeratione facta. Ita Bar. Dec. & Soci. Iun. In d. l. 2. §. vlt. ff. Si cert. pet. Martin. Gorattus, & cæteri subscribentes, in d. cons. 50.

Fundamentum est in eo, quod illa verba mandati, *& ad confitendū se recepisse*, ex præcedentibus adiunctis declarari debeant, vt nimirum mandans teneatur, si probetur pecuniam fuisse numeratam. Solent enim verba subsequentia ex præcedentibus declarari, l. vlt. §. cui dulcia, ff. de vino, tritico, & oleo legato.

Altera est sententia, mandantem hoc in casu teneri ex confessione, ita docuerunt in comment. d. §. vlt. Bald. Sal. Fulgos. & Corn. Necnon Alex. & Iason; & præter hos Rom. in l. prædia, ff. de acquiren. poss. Angel. & Castr. in l. si debitorem, ff. de nouation. Franciscus Maria Plotus, loco prius citato, nu. 28.

Fundamentum est: quia nisi ita diceremus, superuacanea omnino esse videretur illa Clausula mandati. *Et ad confitendum se recepisse.* Sed valdè infirmum mihi videtur, quia non ea mandantis mens esse intelligitur, vt procurator confiteatur se recepisse, si verè pecuniam non recipiat, sed ea mens fuisse intelligitur, vt cum reuera pecuniam receperit, exponat etiam confessionem, & chirographum de recepta pecunia, pro cautione creditoris, & ideo priori sententiæ magis accedo, cuius fundamentum videtur mihi solidius & firmius.

CAPVT LVIII.

Mutuatus argentum non signatum an creditori inuito pecuniam reddere possit.



INter Doctores nostros non parua est controuersia hac de re. Etenim eum, qui argentum non signatum mutuatus est, reddere pecuniam inuito creditori non posse, censuerunt Glossator antiquus, cuius meminit Accursius in l. 2. §. mutui datio, ff. si certum petat. in verbo, creditum, & ibid. Iacob. Butrig. & vterque Salicetus, teste Aretino, necnon Petr. & Cyn. ad l. si quis argentum, C. de donat.

Fundamentum est, quia aliud pro alio inuito creditore solui nō potest, l. 2. §. 1. ff. si cer. pet. Et Paulus respōdit: *Creditorem non esse cogendum in alia forma nummos accipere, si damnum ex eo sit passurus.* l. Paulus respondit creditorem, ff. de solution. Et damnum pati videtur, qui suæ non satisfacit voluntati, l. vlt. ff. de vsu & habitatio.

Cæterum contrariam sententiam habuerunt Accursius in d. l. 2. §. mutui datio, & eodem in loco Alex. Iason Decius, Alciatus, & Zasius.

Argumenta sunt ista. Primum, ex l. si quis argentum, C. de donation. vbi probatur, donantem argentum, satisfacere posse præstando æstimationem. ibi. *Siue in ipsa æstimatione, qua pro massa rudi*, &c.

Secundum, ex l. 1. §. vlt. ff. de auro & argen. leg. & ex l. cum certum auri, & l. cum aurum, §. proinde, ff. eo. Quibus in locis dicitur, argento legato hæredem soluendo æstimationem, liberari.

Tertia est sententia Bartoli, in d. §. mutui datio, *Si debeo tibi massam argenti* (inquit Bartolus) *soluere possum argentum in forma ære non contaminatum, eiusdē liga, quod tamen verum est, quando argentum tantam vtilitatem affert in forma, quantam in materia, Sed si propter commistionem alterius æris, vel propter formā, minus vtilitatis afferret in forma, quam in materia, tunc non posset solui.* Sic Bartolus.

Quarta opinio ex Castrensis distinctione colligi potest. *Aut volo* (inquit Castrēsis) *reddere tot argēteos, quot fiunt ex vna libra argenti*, (quam scilicet mutuo accepi) *puta fiunt centum cum mistura æris, & possum hoc facere inuito creditore, licet sint ære contaminati, quia non efficitur conditio creditoris deterior, cum possit eos reducere ad massam, & deducto ære habebit libram argenti puri sicut mutuaui. Aut volo restituere tot argenteos, quot ponderat vna libra argenti, quam mutuaui, & tunc si non sunt ære contaminati, possum, aliàs secus. Quia ponderaretur æs cum argēto, & sic non haberet libram argenti puri mutuati. Aut volo restituere tot argenteos, quot ponderat vna libra argenti mutuati. Puta sexaginta argenteos in forma, qui valent vnam libram argenti puri, licet non ponderent vnam libram & hoc quando propter expensas formæ*, (scilicet cudendi) *datus est maior valor extrinsecus, quam sit bonitas intrinseca. Et tunc non cogetur creditor accipere pecuniam, etiāsi non sit ære contaminata.* Hæc ferè Castrensis.

Quinta opinio statui potest ex distinctione Socini senioris, quam secutus est nouissimè Comes Federicus Scotus in d. §. mutui datio, & sequentibus conclusionibus continetur.

Prima conclusio. Pecunia eiusdem bonitatis reddi potest creditori si appēdatur, non habita ratione formæ, sed ponderis & materiæ. Ratio est: quia tunc pecunia consideratur tanquam argentum non signatum. Consequenter reddi potest pro argento non signato.

Secunda conclusio. Pecunia reddi non potest ad numerum, quanquam sit eiusdem ponderis cū argento mutuato. Aliud est enim eo casu, quàm argentum mutuatū. Aliud autem pro alio inuito creditore solui non potest.

Tertia conclusio. Cum pecunia non est eiusdem æstimationis, quo ad materiam, seu bonitatem intrinsecam, licet valore extrinsecus imposito æquiualeat æstimationi argenti mutuati, non potest tamen reddi inuito creditore. Ratio est, quia creditoris conditio est deterior. non enim habet argentum eiusdē bonitatis intrinsecæ. Quare si vellet pecuniam datam, ad argenti massam reducere, damnum sentiret. Consequenter non cogitur accipere, l. Paulus respondit, ff. de solutio.

Quarta conclusio. Reddi non potest creditori inuito pro argento melioris notæ, argentea pecunia ære contaminata, vel aliàs deterioris notæ, licet eiusdem æstimationis, & resarcire paratus sit creditori damnum, quod ex contaminatione pati potest. Ratio est, quia in separando ære ab argento, requiritur sumptus.

Sed huic conclusioni contradicit Alciatus. Existimat enim satis fore, si debitor creditorem seruet indemnem, & refusionis impendia, & omne intertrimentum resarciat, ita vt eatenus liberetur, quatenus Zygostatę iudicio id est, examinis ponderum præfecti, deliquato ære comperent argenti creditori.

Ipse opinor eorum sentētiam probabiliorem esse, qui existimant, pro argento non signato, reddi posse signatū si modo eiusdem sit ponderis & bonitatis, neque vlla æris admistio sit, ita vt creditoris non intersit.

Moueor, quia hoc in casu non soluitur aliud pro alio, sed idem: qui aurum & argentum functionem in genere suo recipiunt. Et sufficit reddere creditori tantundem ęquè bonum, l. cum quid, ff. si certum pet. Et cum creditoris non intersit, non refragatur, imò suffragatur l. Paulus respondit, ff. de solutio.

Quod vero attinet ad conclusiones Socini, secunda conclusio parui momenti est, vt ante me Viglius animaduertit in prælect. ad d. l. 2. ff. si cert. pet. Ponit. n. Socin. primā conclusionē: Reddi posse argentū signatum pro massa mutuata, si modo pondere æquiualeat massę mutuatę.

Deinde

Deinde negat in secūda; Restitutionem posse fieri, si debitor reddere velit pecuniam ad numerum, licet numerus sit tantus, qui pondus argenti mutuati æquet. Est hęc res modici momenti, quia si creditor recuset accipere ad numerum, statim debitor dabit ad pondus, & cessabit omnis difficultas.

Denique Doctores mihi videntur in vno conuenire, & in duobus dissentire. Conueniunt omnes: Solui posse pecuniam signatam, si pondere & bonitate respondeat argento mutuato. Rectè; quia, vt dictum est, tantum accipit hoc in casu creditor, quantum dedit, effectu.

Dissentiunt autem primum in eo, q argentum signatum etiam ære contaminatum solui posse inuito creditore Castrensis docet, quoniam reduci potest ad massam deducto ære. Alexander autem contradicit propter impensam, quæ in separando ære fieri debet. Rectè, indicio meo, quia tunc creditor damnum pateretur.

Secundò dissentiunt in eo, quod Socinus negat solui posse argentum ære contaminatum, licet damnum resarciatur creditori. Alciatus autem repugnat. Rectè, quia satisfit creditori ex eo argento, quod iudicio præfecti, & librátoris remanet, deliquato ære ac sublato, scilicet impensa reductionis a debitore suppeditata, ne quid damni prorsus creditor patiatur.

CAPVT LIX.

De conciliatione l. naturalis, § 1. ff. de præscript. verb. & l. vlt. ff. de condict. causa data.

IVrisconsultus Paulus in l. naturalis, §. 1. ff. de præscript. verb. pugnare videtur cum Iurisconsulto Celso, in l. vlt. ff. de condict. causa data. Ait Paulus: *Et si quidem pecuniam dem, vt rē accipiam, emptio & venditio est.* At Celsus: *Dedi tibi pecuniam, vt mihi Stichū dares; vtrum id contractus genus pro portione emptionis & venditionis est? an & hic nulla alia obligatio est, quā ob rē dati, re nō secuta? In quo proclinior sum.*

Antiquus interpres, cuius meminit Accurs. ita conciliat: Vt Celsus loquatur, cū pecunia in specie datur, hoc est, certa species pecuniæ. Paulus autem, cum datur pecuniæ quantitas simpliciter. Azo autem dicebat, Celsum loqui cum ita conuentum est, vt ex vna parte res detur, ex alia pecunia. Non est venditio, sed contractus innominatus eo casu, quia venditor non tenetur dare, hoc est, dominium transferre, sed tradere, l. 4. ff. de vsuris. Paulum autem loqui, cum pecunia datur, vt res tradatur. Verbū enim (*accipere*) commune est, potestq; accommodari tam ad dationem, q̄ ad traditionem. Eandem sententiā secuti sunt Bart. Castr. Ias. & cæteri Doct. in d. l. vlt. Necnon Zasius in Antinomiarum solutionib. par. 2. col. 2.

Cæterum, Corasius lib. 2. Miscellaneor. c. 9. ab his dissentit, & Pauli responsum accipiendum putat, cum pecunia, precij nomine, siue tanquam precium datur. Celsi autem responsum, cum pecunia simpliciter datur, non loco precij. Sed ante Corasium idem docuit Alciatus, ad l. 2. n. 24. ff. si cert. pet. quē secutus est Federic. Scotus. ibid. num. 130.

Sed continet meram diuinationem hæc solutio. Vnde, magis probatur sententia proximè relata, quæ ab impugnatione Corasij facilè defendi potest.

Nam primò dicit Corasius, se non putare, Iurisconsultos tam superstitiosè insectatos scrupulosas verborum significationes. Respondeo, differentiam inter verbum dare, & tradere, perpetuò obseruatam à Iurisconsultis, §. fie itaque. Inst. de act. l. 4. ff. de vsur. & alibi.

Secundò dicit Corasius, verbū *accipere* importare dominij trāslationem, vt patet ex d. l. naturalis, §. 1. ibi: *Si rē do, vt rem accipiam, permutationem esse.* Verbum *accipiā*, importat translationē dominij pp illa verba: *Si rem do.*

Respondeo, verbum (*accipere*) secundum materiam subiectam accipiendum. Quare eo in loco denotat dominij translationem, quia id exigit materia subiecta. Alibi

A non idem importat, vt in sequenti casu, quia emptio & venditio non id necessariò exigit.

Tertiò ait Corasius, verbum (*dare*) ad venditorem relatum, non inducere dominij translationem, l. si stipulatus, ff. de vsuris. Respondeo, in specie d. l. si stipulatus, cōtractum venditionis præcessisse, ex quo venditor obligatus esse dicitur ad tradendum. Vnde, si sequatur stipulatio; *Rem dari*, præcedentem obligationē non nouat, quia non est verisimile plus venditorem ea stipulatione promittere voluisse, quàm iudicio empti præstare teneretur.

CAPVT LX.

Vtrum mulier renunciare possit, Senatusconsulto Velleiano.

VTrum mulier beneficio Senatusconsulti Velleiani renunciare possit, non eadem est omnium sententia. B Negant eam renūciare posse Bart. Bald. Alberic. Paulus Castren. & Salic. ad l. vlt. §. vltim. ff. ad Vellianum. Cyn. & Angel. ad l. vlt. C. eod. titu. Angelus Aretin. in §. Item si quis in iudicio, nu. 20. in Instit. de except. Abb. & Felyn. in c. si diligenti, de foro compet. ille, nu. 14. iste, nu. 9. Sephin. Senensis, de priuilegijs iuramenti, priuilegio 99.

Fundamentum est, quia eadem facilitate, qua mulier inducitur ad fideiubendum, & se obligandum, moueri videtur etiam ad renunciandum, argum. l. doli, §. diuersum, ff. de nouatio. l. vlt. C. de pactis pignor. & l. mulier, 2. C. ad Velleian. vbi dicitur, secundam mulieris fideiussionem ante lapsum biennij nihil sibi præiudicare, quoniam adhuc eadem consequentia suæ fragilitatis in eadem iacturam inciderit.

Cæterum, affirmant mulierem renunciare posse Glo. Odoffred. & Fulg. in d. l. vlt. §. vlt. Azo, in Summa, C. eo. tit. Hostiens. in Summa, de fideiussor. §. mulier, Zasius C Singul. responsor. lib. 2. cap. 18. Iacobus Cuiacius obseruatio. lib. 20. c. 34.

Argumenta sunt ista. Primum, ex l. vlt. §. vlt. ff. ad Velleian. ibi: *Cauere debebit exceptione,* (scilicet Velleiani) *se non vsuram.*

Secundum est ex Auth. Matri, & Auiæ, quando mulier tutelæ officio fungi possit, ibi: *Et renunciet Senatusconsulti Velleiani præsidio.*

Tertium argmentum ex antiqui Iuris regula. Omnes licentiam habere, his, quæ pro se introducta sunt, renunciare, l. penult. C. de pactis.

Distinctione vtuntur idem Bart. in d. § vlt. Imola, in c. Ex rescripto, de iureiur. Couuar. in c. quamuis, de pactis, lib. 6. in 2. part. §. 3. nu. 4. & 5. & Antonius Gomesius, Variar. resol. tit. de contract. c. 13. n. 17. Aut renunciat in iudicio, aut extra iudicium. Priore casu valet renūciatio, posteriori nequaquam.

Alia denique vtuntur distinctione Decius & Alcia- D tus, ad l. penult. C. de pactis: Aut in eodem instrumento, quo mulier se obligat pro alio, renunciat Velleiano, & non nocet renunciatio, Aut ex interuallo temporis post obligationem, & valet.

Ego vero sententiam eorum amplector, qui affirmant renunciationem valere, euincitur enim satis clarè legib. & argumentis superius allatis.

Nec quicquam facit illa ratio, quod mulier renunciare videatur eadem fragilitate, quia sibi imputet. Neque enim inuito beneficium confertur.

Nec fundamentum solidum habet ea distinctio, vtrum in iudicio, vel extra iudicium mulier renunciauerit. Quia l. vlt. §. vlt. ff. ad Velleian. non loquitur de renunciatione in iudicio facta. Ita enim habet: *Cauere debebit exceptione se non vsuram, & sic ad iudicem ire.* Nihil autem prohibet, quin ea verba accipiamus tam de cautione extra iudicium, quam in iudicio.

CA-

C A P V T LXI.

Explicantur duæ aliæ Controuerſiæ de eadem re.



SEd dato, quod in obſcuro ſit, an renunciatio valeat, de qua in præcedenti capite diſputauimus. Suboritur alia controuerſia, an valeat, ſi iuramento ſit corroborata. Et ſunt qui opinentur non valere, quia iuramentū ſequitur naturam actus, cui adijcitur, l. vlt. C. de nō numerata pec. ita Gloſ. in Auth. Si qua mulier, in verbo, Nullatenus, C. ad Velleianum. Grammaticus deciſ. 76. num. 20. vbi alios citat, quibus ego non aſſentior, autoritate text. in cap. Ex reſcripto, de iureiur. vbi S. Pontif. de muliere quæ fidinſſerat fide præſtata (loco iuramenti) verba faciens, ait eam eſſe cogendam, vt conuentionem adimpleat.

Atque ita docent Bauerius in tract. de virtute iuram. in 17. effectu, Corſet. ad Rubr. de Iureiur. priuil. 17. Gloſ. B & Abbas in d. c. ex reſcripto, Tiraquell. ad l. ſi vnquam, in præf. nu. 136. C. de reuocan. donat. Couuar. ad c. quamuis, de pact. lib. 6. par. 2. §. 3. nu. 5. Seraph. Senenſ. de priuil. iuram. priuil. 99. Non obſtat argumentum contrariæ ſententiæ, quia l. vlt. C. de non numer. pecun. loquitur in ea ſpecie, in qua deficit conſenſus iurantis, quo caſu non magis obligatur, quam ſi abſque iuramento promitteret, ſicuti declarat Bart. in l. ſi quis pro eo, ff. de fideiuſſ. & Iaſon in l. Si conuenerit, ff. de iuriſdict. omn. iud.

Denique eſt controuerſia inter Doctores, an ſi mulier pro alio obligetur, iureiurando interpoſito, non tamen renunciando Senatuſconſulti beneficio, Vtrum efficax ſit obligatio, nec iuuetur exceptione. Etenim exceptionē ex Senatuſconſulto hoc in caſu mulieri ſe obliganti cōpetere, Autores ſunt Io. And. in Additio. ad Specu. tit. de renunciatio. col. 3. Imola & Aret. ad l. Sciendum, ff. de verb. oblig. Iaſon in Auth. Sacramenta puberum, nu. 56. C. ſi aduerſus venditionem, Couuar. alios citans, in d. c. C quamuis, part. 2. §. 3. nu. 5.

Fundamentum autem eſt, quia iuramentum non porrigitur, ad incognita & incogitata, cap. Veniens, c. Quintauallis, de Iureiur. Sed mulier præſumitur ignorare vim Senatuſconſulti Velleiani, argumento l. ſi emancipata, C. de iuris & facti ignorantia, l. In bonorum, ff. eo. tit. & eorum, quæ notantur in l. iuris ignorantia. C. qui admitti, &c. Ergò non præſumitur mulier de eo Senatuſconſulto cogitare, & conſequenter iuramentum ad illud nō porrigitur.

Sed contraria ſententia mihi videtur facilè euinci, ex d. c. ex reſcripto, de iureiur. vbi mulier fideiubens obligatur efficaciter propter iuramentum, nec vlla ſit mentio renunciationis factæ Velleiano. Facit ab hac ſententia, qđ habetur in c. quamuis, de pact. lib. 6. & in c. cum contingat, eo ti. Atq; ita docent Bart. in l. ſi quis pro eo, nu. 11. ff. de fideiuſſ. & in Auth. ſacramenta puber. C. ſi aduerſus venditio. & ibid. Ang. & Caſtrenſ. Abb. Imo. & Fel, in d. D c. ex reſcripto, idem Fely. & Ant. Butr. in c. ſi diligenti, de foro compet. Ant. Burgos, in c. penult. nu. 56. de empt. & vend. Tiraq. alios citās, ad d. l. ſi vnquam, in præfatione, nu. 131. & de leg. Connubial. Gloſ. 5. nu. 148. Anto. Gomeſ. de Contract. c. 13. ante nu. 18.

Non obſtat argumentum contrariæ ſententiæ, quia vinculum iuramenti præualet omnibus iuris ciuilis ſanctionibus propter religionem, vt patet ex d. c. cum contingat, & ex d. c. quamuis, & ex aliis locis. Verum quidem eſt iuramentum non eſſe porrigendum ad incogitata & ignorata, ſed hic mulier cogitabat ſe obligare, & ſcire debebat, iuramentum non eſſe violandum. Quod verò ignoraret Senatuſconſulti beneficium, id ei nō ſuffragatur, ſicuti neque in ſpecie d. c. cum contingat, neq; in ſpecie d. c. quamuis, nec in ſimilibus caſibus, quibus iuramētum interponitur, iuris ignorantia prodeſt. Huc accedat quod dicit l. vlt. C. de iu. & facti ignor. Mulieri ius ignoranti non eſſe ſubueniendum, præterquam in caſibus ex- A preſſis. Nullibi autem expreſſum eſt, mulieri ius ignoranti, contra præſtitum iuramentum ſubueniri oportere.

C A P V T LXII.

Vtrum Senatuſconſulto Macedoniano renunciari poſſit.



FIliumfamilias renunciare nō poſſe exceptioni Senatuſconſulti Macedoniani, communis eſt Doctorum ſentētia. Ita Gloſ. & Bar. in l. Tametſi, 13. ff. ad Maced. Couuar. ad c. quamuis, de pactis, lib. 6. in 2. parte, §. 3. nu. 4. Anto. Gomeſi. de contractib. cap. 6. nu. 2. Petrus Mozius de contractib. tit. de Mutuo, nu. 19.

Fundamētum eſt ſatis firmum in d. l. Tametſi, ubi Iuriſconſultus; *Tametſi non oppoſita exceptione condemnatus fuerit filiusfamilias, cum tamen Senatuſconſulto tueri poſſe reſpondit.* Ex quo ſumitur argumentum renunciaB tionem non valere, ſi enim efficax eſſet, exceptione non oppoſita filiusfam. non iuuaretur, quaſi videretur ei beneficio renunciare.

Confirmatur hæc ſententia; quia Senatuſconſultum Macedonianum reſpicit publicam vtilitatem, ne videlicet filijfam. corrumpantur, vt in l. 1. ff. eo. Quare priuatorum pactis renunciari non poteſt, l. ſi vnus, §. pacta, & l. Iuriſgentium, §. ſi paciſcar, ff. de pact.

Sed contrariam ſententiam defendit Zaſius lib. 2. Singular. Reſponſorum, c. 18. cuius argumenta, quantum habeant momenti, diſpiciendum eſt.

Primò ſic argumentatur. Filiusfa. ex omnibus contractibus obligatur, l. Filiusfa. 38. ff. de act. & obli. Ergò etiā ex mutuo obligatur, ſi Macedoniano renunciauerit.

Reſpondeo, nego conſequentiam, quia iuſtas ob cauſas eo Senatuſconſulto proſpectum eſt, ne obligetur, vt in l. 1. ff. eo. quæ ſanè prouiſio eluſoria redderetur, ſi valeret renunciatio.

C Secundum argumentum. Exceptio Macedoniani filiofam. datur ad ſimilitudinem Velleiani, cuius exceptio competit mulieri. Ergò ſicut Velleiano mulier renunciare poteſt, ita & filiusfam. Macedoniano.

Reſpondeo; Rationem eſſe differētiæ, quia Velleiano conſulitur fragilitati mulierum. At Maced. bonis motibus proſpicit, ne videlicet filiifa. corrumpantur. Quamobrem, priuato commodo mulier renunciare poteſt. Sed filiusfam. nequaquam iuri publico derogare poteſt.

Tertium argumentum. Filiusfam. in foro conſciētiæ, vt vocant, peccat, ſi mutuum non reſtituat. Ergò renunciare poteſt exceptioni quā habet ex Macedoniano. Reſpondeo, negando conſequentiam.

Quartum argum. Odioſa eſt exceptio Macedoniani. Ergo ei renunciari poteſt. Reſpondeo, negādo conſequētiam, quia ſi renunciari poſſet, & inanis eſſet prouiſio, & filiorumfa. corruptioni aditus aperiretur, & occaſio delictorum inde naſceretur, quod præcauere in animum inD duxit legiſlator Vnde, quod recta via prohibitū eſt, non debet per obliquam extorqueri, c. cum quid vna via, de reg. iur. lib. 6. De Macedoniano loquens Imperator in §. Illud, in Inſt. quod cum eo qui in aliena poteſtate, ita dicit: *Qua ideo Senatus proſpexit, quia ſæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam conſumebant vitæ parentum inſidiabantur.*

Sed maior controuerſia eſt, cum filiusfam. mutuum contrahit iuramento interpoſito, an locum habeat Senatuſconſulti exceptio. Etenim variæ ac diuerſæ ſunt Doctorum ſententiæ.

Prima Bartoli, in l. ſi quis pro eo, nu. 10. ff. de fideiuſſ. iuramentum eſſe ſeruandum, & ideo impetrandam eſſe abſolutionem à iuramento, vt non cogatur ſoluere, aūt ſi ſoluerit, repetat ſoluta. Bartolū ſequitur (obiter tamē) Alciatus in c. cum contingat, n. 126. de iureiur.

Fundamentum autem vix intelligi poteſt aliter, quā ex verbis eius. *Quarto*, inquit Bartol. *prohibetur cōtractus in odium creditoris. Iſto caſu videtur, quod iuramentum ſi*

ſeruan-

ſeruandum, vt extra de Pignoribus, c. Significante, vbi videtur, ꝙ pactum legis commiſſoriæ in pignoribus, quod eſt reprobatum odio creditoris, ſi iuramentum ibi apponatur, eſſet ſeruandum. Et aduerte dico iuramentum eſſe ſeruandum, non dico, ꝙ pactum confirmetur per iuramentum, vt videtur tenere Inno. in d. c. Hoc eſt magni effectus propter multa. Primo, quia ſtatim cùm ego obſeruaui iuramentum meum, ego ſum abſolutus a iuramento meo, & apud creditorem remanebit res ſine cauſa. Et ideo poterit ille, qui iurauit petere, ꝙ liberetur vel abſoluatur a iuramento ſi remaneret obligatus, vel poterit agere contra creditorem condictione ſine cauſa. Exemplum, quando quis iurauit ſe ſoluturum vſuras, quod pactum eſt prohibitum odio creditoris. Si iſtud pactum poteſt impleri ſoluendo, et ſi impleatur, poterit debitor repetere. Sed ſi non haberet implementum, vt ſi iuraſſet ſe non repetiturum, ſi non poteſt impleri totaliter, peteret debitor ſe abſolui à ſuperiore ab illo iuramento, vt in c. Debitores, de iureiur. Et ideo dico ꝙ ſi filiusfam. renunciet Macedoniano, ipſe poſſet ſoluere propter timorem iuramenti, & poſtea condicere. Vel poſſet petere ſe abſolui ad cautelam. Huc vſq; Bart.

Secunda eſt opinio Abbatis Panor. in c. cùm contingat, de iureiur. nu. 12. Iuramentum hoc in caſu non obligare, & ideo abſolutione opus non eſſe. Ratio eſt: quia vr̃ eſſe contra bonos mores, & occaſionem dare peccandi & delinquendi, c. Non eſt obligatorium, de reg. iur. lib. 6.

Tertia eſt ſententia, filiumfa. iuramẽto obligari ad ſoluendum, & ſi ſoluerit, repetere non poſſe. Abſolutionem autem petendam, ſi eo in loco, quo mutuum contractum eſt, ſoleant filijfa. eam ob cauſam facilè corrumpi, & inde aliqua mala exoriri. Ita Anton. Butrius, & Imola, in d. c. cùm contingat. nu. 67. Corneus in Auth. Sacramenta puberum, nu. 31 C. ſi aduerſ. vend. Couuar. ad c. Quamuis, de Pactis, lib. 6. in 2. part. §. 3. nu. 4.

Fundamentum eſt: quia iuramentum eſt hoc in caſu interpoſitum ad confirmandum contractum, & obligationem per ſe non iniuſtam, neque in alterius aut animæ præiudicium vergentem: Conſequenter ſeruandum eſt, vt in d. c. cùm contingat, de iureiur. & alibi.

Quarta eſt opinio, viuente patre filiumfa. iuramento non obligari, ne ſcilicet inſidietur parentum vitæ, Mortuo autem patre, quaſi ratione ceſſante, filiumfam. obligari. Ita Io. Faber in §. Quæ diximus. Inſt. quod cum eo, qui in aliena poteſtate eſt, &c. ſequitur Anton. Gomeſ. de Contract. cap 6.

Poſtrema eſt ſententia Petri Mozij in tract. de Contract. tit. de Mutuo, nu. 17. filiumfa. non obligari iuramento, ſi de magno eius præiudicio agatur. Idque probat multis autoritatibus, quibus immodicè læſis ſuccurrendum dicitur. Quod ſanè quantum ad rem faciat, ipſe viderit.

Mihi ſanè eorum ſententia probabilior videtur, quam tertio loco retuli. Nam quod attinet ad Bartoli ſententiã, in primis memoria lapſus eſt, dum dixit repeti poſſe ſolutam pecuniam, cum doceat contrarium, l. Sed etſi pater, §. vlt. ff. ad Macedonianum. Deinde negat contractum confirmari poſſe iureiurando, quod vix concedi poteſt, cum ipſe mutui contractus licitus ſit, & iuris tantum ciuilis regulis infirmetur, quo caſu iureiurando confirmari probat, ca. Quamuis, de pactis, lib. 6. Nec ſanè video noſtris temporibus eam occaſionem dari filijsfam. vt parentum vitæ inſidientur, ſicut olim; Quod ſi in eo loco, vbi contractus geritur, talia facinora committantur, abſolutione impetrata à iuramẽto, locus eſſe poterit exceptioni.

Alia denique eſt controuerſia, An filiusfa. in foro animæ teneatur reddere mutuò acceptam pecuniam creditori. Et ſi quidem nullum ex ijs malis ſecutum ſit, ob quæ Senatuſconſultum factum eſt, filiumfa. teneri dixerunt Innocent. & Panorm. in ca. Quia plerique, nu. 26. de immut. Eccleſ. Iaſon. in §. Actiones, nume. 26. Inſtit. de act. Alciat. in c. Nouit, nu. 16. de iudicijs.

Fundamentum eſt reſpectu primi membri diſtinctionis, quia in foro animæ præſumptiones ceſſant & veritas præualet: Cùm verò aliquod ex dictis malis oritur, ſeruanda eſt legis conſtitutio, tanquam iuſta, etiam in animæ iu-

A dicio, ex traditis per Gloſ. in cap. quæ in Eccleſiarum, de conſtitut. & per Couuar. in c. cùm eſſes, de teſtamen.

Cæterùm, haudquaquam teneri filiumfa. in animæ iudicio, exiſtimarunt Bart. in Extrauag. Ad reprimendum, in verbo, Denũciationem, nu. 12. & Ant. Gomeſ. Variar. Reſol. tit. de Contract. c. 6. nu. 2. Et fundamentum eſt: quia lex iuſta ſeruanda eſt ẽt in foro conſcientiæ. Eſt aũt ea lex iuſta, quæ filiumfam. non obligari decernit ex mutuo, ex cauſis, de quibus in l. 1. ff. ad Maced.

Tertia eſt ſententia, quę mihi probabilior vr̃ ac tutior: Nempe filiumfa. teneri in animæ iudicio, atq; in foro, vt vocant, conſcientię, ad reſtituendam pecuniam. Ita Couuar. in d. c. Quamuis, de pactis. lib. 1. in 2. parte, §. 3. nu. 4.

Probatur hæc ſententia: quia filiusfa. naturaliter obligatur, quod patet: quia ſi ſoluat, non repetit, l. Sed etſi pater, §. vlt. ff. ad Maced. Ergò tenetur in foro conſcientiæ, ne locupletetur cum aliena iactura, contra ius & ęquum. Atque ſic exiſtimo.

B

CAPVT LXIII.

Prodigus an poſſit aliquem contractum facere, antequam ſit ei à Magiſtratu interdicta rerum adminiſtratio.


PRodigum contrahere poſſe, antequam ei bonis interdicatur, Autores ſunt in l. is cui bonis, ff. de verb. oblig. Accurſ. Bar. Bal. Angel. Caſtr. Rom. Alex. Aret. Iaſon, & Zaſius, nu. 16. Necnon Imola, & Ancharan. in cap. 1. de Teſtamentis, & Anton. Gomeſ. variar. reſol. titu. de contract. c. 14. nu. 31.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex l. Iulianus, ff. de curatorib. furioſo dandis, ibi. *Eos, quibus per Prætorem bonis interdictum eſt, nihil transferre poſſe*, &c. His enim verbis ſignificari videtur à cõtrario ſenſu prodigum eſſe aliquid transferre, antequam ipſi bonis interdicatur.

C Secundum eſt ex l. Patri pro filio, ff. de Minoribus, ibi: *Aut eius vita ſit iſte Adoleſcens, vt meritò bonis ei interdici debeat*. His verbis indicari videtur neceſſe eſſe, vt bonis interdicatur, alioquin contrahere poſſe prodigum.

Tertium eſt ex l. Tres Tutores, §. vlt. ff. de Adminiſt. Tutor. vbi is, qui prodigus eſt, Tutor appellatur, & ſic administrationem tutelæ non amittit.

Quartum ex l. ſed etſi lege. §. Conſuluit, ff. de petitione hæred. vbi dr̃, bonæ fidei poſſeſſorem non teneri pro bonis dilapidatis. Verbum *dilapidatis*, ſignificat prodigalitatem: & tñ nemo negauerit, alienationem factam à bonæ fidei poſſeſſore, valere. Nam ſi non valeret, obligatus eſſet hæredi cedere actiones ſibi competentes ad reuocandum malè alienata, l. Quod ſi Poſſeſſor, §. vlt. ff. eod. tit.

Quintum eſt ex l. non debet, ff. de dolo, vbi patet, prodigum habere actionem in factum aduerſus hominem emendatioris vitæ. Conſequenter habet adminiſtrationem rerum ſuarum, alioqui non poſſet agere, l. 1. C. Qui

D legitimam perſonam habeant ſtandi in Iudicio.

Sextum argumentum eſt ex l. 3. §. Præterea, ff. de ſuſpectis Tutorib. vbi probatur, Tutorem, qui malè adminiſtrat, & ideo ſuſpectus eſt, non eſſe ipſo iure adminiſtratione priuatum bonorum Pupilli, Ergo multò minus priuatus erit Prodigus adminiſtratione rerum ſuarum.

Septimum argum. eſt ex c. Veritatis, de dolo & contumacia, vbi probatur Epiſcopum dilapidatorem, non eſſe priuatum ipſo Iure adminiſtratione bonorum Eccleſiæ.

Poſtremum argumentum eſt ex eo, ꝙ ſi ipſo iure priuatus eſſet, ſuperuacaneũ eſſet ei bonis interdici à Prætore.

Contrariam ſententiam amplexi ſunt Gloſ. in l. is cui, ff. de Teſtamentis. Petr. à Bellapertica. Raphael. Cuman. & Imola, in l. is cui bonis, ff. de verbor. oblig. Bald. in conſil. 159. & ſeq. lib. 1. & 287. lib. 5. Io. Faber, in §. Furioſi, in Inſtitut. de Curator. furioſ. Federic. Senenſ. in conſil. 31. Alex. & Ripa, in d. l. is cui bonis, nu. 8. licet ibi Alex. magis ſuadeat communiorem ſententiam eſſe ſequendam, & Steph. Bertrand. in conſ. 488. lib. 3. incip. Caſus ſuper quo,

Argu-

A Argumenta sunt ista. Vbi aliquid est manifestum, & notorium, perinde statuendum est, ac si de eo sententia esset lata, argumento l. emptore, ff. de actioo. empt. Ergò si notorium & manifestum est quempiam esse prodigū, perinde abstinere debet ab administratione rerum suarum, ac si ei bonis esset interdictum.

Secundum argumentum sumitur ex leg. quibus dicitur, prodigo interdictam esse bonorum suorum administrationem, l. 1. ff. de curat. furios. l. is cui lege, ff. de testamentis, l. mutum, §. 1. ff. de acquir. hæred. §. furiosi, Instit. de curator. furios.

Tertium argumētum est; quia prodigus furioso æquiparatur, l. is cui bonis, ff. de verbor. oblig. l. his qui in ea causa, §. Diuus, ff. de tutor. & Curatoribus datis ab his, & cæt. l. 1. ff. de curator. furios. Sed furiosus ipso iure amittit bonorum administrationem, nec vllum negotiū contrahere potest, l. in negotijs, ff. de reg. iur. Ergò similiter & prodigus.

B Et hæc posterior sententia videtur mihi probabilior, & satis euidenter probari, ex l. 1. ff. de curator. furios. ait text. *Lege 12. Tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio.* Nec bona est expositio Glossæ, lex interdicit, id est, declarat interdicendam per Iudicem. Et si enim Iudex, tanquam legis administer, & executor, interdicat, id facit, vt cæteris innotescat eum esse prodigū, & sic vt de facto constet, non autem de iure. Iam enim iure illi interdicta est administratio.

Respondet Iason, textum illum retorqueri posse, quia dicit; Hodie Prætores, vel Præsides prodigis Curatores dare exemplo furiosi. Ergò licet olim lege 12. Tabularū interdiceretur administratio, hodie tamen alio iure vtimur, quia Magistratus interdicere debet.

Non rectè, quia non dicit textus aliquid immutatum esse, sed Magistratum Curatores dare solere prodigis ad exemplum furiosorum, & illis interdicere administrationem. Meritò. Parum enim prodesset, lege ita constitutū C esse, nisi legem executioni mandaret Magistratus. Itaque lex statim adimit administrationem, Magistratus declarat ademptam, legemque exequitur, vt de facto constet, & ne prodigus de facto pergat res suas prodigere, & malè administrare.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, l. Iulian. non probare, quia non potest ex ea sumi argumentum à contrario sensu: Post interdictam administrationem à Prætore, prodigus contrahere non potest, ergò ante poterit, quia lege 12. Tabul. iam interdicta est ei administratio.

Quæ responsio valet ad secundum argumentum in d. l. patri pro filio, quia interdicitur administratio à Prætore, ne prodigus de facto contrahat, & malè res suas administret.

Ad tertium respondeo. Textum in d. l. tres tutores, §. vlt. nil obstare, qui dicit Tutori manifestè prodigo permittendā non esse rerum administrationem ab alio con- D tutore.

Ad quartum respondeo. In d. §. consuluit, non constare, an bonæ fidei possessor prodigus esset, licet textus vtatur verbo dilapidationis, præterea nihil aliud decidit ibi I. C. nisi bonæ fidei possessorem nō teneri hæredi pro bonis dilapidatis, quia non est factus locupletior ex eis, & in malos vsus fortasse consumere potuit bona, vt nullus esset recuperationi amplius locus.

Ad quintum respondeo, non esse bonam consequentiam. Prodigo datur actio in factum, Ergo potest eam ipse exercere. Nam exercebitur per curatorem datum, vel dandum à Prætore, vt in l. 1. ff. de curat. furios.

Ad sextum respondeo, textum loqui de tutore suspecto, qui malè administrat, non autem de tutore prodigo, potest enim tutor malè administrare, licet non sit prodigus, si alijs vitijs laboret.

Ad septimum respondeo, textum non loqui de Episcopo manifestè prodigo, potest enim aliquis Episcopus dilapidare bona Ecclesiæ aliter, quā ex causa prodigalitatis.

A Ad vltimum argumentum respondeo, non frustrà interdici à Magistratu solere, quia multos operatur effectus ea interdictio: Primùm, vt de facto constet; Item, vt alijs innotescat. Et demum, ne ipse prodigus de facto pergat in administratione mala. Vide etiam hac de re Vasquiū Controuers. Illustr. lib. 1. cap. 17. nu. 2.

CAPVT LXIV.

Tractantur aliæ duæ Controuersiæ in materia prodigi.

SEcunda est cōtrouersia, an obligetur prodigus ex contractu iureiurando confirmato, postquam à Prætore ei bonis interdictū est. Tres sunt Doctorum sententiæ. Prima negat prodigum obligari. Huius autores sunt in d. l. is cui bonis, ff. de verb. oblig. Bart. Bald. Angel. Castr. Alexand. Iason, B Zasius, nu. 14. Ripa, nu. 57. Alciatus in c. cum contingat, nu. 216. de iureiur. Federicus Senensis, in cons. 31. Bertrand. in cons. 47. lib. 2. Couuar. ad c. quamuis, de pactis, lib. 6. par. 2. §. 3. nu. 8. Antonius Gomesius de contractibus, cap. 14. num. 22.

Argumenta sunt ista. Primum. Iuramentum debet habere tres Comites, Iustitiam, Veritatem, & Iudicium, c. etsi Christus, de iureiur. Sed prodigus non habet iudicium, immò comparatur furioso, cum nec modum, nec finem expēsarum habeat, l. 1. ff. de curator. furios. Ergò Iuramento non obligatur.

Secundum argumentum. Is, qui non paret superiori, peccat, c. 2. de maior. & obed. Sed prodigus ita contrahendo non paret Magistratui, ergò peccat, & consequenter iuramentum videtur illicitum, ac proinde non obligatorium, c. non est obligatorium, de reg. iur. lib. 6.

Tertium argumentum est, quia iuramentum videtur dolo extortum, quo casu non obligat, c. cum contingat, C de iureiur. Nam qui contra iura sic contrahit, dicitur esse in mala fide, c. qui contra iura, de reg. iur. lib. 6. l. si quis cum sciret, ff. pro emptore.

Contrariam sententiam secuti sunt Ant. Bur. & Imo. in d. c. cum contingat, de iureiur. Aret. in d. l. is cui bonis, ff. de verb. obl. Capella Tholosana, decis. 498. Bertrandus sibi contrarius, in cons. 172. lib. 1.

Argumenta sunt ista. Omne iuramentum est seruandum, quod non vergit in dispendium, salutis æternæ, aut in alterius detrimentum, d. c. cum contingat. Sed iuramē tum prodigi non est tale. Ergo eo uidetur obligari.

Secundum argumentum est ex eo, ꝙ licet lex prohibeat alienationem, valet tamen accedente iuramento. Id patet in Auth. Sacramēta puberum, C. si aduersus vend. ex d. c. cum contingat, & ex alijs locis. Ergò ualere debet contractus prodigi propter iuramentum, licet à Magistratu fuerit ei administratio bonorum interdicta, arg. l. vlt. C. de reb. alienis non alienan.

D Tertium argumentum. Prodigus æquiparatur adulto curatorem habenti, l. si curatorem habens, C. de in integ. restit. Sed iuramentum obligat adultum, Auth. Sacramē ta puberum. Igitur & prodigum.

Tertia est opinio Baldi in l. pactum, C. de collat. in 5. quæst. Aut prodigus habet curatorem; & non obligatur etiam iuramento: Aut non habet, & obligatur. Alibi aliter idem Bald. distinguit, cuius distinctionem refert & refellit Alexand. ad d. l. is cui bonis, ff. de verborum oblig. sub num. 16.

Mihi prior sententia, quæ & communior est, magis probatur, quia licet iuramentum obliget & seruandum sit, non tamen obligat ubi deficit iudicium. Aut certè eo casu facilè relaxandum est à Magistratu Ecclesiastico.

Negant contrariæ sententiæ autores prodigum iudicio carere, quia tenetur ex delicto. Item sibi acquirere potest. Non rectè; quia iudicio caret in his, quæ pertinet ad rerum suarum administrationem, non autem in alijs.

Ad argumenta patet responsio, quia iuramentum est seruandum & obligat, si modò comites tres habeat, inter quos est iudicium, vt dictum est. Quod verò dicitur prodigum adulto curatorem habenti comparandum, iure non probatur, quia l. si curatorem habens, non hoc dicit. Sed adultum curatorem habentem non absimilem esse prodigo, cui curatore dato bonis interdictum est. Non est absimilis, quantum ad hoc, vt contrahere non possit, sicut neque prodigus. Quantum ad iudicium animi, furioso prodigus comparatur, vt in l. 1. ff. de curator. furios. A

Tertia est controuersia in eadem materia prodigi, An ipso iure amittat etiam bonorum alterius administrationem? Duplex est Doctorum sententia, Altera Baldi, in l. 1. ff. de curat. furios. & Ripæ, in l. is cui bonis, nu. 15. ff. de verb. oblig. quibus & ego assentior, prodigum videlicet amittere bonorum administrationem alterius.

Probatur hæc sententia ex l. vlt. §. 1. C. de sent. pass. vbi dicitur, patrem amittere administrationem bonorum filij, si prodigus sit. Ratione etiam probatur: quia prodigus B priuatur administratione bonorum suorum, ergò multò magis priuabitur alienorum, in quibus longè minus iuris habet.

Altera sententia est Alex. & Aretini, in d. l. is cui bonis, non amittere; sicut nec tutores ipso iure administrationem amittunt, licet sint suspecti, sed remoueri debent à Magistratu, vt in l. tres tutores, §. vlt. ff. de administ. tut. & in l. 3. §. prætereà, ff. de suspect. tut.

Ad l. vlt. §. 1. C. de sent. pass. respondent, eam legem loqui de patre, qui ob delictum iam exclusus est ab administratione. Et quod dicitur prodigum amittere bonorum suorum administrationem, id negant verum esse, antequam ei bonis interdicatur.

Respondeo, tutorem quidem suspectum non statim administratione priuari, vt in legibus allegatis, sed de tutore prodigo non loquuntur dictæ leges. Non rectè autē negari posse, quin prodigus ipso iure amittat bonorum suorum administrationem, patet ex capite præcedenti. C Responsionem autem allatam ad l. vlt. §. 1. C. de sen. pass. confutant verba ipsius textus; Sic enim ait: *Nam si patria potestate ad corrumpendi, atque profundendi patrimonij licentiam abutetur, & furioso, ac dementi, item prodigo, omnium vitiorum seruo, non est eorum pecunia committenda. Quin ab administratione fugiat*, &c. His sanè verbis patet, patrem ab administratione remouendum, & ad eam non admittendum, si sit prodigus.

CAPVT LXV.

Tractantur aliæ duæ Controuersiæ de eadem materia prodigi.

QVarta est controuersia in eadem materia prodigi; nunquid si curator datus fuerit ei, qui re vera non sit prodigus, gesta à tali curatore valeant: Et valere responderunt Glos. in l. si ab eo, ff. de vsucap. in §. item prodigus, in D vers. Ratum, in Inst. Quib. non est permissum fac. testa. Bart. & Castrens. in d. l. is cui bonis, ff. de verbor. oblig. & ibidem Ripa, nu. 39. Bald. & Salic. in l. si putas, C. de petit. hæred. Abbas Panorm. in c. 1. ad finem, de sent. & re iud. Io. Andr. ad Specul. tit. de Instrum. edit. §. compendiosè, vers. Tertio. Alex. in cons. 182. lib. 5.

Fundamentum est in autoritate rei iudicatæ, l. res iudicata, de reg. iur. Præsertim, quia minimè conuenit quempiam ea decipi, l. 1. C. de precib. Imperatori offerendis. Huc accedat text. in l. 1. §. idem Pomponius, ff. quod falso tutore autore gestum, &c. vbi propter Prætoris autoritatem valent gesta à tutore minùs legitimo.

Contrariam sententiam amplexi sunt Odoffred. Cynus, & Albericus, in l. si putas, C. de petitio. hæred. Angelus, Alexander, Iason, Imola, Aretinus, & Zasius, nume. 17. ad l. is cui bonis, ff. de verborum obligat. Io. Faber, in § furiosi, Instit. de Curator. Guido Papæ, in consil. 169.

A Fundamentum est in l. tutor si petitus, & in l. Seiæ egressæ, ff. de tutor. & curat. datis ab his, &c. Quibus in locis dicitur: Si tutor alicui tanquam pupillo detur, qui nō sit, eam dationem non valere. Et idem esse, si aliter erratum sit in causa. Idem probat l. si putas, C. de petitio. hæred. ibi: *Iudice statuturo*, &c. Huc accedat ratio: Nam si prodigus ad sanos mores reuertatur, desinit ipso iure esse in potestate curatoris, l. 1. ff. de curat. furios. Ergò multò magis est dicendum tutoris dationem non valere, cum quis re vera non est prodigus.

Tertia est sententia sic distinguens. Aut is, cui tanquā prodigo curator datus est, inuito & contradicenti, & in iudicio contendenti, se non esse talem, datus est. Et tunc propter autoritatem rei iudicatæ, à qua non est appellatū, valet curatoris datio; Aut verò non contradixit, sed simpliciter consensit in curatorem, & tunc secus. Ita distinguit Ripa, post Imol. in d. l. is cui bonis, nu. 40.

Et hæc sententia videtur mihi probabilior, quia, vbi B sententia non est lata contra ius constitutionis, sed contra ius litigatoris, valet, & ab ea est appellandum, aut si non appelletur, ei parendum, l. 1. ff. quæ sententiæ sine appell. rescind. l. 2. C. quando prouoc. nō est necesse. Et hoc in casu locum habent argumenta prioris sententiæ. Si verò res in contradictorio iudicio non agatur, sed Prætor ex officio, vel ita instantibus cognatis eius, qui prodigus esse dicitur, curatorem decreuerit, tanquam prodigo, cū non esset, potest dici obreptum esse Prætori, & consequēter dationem non valere, l. cum verò, §. subuentum, ff. de fideicommiss. liber. l. 1. §. hæc verba, ff. ne vis fiat ei. Bart. in cons. 91. num. 2. lib. 1. Castren. in d. l. is cui bonis, ante num. 4. Menoch. de retinen. possess. rem. 1. nu. 15. cum sequentibus. Et hoc in casu locum habent argumenta posterioris sententiæ.

Quinta controuersia. An & ei, qui moribus malis præditus est, vtpotè lusor, libidinosus, & alijs malis artibus addictus, bonis interdici queat? Et sunt qui existimant C posse, autoritate l. & mulieri, ff. de curatore furios. ibi: *Et mulieri, quæ luxuriose viuit, bonis interdici potest.* Ita Ripa, ad d. l. is cui bonis, nu. 16. ff. de verb. oblig. Ant. Gomes. de contractib. cap. 14. nu. 33.

Sed hanc sententiam rectè refellit Pinellus ad l. 4. C. de bonis matern. nu. 20. Quia verbum *luxuriosè* in d. l. & mulieri, idem significat, quod prodigè, vt ibi præclarè ostendit ex Latinis autoribus, ex Antonio Augustino, & alijs. Quo fundamento sublato, nullum est aliud, quo dicta sententia nitatur, Vnde, vt corruat necesse est.

CAPVT LXVI.

Aliæ duæ Controuersiæ de eadem re.

SExta controuersia, an ex eo; quòd quis per sententiam Iudicis declaratus est prodigus, censeatur ei bonis interdictum. Et non censeri existimarunt Bart. in d. l. is cui bonis, D nu. 2. ff. de verb. oblig. & alij, quos refert ibidem Ripa, nu. 30. Fundamentum est, quia declaratio, & interdictio sunt diuersa. Vnde de vna non infertur ad aliam.

Sed contrariam sniam sequuti sunt Bald. ad l. 1. ff. de curat. furios. & in l. vnica, C. de confessis, Imola, Cumanus, Alex. Aret. Roman. & Ripa, in d. l. is cui bonis. Fundamētum est, quia interdictio bonorum videtur tacitè sequi ex declaratione: Vnde pro expressa haberi debet, argum. l. quid tamen, §. si arbiter, ff. de recept. arbitr. Sicuti cum quis deliquisse declaratur, videtur in consequentiā condemnatus ad pœnam, l. 1. §. calumniatorib. ff. ad Turpil.

Et hæc sententia mihi magis probatur, quia ipso iure prodigus amittit bonorum suorum administrationem, vt dictum est suprà, ex l. 1. ff. de curat. furios. & ex alijs legibus. Quare cum à Iudice declaratus est prodigus, nihil proponi video, cur ei bonorum administratio nō censeatur interdicta. Licet enim aliud sit sententia declarans;

quàm

quià bonorum interdictio, vt in argumento contrariæ opinionis, hæc tamen ex illa ſequitur. A

Septima controuerſia. Si Iudex edicto ſuo prohibuerit, ne quis contrahat cum aliquo, quia eſt prodigus: An videatur interdictum bonis ipſi prodigo? Et non videri reſpondit Bart. in d. l. is cui bonis, nu. 3. Quia interdictio fieri debet ipſi prodigo, l. Iulian. ff. de curat. furioſor.

Sed in contrarium eſt communis opinio, cui & ipſe accedo, ſi modò edictum emanauerit adhibita cauſæ cognitione, & in eo contineatur id, quod dictum eſt ſuprà, nempè, omnes prohiberi contractus facere cum Tino, quia prodigus eſt. Neque enim inſpici debet verborum cortex, ſed vis ipſorum, & loquentis intentio, c. intelligentia, de verb. ſigo. Nemini autem dubium eſſe poteſt, quin ea fuerit edictum proponentis intétio, vt prodigus à rerum ſuarum adminiſtratione abſtineat. Iuuatur hæc ſententia ex notatis in l. 1. C. de Cupreſſis, lib. 11. & in l. vlt. C. de iudic. uiduit. toll. Quare ego arbitror perinde eſſe, ac ſi ipſi prodigo interdictum eſſet. Atq; ita docent, B Paul. Caſtr. Alexand. Aretin. & Ripa, in dicta l. is cui bonis. Quibus & ipſe aſſentior.

CAPVT LXVII.

Aliæ duæ Controuerſiæ de eadem materia.



OCtaua cõtrouerſia. Vtrum per dationem curatoris alicui, tanquam prodigo factam, videatur interdicta bonorum adminiſtratio. Et videri exiſtimát Bart. in d. l. is cui bonis, nu. 4. Caſtr. nu. 8. Alex. nu. 18. Iaſ. nu. 13. Ripa, nu. 34. Quorum potiſſimum eſt fundamentum: (Nã leges, quas Bart. pro hac ſententia allegat, nihil probant) quia ex curatoris datione neceſſariò intelligitur, eam eſſe Prætoris intentionem, vt non ipſe prodigus adminiſtret, ſed curator. Facit regula l. illud, ff. de acq. hæred.

Contrarium reſponderunt Bald. & Angel. in d. l. is cui C bonis, qui mouentur autoritate Innocentij, in c. grandi, de ſupplenda negligent. prælator. lib. 6. Sed nihil dicit Innocentius eo in loco, quo iſtorum ſententia iuuetur, vt animaduertit Alex. loco annotato. Quare priori ſententiæ, quæ & communior eſt, magis adhæreo.

Nona controuerſia. Vtrum prodigus in integrum reſtitutionem petere poſſit aduerſus ea, quæ geſſit, antequã ei bonis interdiceretur. Affirmant Gloſ. in l. patri pro filio, in verbo, Interdici, ff. de minorib. Bart. ad l. Marcellus, col. 1. verſ. Iſtud nota, & ibid. Caſtr. col. vlt. de fideiuſſor. Io. Andr. ad Specul. in Rubr. de præſcript. Alex. in l. ſi curatorem habens, C. de in integr. reſtit. Bald. in cõſ. 587. Proponitur quod adultus, lib. 5. Roma. Sing. 226. Fui interrogatus, vbi declarat verum eſſe, ſi iuſta cauſa ſubſit.

Fundamentum eſt, quia prodigus, & minor æquiparantur, eiſdemque priuilegijs, ac beneficijs perfruuntur, l. 4. ff. de priuileg. cred. Ergò ſicut minori læſo conceditur in integrũ reſtitutio. Ita & prodigo videtur concedẽda. D

Contrariam ſententiam habuere Odoffr. & Alberic. in d. l. ſi curatorem habens, & Iaſ. in d. l. is cui bonis, nume. 15. Fundamentum eſt, quia nulla lege id eſt cautum in prodigo. Immò contractus ab eo facti, ante quã interdicatur adminiſtratio, legitimi reputantur, l. Iulianus, ff. de curatore furioſ. Quare contrahentes decipi non debẽt legis autoritate, l. 1. C. de his, qui veniã ętatis impetrau.

Sed prior ſententia, quæ & cõior eſt, mihi probabilior videtur. Nam cum lex & minori, & pupillo, & furioſo, & inſano, prodigum comparauerit, ſatis clarè voluiſſe videtur, ét iſti ad ſupradictorum exemplum eſſe ſuccurrendum. Et hæc ratio communi Doctorum ſententia roborata, ſufficere debet pro lege. Nec verum eſt, quod aſſeueratur in argumentũ contrariæ opinionis, contractus prodigi, ante interdictionem bonorum factam, à lege approbari. Hoc non dicit lex allegata, & contrarium innuit l. 1. ff. de curator. furioſo. dum prodigo ſuorum bonorum adminiſtrationem prohibet.

A

CAPVT LXVIII.

Duę aliæ Controuerſię de eadem materia.



DEcima controuerſia. Vtrum valeant contractus à prodigo geſti poſt interdictam bonorum adminiſtrationem, quæ tamen publicata non eſt, & ignorabatur ab eo qui contraxit. Et valere dixit Caſtr. in d. l. is cui bonis, num. 11. Aretin. ibidem num. 2. verſ. Aduerte tamen, Ripa, num. 37.

Fundamentum eſt in l. ſed ſi pupillus, §. de quo, & §. proſcribere, ff. de inſtit. vbi dicitur, publicari debere prohibitionem factam, ne quis cum inſtitore contrahat, alioqui contractus valeat.

Huc accedat text. in l. ſi ſciens, ff. de contrahen. empt. & in l. ſi ab eo, ff. de vſucapion. Quibus in locis probatur, contractum factum cum prodigo non valere, ſi contra- B hens ſciebat eſſe prodigum. Ergò ſecus, ſi ignorabat, à contrario ſenſu.

Sed contrariam ſententiam ſecutus eſt Alexand. ad d. l. is cui bonis, nu. 12. eo argumento, quod iure non probetur hoc in caſu valere contractus. Sed cum non reſpondeat ad l. ſi ſciens, ff. de contrahen. empt. cuius autoritate valdè probabilis prior eſt ſententia, eam tanquam communiorem, & æquiorem magis probo.

Poſtrema controuerſia. Vtrum prodigus ex delicto obligetur, ad pœnam ſcilicet delicti. Et non obligari reſpõdit Gloſ. in l. ſi quis in tantam, in verſ. Earundem ter. C. vnde vi. Nam res ſuas alienare non poteſt, d. l. is cui bonis, ff. de verb. oblig. Poterat & illud adferre, quod ait Iuriſconſultus. *Furioſi & eius cui bonis interdictum eſt, nullam eſſe voluntatem*, l. furioſi, ff. de reg. iur.

Secunda eſt ſententia Bartoli, ad d. l. is cui bonis, prodigum ex delicto obligari, vbi non agitur de bonorum alienatione. Sequitur Zaſius ibi, nu. 19. eius ſenſum de- C clarans hunc eſſe, vt prodigus corporali pœna ob delictũ affici poſſit, non autem pecuniaria, quia ſicut contrahendo res ſuas alienare non poteſt, ita nec delinquendo.

Tertia eſt ſententia prodigum ex delicto obligari, ſi delictum conſiſtat in faciendo, ſecus ſi in omittendo. Autores ſunt Caſtrenſ. in d. l. is cui bonis, & Alex. nu. 20. & 21. Iaſon, num. 17. Aretin. num. 8. Ripa, num. 54. Dec. in d. l. furioſi, nu. 6.

Fundamentum eſt in eo, quod cum prodigus deliquit, non videtur eſſe dignus auxilio, & fauore legis, argumẽto l. auxilium, ff. de Minorib. Et quoniam prodigus minori comparatur, l. ſi curatorem habens, C. de in integ. reſtit. Sicut minor excuſatur, ſi omittat id, quod facere debet, l. 2. C. ſi aduer. delictum, ita & prodigus, l. Fulcinius, §. Adeò, verſ. Idemque in prodigo, ff. ex quib. cau. in poſſeſſ. eatur.

Poſtrema eſt ſententia prodigum obligari ex delicto, in faciendo, tam ad pœnam corporalem, quàm ad pecu- D niariam, reprobata diſtinctione Bartoli. Ita Menochius poſt alios quos commemorat de recup. poſſeſſ. Remedio 9. num. 96.

Et hæ duæ poſteriores ſententiæ videntur mihi probabiliores; Etſi enim interdicta ſit prodigo bonorum ſuorum adminiſtratio, non tamen ei conceſſum videtur impunè delinquere. Et cum in rebus ſuis adminiſtrandis iudicio careat, idcirco ei tanquam furioſo, à lege ſuccurritur. At ſi delictum committat, legis auxilium non meretur, quam ipſe contemnit. Quare quod dicitur prodigi nullam eſſe voluntatem, hunc ſenſum habet; nempè, nõ obligari ex contractu, quia conſenſus requiritur, & voluntas, & ipſe non habet conſenſum & voluntatem, quoniam prohibetur cõtrahere. Nec inde ſequitur, eum per omnia furioſum imitari, quia excepta cauſa prodigalitatis, nihil prohibet, quin in reliquis rebus intelligat, quid rectum ſit, & quanta ſit delicti grauitas, licet fortaſsè mitius puniri debeat, cum plenum non habeat iudicium. Et ita puto iuri conſonum.

CAPVT LXIX.

Expenduntur duæ Controuersiæ circa contractum Mutui.

MVtuatus frumentũ, reddere posse inuito creditori æstimationem eius in pecunia, existimauit olim Iacobus de Arena, autoritate l. vinum, ff. si cert. pet. Et l. ratio, §. si per venditorem, ff. de act. empt. & l. quoties in diem, ff. de verb. oblig. Pecunia enim omnia æstimantur, l. si ita fideiussorem, ff. de fideiussor. Sed quanquam Iason, & Curtius adstipulari videantur, hæc tamen Arenei sententia nigros tulit ab omnibus calculos, vt dicebat Comes Federicus Scotus, ad l. 2. §. 1. nu. 172. ff. si certum petatur, & meritò. Mutuum enim damus recepturi idem genus, vt in d. l. 2. alia est ratio debitoris, qui est in mora, & ideo tenetur ad æstimationem quanti plurimi, vt d. l. vinum, & in d. §. si per venditorem.

Sed alia est controuersia. Sitne mutuum, cum ita est conuentum, vt debitor non eiusdem bonitatis rem restituere possit, vt pro vino, mustum; pro vetere, nouum, pro consistente, fugiens. Et in hac specie mutuum non contrahi, sed alium contractum innominatum existimarunt Fulgos. & Roman. in d. l. 2. ff. si cert. pet. Quia ad substantiam mutui pertinere videtur, vt æquè bonum reddatur, l. cum quid, ff. eod. Et Imperator in §. 1. in Instit. quib. mod. re contrah. oblig. *Mutui datio*, inquit, *in iis rebus consistit, quæ pondere, numero, mensura ve constant*, &c. Item paulò post; *Et quandoque nobis non eadem res, sed aliæ eiusdem naturæ, & qualitatis reddantur*. Quòd verò pertinet ad contractus substantiam, illa partium conuentionibus immutari non potest, l. 2. ff. si cert. pet. l. 2. ff. de vsufruct. ear. rer. quæ vsu consum.

Alij docuerunt id genus contractus mutuum esse, si id contrahentes expresserunt, se velle mutuum contrahere, alioqui contractum esse innominatum. Ita olim Christophorus Castilioneus teste Iasone in repet. l. cum quid, nu. 21. & Dec. ibidem, nu. 5.

Fundamentum est, quoniam non pertinet ad substantiam mutui, sed potius ad naturam, vt æquè bonum reddatur. Ideo pactum contra naturalia contractus valet, l. pacta conuenta, ff. de contrahen. empt. & ibi Glos. notat. cum verò id non exprimitur à contrahentibus, meritò non est mutuum, quia talis conuentio naturam creditæ pecuniæ excedit, l. Titius, ff. de præscript. verb. & ibi Gl. in vers. Excedat.

Tertia est sententia vera & communis, eam conuentionem non impedire, quò minus sit mutuum; Quia mutui substantia in eo consistit, vt idem genus reddatur, l. 2. ff. si cert. pet. Vt verò æquè bonum reddatur, id respicit accidentalia ipsius contractus. Ita docuerunt Bart. in d. l. cum quid, in 5. not. ff. si cert. pet. Castr. ibid. Dec. num. 5. Alciat. nu. 4. Federicus Scotus Comes, in d. l. 2. §. 1. num. 198. eodem tit.

Non obstant argumenta contrariæ sententiæ. Nam quòd attinet ad d. l. cum quid, non ibi dicit Iurisconsultus ad substantiam mutui pertinere, vt æquè bonum reddatur, sed tacitè id cautum videri. Quo modo etiam est accipiendus Imperator in d. §. 1. in Instit. quib. mod. re contrah. oblig.

Ad text. in l. Titius, ff. de præscript. verb. respondeo, Iurisconsultum ibi locutum de alia conuentione, nempè, vt explicat Accurs. cum vt minus reddatur, actũ est. Ea conuentio naturam excedit creditæ pecuniæ. Quia non idem redditur in genere suo, secundum mutui naturam; sed minus. At in quæstione nostra idem redditur, sed non eiusdem bonitatis.

A

CAPVT LXX.

Alia de mutuo Controuersia ad interpretationem l. si quis nec causam, ff. si cert. petat.

SI quis nec causam, nec propositum fœnerandi habueris, & tu empturus prædia, desideraueris mutuam pecuniam, nec volueris credi ti nomine, antequam emisses, suscipere, atque ita creditor, qui necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, vt si emisses, crediti nomine obligatus esses. Hoc depositum periculo eius est qui suscepit. Nam & qui rem vendendam acceperit, vt precio vteretur, periculo suo rem habebit. Verba sunt I.C. in l. 4. ff. si certum petatur.

Ad eius aũt interpretationem necesse est intelligere, de quo periculo sit textus accipiendus; nempè, an etiam de periculo casus fortuiti. Et quidem etiam de periculo

B casus fortuiti textum accipiendum existimauit, Ioannes antiquus Doctor, quẽ secuti sunt Decius, Curtius, Corneus, Aretinus, & Alciatus in Commentarijs eiusdẽ legis. Quorum illud est fundamentum; quod textus simpliciter & absolutè dicit, periculum ad depositarium pertinere. Constat aũt periculi nomine etiam casum fortuitũ venire, l. si tibi rem inspiciendam, ff. de præscript. verb.

Huc accedat text. in l. rogasti, ff. eo. tit. ex quo patet depositarij periculum esse, etsi nulla sit eius culpa, consequẽter etiamsi periculum ex fortuito casu veniat. *Quod si lãcem vel massam*, inquit, *sine tua culpa perdideris, antequã venderes, verum mihi, an tibi perierit, quæstionis est. Mihi videtur Neruæ distinctio verissima, existimantis, multum interesse, venalem habui hanc lancem, vel massam, nec ne. Si venalem habui, mihi periere, quemadmodum si alij dedissem vendendam, quod si non fuit hoc propositum, vt venderem, sed hæc causa fuit vendendi, vt tu vtereris, tibi eam perijsse*, &c.

C Contrariam sententiam, nempè, non de periculo casus fortuiti, sed de eo periculo, quod ex culpa aliqua depositarij euenit. Nam etsi de dolo tantum depositarius teneatur; hoc tamen casu de culpa, & negligentia tenebitur, amplexi fuere Azo, Bart. Castr. Alex. num. 5. Iason, num. 25. Zasius, Socin. sen. nouissimè Viglius, num. 12. in Commentarijs d. l. si quis nec causam. Quibus sanè adstipulor.

Probatur verò hæc sententia. Primò, quia dominium pecuniæ est penes deponentem, antequam depositarius ea vtatur. Periculum autem casus fortuiti ad dominum rei spectare solet, l. pignus, l. quæ fortuitis, C. de pignor. actio.

Secundò. In commodato ita constitutum est, vt licet gratia commodatarij fiat, periculum tamen casus fortuiti ad commodantem spectet; vt in Instit. Quibus modis re contrah. oblig. §. item is cui.

Tertiò probatur; quia casus fortuiti in nullo bonæ fi-
D dei iudicio præstantur, d. l. quæ fortuitis, C. de pign. act. l. contractus, de reg. iur.

Quartò ex l. 1. §. sæpè, ff. depositi, vbi dicitur eum, qui se deposito obtulit, periculo se obligasse, & non solum dolum, verum etiam culpam & custodiam præstare debere, non tamen casus fortuitos. *Sæpe euenit*, inquit, *vt res deposita, vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur, vt puta si hoc nominatim conuenit. Sed & si quis se deposito obtulit, idem Iulianus scribit periculo se depositi illigasse, ita tamen vt non solum dolum, sed etiam culpam & custodiam præstet. Non tamen fortuitos casus.*

Ex quo textu colligitur responsio ad primum argumentum contrariæ sententiæ. Nam etsi periculi appellatione venire possit etiam casus fortuitus, non tamen in deposito venit, sicut nec in alijs bonæ fidei iudicijs. Et patet, non esse bonam consequentiam; Aliquis de periculo tenetur, ergò & de casu fortuito. Quare & legem, de qua agimus, ita sanè æquum esse videtur interpretari, vt periculũ illud intelligat, de quo intellexit alter I. C. in

dicta

dicta l.1.§.sæpè, non autem periculum casus fortuiti. Sic & in l.3.ff.nautæ, caupones & stabul. periculum ad nautam pertinere dicitur, non tamen teneri, si quid damno fatali contigerit.

Ad l.rogasti, respondent Bart. & alij, quod textus ait: *Sine culpa rem perisse*, accipiendum esse, de culpa lata vel leui, non aũt de leuissima. Potest dici Iurisconsultum in ea specie non loqui de deposito, sed de eo, qui rem dedit, ad hoc, vt venderetur. Nam in deposito ita receptum videtur, vt nunquam casus fortuiti periculo depositarius obligetur, vt in d.l.1.§.sæpè, ff.depositi.

Nec obstat quod dicitur, depositum hoc in casu gratia mutui factum esse, & ideo naturam eius sortitum, quia negatur consequentia: Nam antequam depositarius ea pecunia vtatur, tenetur ex deposito, & non ex mutuo, & quoniam fit ipsius depositarij gratia, meritò de culpa teneri debet, non autem de casu fortuito.

Denique in commodato extat lex apertè dicens commodatarium de casu fortuito non teneri, etiamsi omne periculum ab eo præstandum sit. Ait Vlpian. *Commodatum autem plerunque continet vtilitatem eius solam, cui cõmodatur, & ideo verior est Quinti Mutij sententia existimãtis, & culpam præstandam & diligentiam. Et si fortè res æstimata data sit, omne periculum ab eo præstandum, qui æstimationem se præstaturum recepit. Quod verò senectute contingit, vel morbo, vel vi latronum ereptum est, vel si quid simile accidit, dicendum est, nihil eorum esse imputandum ei, qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interueniat.* Hactenus I.C. in l.si vt certo, §.nunc videndum, ff.commod. Quibus verbis facilè intelligitur, quàm sit alienum à lege, vt de fortuitis casibus quisquam obligetur in contractu, in quo omne periculum alioqui ad aliquem spectare constitutum est. Et hæc interpretatio quin adhiberi possit in hac lege, nihil proponi animaduerto.

CAPVT LXXI.

Tractantur duæ Controuersiæ ad interpretationem l.quod te, ff. si certum petatur.



Quod te mihi dare oporteat, id postea perierit, quàm per te factum erit, quò minus id mihi dares, tuum fore detrimentum constat. Verba sunt Iurisconsulti, in l.5. ff. si cert. petat.

Duo autem sunt potissimum controuersa. Primum, quid in debitore quantitatis respectu certæ speciei sit dicendum, an scilicet perempta specie ante moram liberetur, sicut debitorem certæ speciei liberari constat. Alterũ est, an si post moram res perempta sit, debitor indistinctè teneatur, an verò distinguendum sit, an similiter apud creditorem peritura esset.

Quòd attinet ad primum: Debitorem non liberari existimarunt Raphael Cumanus, & Io. Francis. Ripa, in Commentarijs huius legis. Quorũ argumenta sunt ista.

Primum ex l.fundum Cornelianum, ff.de nouatio. in illis verbis: *Denique meliore, vel deteriore facto, sine culpa debitoris postea fundo, præsens æstimatio fundo petito, rectè consideretur.*

Secundum est ex l.hominem, ff. mandati, ibi: *Et ideo etiamsi mortuus fuerit, vtilis ea actio est.* Tertium ex l.vir vxori, ff. de dote præleg. vbi, licet mancipia moriantur, æstimatio tamen debetur.

Quartum ex l.æstimatæ, ff.sol.matr. & ex l.plerunque, ff.de iure dotium, vbi dicitur, maritũ nõ liberari interitu rerum dotalium, sed teneri ad æstimationem præstandã.

Quintum argumentum. Accessorium sequitur naturã sui principalis, sed principalis obligatio hoc in casu est ad quantitatẽ, quia species debetur respectu quantitatis. Ergò, debitor non liberatur ex interitu ipsius rei, quia debitor quantitatis non liberatur, l.incendiũ, C. si cert. pet.

Contrariam sententiam amplexi sunt Castrens. Alex. Ias. Dec. Alciat. Cagn. & alij, in d.l.quod te, quibus, & ipse adstipulor. Probatur primò, ex l.Titiæ textores, §.vlt.

A de leg.1. *Si alteri Stichum hæres dedit*, ait Iurisconsultus, *quem duobus dare damnatus fuerat, & antequam interpellaretur ab altero, Stichus mortuus est, hæres non tenetur, quia nihil per eum factum intelligitur.* In ea specie hæres tenebatur æstimationem Stichi alteri legatario præstare, & sic ad quãtitatem erat obligatus, propter speciem, hoc est, propter Stichum, vt in l.si res, 20.de leg.3. & mortuo Sticho ante moram, liberatur.

Secundò probatur ex l.filiusfamilias Miles, §.vlt. de leg.1. vbi idem dicitur, quod in lege proximè citata.

Tertiò probatur ex l.quidam testamento, §.si tibi, de leg.1. *Si tibi seruus legatus fuerit, & petitum à te, vt Titio aliquid præstares, vsque ad precium serui, deinde seruus decesserit, nihil fideicommissi nomine præstare cogendus eris.* Hactenus Iurisconsultus.

Quartò probatur ex l.1.§.vlt. cum l.seq. ff. si cui plus q̃ per legem Falcid. *Si res quæ legata est apud legatarium interierit, probandum est exceptione succurri ei, qui promisit,*
B *etiamsi quanti ea res sit, promiserit.* Quibus verbis Iurisconsultus docet, legatarium, qui promisit rei legatæ æstimationem, & sic obligatus est ad quantitatem respectu certæ speciei, eius interitu liberari.

Quintò probatur ex l.si seruus cõis, ff.de furtis, in illis verbis: *Ex his igitur apparere, & mortuo seruo, nihil esse, q̃ actor eo nomine consequi possit*, &c. Idẽ probat text. in l.1. vers. Planè, ff. si quadrup. paoper. fecisse dicatur. ibi: *Planè si ante litẽ cõtestatam decesserit animal, extincta erit actio.*

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respõdeo, in l.fundum Cornelianum, debitorem obligatum fuisse, tàm ad rem, quàm ad æstimationem, quia debitor rei animo nouandi æstimationem promiserat. Sed nostra quæstio est, vbi quis est obligatus ad quantitatem intuitu certæ speciei.

Ad secundum respondeo, in d.l.hominem, debitorem in mora fuisse, & penes se precium hominis mortui habuisse: Meritò non liberatur ex interitu rei.

C Ad tertium, ex l.vir vxori, respondeo. Legatum ibi vxori deberi, quia maritus superuixit mortuis mancipijs, nec legatum reuocauit. Quare eius voluntas seruanda est, quæ talis fuisse conijcitur, vt etiam mortuis mancipijs legatum vxori præstaretur.

Ad quartum ex l.æstimatæ, & alijs concordantibus respondeo, ibi agi de marito obligato ad quantitatem simpliciter, nẽpè ad precium rei æstimatæ in dotem datæ: Nã æstimatio emptionem inducit, l.quoties, C.de iure dotiũ.

Ad quintum respondeo, quæstionem proponi, ac intelligi in ijs terminis, in quibus non quantitas est principaliter in obligatione, sed quando species principaliter debetur, & eius causa, & respectu debetur quantitas. Quare argumentum retorquetur.

Quòd attinet ad alteram controuersiam, non distinctionem adhibendam, sed absolutè debitorem teneri, re perempta post moram ipsius, censuit olim Ioannes antiquus Interpres, quem secuti sunt in d.l.quod te, Bar. Bal.
D Ang. Salic. Ias. Alc. Ripa, Soc. Corn. nu.10. Zasius, nu.28. quorum argumentum est præcipuum ex legibus, quib. indistinctè dicitur, debitorem non liberari, si post moram res perierit, l.quod te, l.1.§.Rectissimè, l.meritò, ff.de vi, & vi armata, l.apud Iulianum, §.ipsius quoque, de leg.1. l.cum filiusfam. ff.de verb.oblig. l.nemo, §.vlt. ff.eod. l.si in Asia, §.vlt. ff.deposit.

Secundum argum. est ex l.cum res, §.vlt. de leg.1. ibi: *Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait vtiq; æstimationem non deberi, quod ita verum est, si non post moram factã id euenerit, potuit enim eum acceptum legatarius vendere.*

Tertium est ex l.si filio, § si post diuortiũ, ff.sol.matr. in illis verbis: *Si post diuortium res dotales deteriores factæ sint, & vir in reddenda dote moram fecerit, omnimodò detrimentum ipse præstabit.*

Quartũ ex l.si pecuniã, §.penult. ff.de condict. ob cãm. ibi: *Sed vbi accepit vt manumitteret, deĩde seruus decesserit siquidẽ morã fecit manumissioni, consequẽs est, vt dicamus, refundere eum debere, q̃ accepit. Quod si morã nõ fecit*, &c.

Siquidem distracturus erat, siue quòd ipse vsurus, oportere dici, nihil eum refundere debet.

Quintum argumentum, Fur & Morator æquiparantur, l. Inter stipulantem, §. penult. de verbo. oblig. Sed fur tenetur indistinctè re perempta, l. Subtracto, C. de Furtis. Ergò & Morator.

Contrariam sententiam amplexi sunt Castr. Dec. Aret. Fulgos. & Cagnol. in d. l. Quod te, & Socin. in consil. 18. col. 2. lib. 2. & in consil. 105. lib. 3. Quibus, & ipse assentior.

Probatur primò ex l. si plures, §. 1. ff. depositi. ibi: *Sine autem cum ipso, apud quem deposita res est, actum fuerit, siue cum herede eius, & sua natura res ante rem iudicatam intercideris, veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus, & Cassius absolui debere eum, cum quo actum est, dixerunt, quia æquum sit, naturalem interitum ad actorem pertinere, vtique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori.*

Secundò ex l. si cum exceptione, §. Sed etsi non culpa, ff. de eo quod metus causa. *Sed etsi non culpa eius, cum quo agetur, aberit, si tamen peritura res non fuerit, si metum nõ adhibuisset, tenebitur reus, sicut in interdicto, Vnde vi, &c.*

Tertiò, ex l. Item si verberatum, §. vlt. ff. de rei vendic, ibi. *Si seruus petitus, vel aliud animal demortuum sit, sine dolo malo, & culpa possessoris, precium non esse præstandum plerique putant, sed verius est, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere præstari. Nam si ei restituisset, distraxisset, & precium lucratus fuisset.*

Quartum est ex l. si vehenda, §. si ea conditione, ff. ad l. Rhodiam de iactu. vbi textus: *Si ea conditione nauem conduxisti, vt ea merces tuæ portarentur, easq; merces Nauta nulla necessitate coactus in nauem deteriorem, cùm id sciret te fieri nolle, transtulit, & merces tuæ cum ea naue perierunt, in qua nouissimè vectæ sunt, habes ex conducto locato, cum priore nauta actionem.* Paulus: *Immò contra, si modò ea nauigatione, vtraque nauis periit, cùm id sine dolo, & culpa Nautarum factum esset.*

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respõdeo; Leges in eo citatas declarandas esse ex alijs supradictis, nempè adhibita distinctione iam dicta.

Ad secundum, ex l. cùm res, §. vltimò responsio patet, qui tex. ibi loquitur, quando legatarius erat rem distracturus, consequenter, non erat apud eum res peritura, quia vtilitatem alienando percepisset.

Ad tertium, ex l. si filio, §. si post diuortium, ita respondeo. Textus dicit Mariti debitoris periculum esse. Sed verum si apud Vxorem res peritura fuisset, teneatur, non docet ille textus.

Ad quartum, ex l. pecuniam, §. penult. respondeo. Solutionem colligi, si facti species rectè intelligatur. Quidã pecuniam accepit, vt seruum manumitteret, mortuus est seruus, antequam manumitteretur. Quęritur an pecunia condici possit. Respondit Iurisconsultus posse, si mortuus sit seruus post moram manumissioni factam. Si ante moram distinguendum esse, Vtrum is, qui pecuniam accepit, distracturus esset seruum, nec ne. Argumentum ita sumitur. In priore casu, vbi mora facta est, non adhibetur ea distinctio, sed tantum in posteriore casu ante moram. Respondeo. In priore casu adhiberi non posse eam distinctionem, quia si is, qui pecuniam accepit, allegaret, se potuisse seruum distrahere, replicaretur aduersus eũ, cur non manumisisset seruum cum posset? aut pecunia non accepta, cur seruum non distraxisset? Illa distinctio valet, cùm ante moram seruus obijt. Quare ad rem nostram accommodari non potest.

Ad vltimum argumentum respondeo. Non si in aliquibus comparantur fur & morosus, iccirco in omnibus esse comparandos, vt dicebat quidam Doctor Gallos, Controuers. illust. quæst. 30. vide etiam hac de re Menoch. libro tertio, Præsumptio. 138.

A

CAPVT LXXII.

In casibus, in quibus mora incurritur absque interpellatione, vtrum rei interitu liberetur debitor.



Est etiam controuersia, vtrum debitor re perempta liberetur, si fuerit in mora, quam irregularẽ Doctores vocant, quæ scilicet absque interpellatione committitur. Et liberari censuerunt Alex. in l. de diuisione, ff. sol. matr. Alciatus in d. l. quod te, circa finem, ff. si certum peta. alios citant & communem esse asseuerant Iason ibidẽ, num. 25. Cagnolus nu. 97. Fundamentum est in l. naturalis, §. sed si Scyphos, ff. de præscript. verbis, vbi I.C. *Sed si Scyphos tibi dedi, vt Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu duntaxat culpam præstare debes.* Ibi periculum interitus ad debitorem non pertinet, cùm tamen
B sit in mora illa irregulari, quia videlicet Scyphos ab altero accepit.

Sed contrariam sententiam amplectuntur Iason, & Cagnol. loco annotato, autoritate d. l. quod te, vbi dicitur periculum interitus ad debitorem pertinere, si fuerit in mora. Ergò siue mora fuerit regularis, vt vocanr, per interpellationem factam, siue irregularis, idem est dicendum, & eadem est ratio.

Nec verum est in specie d. §. sed si Scyphos, debitorem in mora fuisse, quia textus dicit, & tu duntaxat culpam præstare debes, vt declarat Corasius lib. 2. Miscellaneor. c. 9. Et ratio id euincit, Nam vna & eadem res efficere non potest, vt debitor obligetur, & simul etiam in mora constituatur, l. quod dicimus, ff. de solution. Sed ex eo, q alter Scyphos dedit, oritur obligatio alterius, nempe, vt det Stichum, quia in eiusmodi contractibus innominatis, ex eo quòd vnus implet contractum pro parte sua, alter obligatur ad implendum, l. Iurisgentium, ff. de pactis.
C Ergò non potest in mora constitui. Hæc & alia quædam leuiora tamen, adferuntur pro hac sententia. Quibuanó obstantibus, communem sententiam sequor: Nam illa vocatur à Doctoribus nostris mora irregularis, quæ ex implemento alterius partis oritur, vt patet ex notatis in l. curabit, C. de actio. empt. in l. de diuisione, ff. sol. matr. & alibi. Quare, cum in specie, de qua loquitur textus in d. §. sed si Scyphos, alter iam impleuisset Scyphos dando, sequitur dicendum alterum in mora fuisse. Et quod dicitur ex eodem actu obligationem, ac moram simul oriri non posse, verum est, si de mora propriè dicta intelligatur.

Cæterum, nec Corasio assentior impugnanti communem interpretationem d. § sed si Scyphos, vt scilicet interitus periculum ad debitorem non spectet, quantum ad hoc, vt teneatur ad rem præstandam, vel ad id, quod interest, non autem quantum ad hoc, vt quod accepit, restituere non teneatur, Verius est enim teneri, vt probat l.
D vlt. ff. de condict. ob causam. Quę ita cõciliari debet cum §. sed si Scyphos.

Nec obstat, quòd in verbis præcedentibus loquatur ibi Iurisconsultus de condictione ob causam: Nempe, si rem dedero, vt rem accipiam, mihi condictionem rei datæ competere, deinde statim sequitur: *Sed si Scypos dedi, &c. periculo meo Stichus erit*; Quæ verba si ad proximiora referantur, innuunt, eo casu condictionem seu repetitionem datorum non competere. Non inquam hæc obstant, quia §. sed si Scyphos aduersatur præcedentibus verbis, hoc modo, vt eo negetur actionem præscriptis verbis competere ad id, quod interest. Et cum ea oratio contineat simul actionem ad id, quod interest, & datorum repetitionem, non debet inspici, quod prius vel posterius sit. Sed declarari debet ex d. l. vltima, ff. de condictio. ob causam, vbi dicitur mortuo Sticho repeti posse, quod datum est. Nec ibi fit vlla mentio moræ debitoris, magis quàm in dicto §. sed si Scyphos, vbi perperam illa verba perpenduntur (& tu duntaxat culpam præsta-

præſtare debes) ad excludendam moram: quia aliud eſt culpa in conſeruando Sticho adhibita, propter quam perijt, aliud eſt culpa, quæ conſiſtit in mora commiſſa in eo tradendo. Et negari non poteſt, quin fuerit in mora irregulari debitor, cum Scyphos accepit, & Stichum non tradidit,.

CAPVT LXXIII.

Duæ Controuerſiæ ad interpretationem l. ſingularia, ff. ſi cert. pet. & eius materiam.

SIngularia quadam præcepta ſunt circa pecuniam creditam. Nam ſi tibi debitorem meum iuſſero dare pecuniam, obligaris mihi, quamuis meos nummos non acceperis. Quod igitur in duabus perſonis recipitur, hoc & in eadem perſona recipiendum eſt, vt cum ex cauſa mandati pecuniã mihi debeas & conuenerit, vt crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, & a me ad te profecta. Verba ſunt Vlp. in l. 15. ff. ſi cert. pet.

Controuerſia autem eſt primò, ſi debitori meo iuſſero, vt tibi pecuniam det, ille verò tibi nõ dederit, ſed promiſerit: An tu mihi eã reddere tenearis: An verò aduerſus debitorẽ meum, actionem mihi cedendo, libereris.

Secundò, ſi mandaui debitori meo, vt Titio creditori meo centum ſoluat, præſenti, acceptann, & interueniẽte vera delegatione. Debitor meus promiſit ſoluere, ita creditore conſentiente, & promiſſionem acceptante, vtrum ſi non ſoluerit, ſed bona ſua decoxerit, Titius contra me agere poſſit?

Quòd attinet ad primã controuerſiã, te ad reddendam mihi pecuniã teneri, perinde ac ſi à debitore meo pecuniã accepiſſes, Autores ſunt Salic. & Ludou. Rom. in d. l. ſingularia, & Fulg. in l. ſi me, & Titium, ff. eo. ti.

Primum argumentum eſt, ex regula quadam brocardica, vt vocant, Paria ſunt ſoluere & promittere, l. vlt. C. ad leg. Falcid. Si debitor ſoluiſſet, tu mihi tenereris ex mutuo: Ergò ſi promiſit idem eſt dicendum.

Secundum argumentum eſt ex eo, quod qui actionẽ habet, rem ipſam habere uidetur, l. qui actionem, de reg. iur. Sed contra debitorem meum actio tibi competit ex promiſſione, ergò perinde eſt, ac ſi rem, hoc eſt, pecuniã haberes, quo in caſu mihi tenereris.

Tertium argumentum eſt es l. quamuis, §. interdum, ff. ad Velleianum, in illis verbis: *Soluit enim qui reum delegauit.*

Quartum eſt ex l. in eum, §. vlt. ff. de inſtitoria act. ibi; *Quod autem pro eo, qui pecuniam fœnerauit, alii per delegationem promiſit, à Domino rectè petetur, cum pecunia credita, contra eum, qui delegauit, actio quæſita eſt.*

Contrariam ſententiam, nempe, ſufficere hoc in caſu, ſi actio cedatur aduerſus debitorem, ſecuti ſunt Paul. Caſtren. in d. l. ſingularia, nu. 19. Alex. nu. 29. Iaſ. nu. 31. Zaſius nu. 9. Alc. ad l. ſi me, & Titium, nu. 15. ff. eo. & ibi ẽt Bar. licet de actione tantum cõpetente loquatur. Et iſtis ego etiam accedo. Probatur autem hæc ſententia, quia hoc in caſu nulla mihi actio competit ex mutuo. Vlpianus enim in hac l. ſingularia, loquitur, quando à debitore meo pecunia numerata eſt, vt patet ex illis uerbis: *Obligaris mihi, quamuis meos nummos nõ acceperis.* Actio ergò mihi competit ex æquitate, l. ſi me, & Titium, ff. eo. ti. Eſt enim æquitati conſentaneum, vt is, qui nummos meos exigere poteſt à debitore meo, ob promiſſionem ei mandato meo factam, aut eos mihi reddat, aut actionem cedat aduerſus debitorem meum, quem alteri delegando liberaſſe videor, l. delegare, ff. de nouation. & quoties quis tenetur eam ob cauſam, quod actionem habet, cedendo actionem ipſam, liberatur, l. quod debetur, ff. de pecul.

Denique cum æquitas id ſuadeat, vt id, quod ex meo ad te peruenit mihi reddas, & ad te actio contra debitorem meum peruenerit, æquum bonum eſt, vt eam mihi cedas, & cedendo libereris.

A Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo. Non ſi aliquando comparentur ſolutio & promiſſio, vt in ea ſpecie, de qua agitur in l. vlt. C. ad leg. Falcid. iccirco in omnibus comparari. Sunt enim longè diuerſa, vt patet.

Secundum argumentum retorquetur. Si enim, qui actionem habet, rem habere uidetur, igitur actione ceſſa, debitor liberatur, quia perinde eſt, ac ſi Creditor rem haberet, quæ interpretatio eſt benignior, quàm contraria, de qua in argumento, cum pecunia ſoluta non fuerit, ſed tantum promiſſa.

Ad tertium ex l. quamuis, §. interdum, reſpondeo, eũ, qui delegauit ſoluere, in ea ſpecie, de qua loquitur ibi Iuriſc. nempe, vt Mulier condicere valeat debitoris delegati liberationem; Et licet tex. dicat, *ſoluit enim qui reum delegauit*, id non ita generaliter accipiendum eſt, ſed locũ habet, quoties loco ſolutionis creditor delegatione contentus fuit. Creditori enim ſolutum videtur, quocũque
B modo ei ſatisfiat, l. ſi rem, §. omnis, l. ſolutum, §. ſolutam, ff. de pignor. actio.

Ad quartum argumentum ex l. in eum, §. vlt. reſpondeo, hæc eſſe diſſimilia. Nam is, qui pecuniam fœnerauit confeſtim inſtitori obligatur, mutuum enim contraxit verè & efficaciter. Pecuniam uerò nõ accepit, qui maluit alteri eam delegare & cedere. At in quæſtione noſtra, nõ contraxit mutuum, ſed promiſſionem duntaxat eius, qui mutuanti debebat, accepit, non autem pecuniam. Quare non pecuniam reddere tenetur, ſed actionem cedere.

Quòd attinet ad alteram controuerſiam; Debitorem ex delegatione facta liberari, nec amplius cõueniri poſſe, licet delegatus debitor ſoluendo non ſit, cõis eſt & vera ſententia. Nam per delegationem factam debitorem liberari, ex eo conſtat, quod delegare nihil aliud eſt, quàm uice ſua alium dare reũ creditori, vel cui creditor iuſſerit, l. delegare, 11. ff. de nouation. vt meritò is, qui reum delegauit, ſoluiſſe dicatur à Iuriſconſulto, in l. quamuis, §. in
C terdum, ff. ad Velleianum. Atque ita docent in d. l. ſingularia, Bar. nu. 19. Iaſ. nu. 31. Alc. nu. 53. Dec. num. 26. & in conſ. 107. Benuen. Stracha de Mercatura, ti. de Mandato nu. 3. Andr. Geyll. lib. 2. Obſeru. 30. nu. 7. alios citat Gab. commu. concl. ti. de Nouation. concl. 1. nu. 19. & Maſcar. de Probat. vol. 2. concl. 1111. nu. 3.

Contrariam ſententiam habuiſſe videtur Ludouicus Rom. Curt. iun. & alij quidam, in d. l. ſingularia, quorũ illud eſt argumentum, quòd Nouatio non inducatur iure nouiſſimo, niſi expreſsè id agatur, l. vlt. C. de Nouat. Sed reſpondetur cum ſit delegatio, neceſſario nouationẽ induci, quia loco debitoris alius debitor delegatur, l. delegare, ff. de Nouat. Quare impoſsibile eſt, vt non fiat nouatio, quia ſic eſſent duo in ſolidum debitores, & is qui alium ſui vice ſubſtituit adhuc eſſet debitor, quod repugnantiam continet, & iniquitatem quoque. Nam actionem is aduerſus ſuum debitorem, quem delegauit, non habet, & tamen conueniri poſſet.
D Actionẽ nõ habere, patet ex l. 2. & 3. C. de Nouation. & ex dictis legibus probatur, ex delegatione ius nouationis oriri. Denique qui debitorem ſuum delegat, pecuniam dare intelligitur, l. qui debitorem, ff. de Fideiuſſor. ergo inducitur nouatio & liberatio per delegationem.

CAPVT LXXIV.

Ad interpretationem l. vinum, ff. ſi cert. petat. Controuerſia vna.

VInum quod mutuum datum erat, per Iudicem petitum eſt, quæſitum eſt, cuius temporis æſtimatio fieret, vtrum cum datum eſſet, an cùm litem conteſtatus fuiſſet, an cum res iudicaretur. Sabinus reſpondit, ſi dictum eſſet, quo tempore redderetur, quanti tunc fuiſſet, ſi non quanti tunc fuiſſet, cùm petitum eſſet. Ita Iuriſc. in l. 22. ff. ſi cert. pet. Eſt autem controuerſia inter Doct. quomodo accipienda ſint illa

illa uerba legis vltima, *quanti tunc fuisset, cũ petitum esset.* A An uidelicet de iudiciali tm̃ petitione accipienda sint, an verò de petitione quoque extra iudicium facta.

Et quidem hoc posteriori sensu accipienda esse, Autores sunt Gl. Bar. Castr. Alc. Ias. Soc. Zasius & Cagn. quorum illud est fundamentum, ꝙ verbum petere, tam iudiciali petitioni conueniat, quàm extraiudiciali, l. decem cũ petiero, ff. de verb. obl. & cum per interpellationem extra iudicium factam perinde mora committatur, ac per lapsum diei, l. Mora, ff. de vsur. Sequitur dicendum, ut quemadmodum, vbi mora committitur per lapsum diei, æstimatio fit s̃m tempus obligationi præfixum, ut habetur in hac lege, in illis verbis: *Sabinus respondit, si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset*, ita etiam dicendum sit, vbi ex interpellatione facta mora incurritur.

Confirmatur argumentum, quia mora nocere debet, l. hominem, ff. mandati, c. mora, de reg. iur. lib. 6. Non noceret autem, si ratio non esset habenda æstimationis eius temporis, quo per interpellationem mora committitur. B Nec obstat quod dici solet in actionibus stricti iuris tempus litis contestatæ inspiciendum, quia id locum sibi uẽdicat ante moram debitoris, secus autem post moram. Id patet ex d. l. Hominem, vbi Iurisc. *aliter*, inquit, *in stipulatione seruatur*. Nã tunc id tempus spectatur, quo agitur, nisi fortè aut per promissorẽ steterit, quò minus sua die solueret, aut per creditorẽ, quò minus acciperet. Etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet.

Cæterùm, vt de iudiciali duntaxat petitione per litis contestationem illa uerba sint accipienda, magis est ut existimem unà cum Alb. Dec. Alc. & Aret. quia I. C. ab initio loquitur de iudiciali petitione, vt patet ibi: *per iudicem petitum est*. Quare vt respõsum interrogationi & quęstioni conueniat, fateri cogimur, & postrema verba de iudiciali petitione accipienda esse, vt ea sit mẽs Iurisc. si quęratur cuius tẽporis æstimatio inspicienda sit, an litis contestatæ, an verò sententiæ latæ, inspiciendam esse ęstimationem tempore litis contestatæ, nisi dictum esset, quo C tempore uinum mutuò datum redderetur.

Hæc interpretatio cõfirmatur ex alijs legibus, quibus dicitur in Iudicijs stricti iuris, vt est mutuum, æstimationem fieri secundum tempus litis contestatę, l. 3. §. in hac, ff. commodati, l. vlt. ff. de condict. triticaria. Nulla verò lex est quæ dicat, inspiciendum tempus interpellationis, seu petitionis extra Iudicium factæ.

Huc accedat, ꝙ vbi nulla dies est adiecta obligationi, debitor in mora constitutus per interpellationem extra iudicium eam purgare potest, quandocunque ante litem contestatam, l. interdum, 73. §. vlt. l. si seruum, 91. §. sequitur, ff. de verb. obl. vsque adeo, vt creditori imputetur, ꝙ litẽ contestatus non fuerit, vt in l. si insulam, 84. ff. eod. ti. vt eleganter explicat Ant. Faber, lib 6. Coniecturarũ Iuris, c. 7. Quare non perinde statuendum est de mora, quę per interpellationem incurritur, quod cõstitutum est de mora, quæ committitur ob lapsum diei; Etsi enim debitor rem obtulerit, post diem conuentam, vetum est tamen, illum intra diem pręstitutum non dedisse, l. Celsus, D ff. de arbitris, meritò eo casu inspicitur æstimatio eius tẽporis, quo conuentum est rem dari, vel restitui, vt in hac lege, & in d. l. hominem, ff. mandati.

Non obstat ꝙ dicitur, verbum *petere*, adaptari ẽt ad petitionem extra iudicium, quia id concedo, si spectetur natura & significatio verbi. Sed si tex. legis spectetur, & materia, de qua agitur, id nego. Quòd verò dicitur, perinde morã incurri ex interpellatione, atq; ex diei lapsu, fateor, sed non per omnia idẽ in vno atque in altero statuendũ est; quia subest ratio differentiæ, illa scilicet, quoniã mora purgari potest, vbi dies adiecta non est obligationi, quod minimè conceditur, vbi dies est adiecta. Et ꝙ Iurisc. dicit, moram non prodesse debitori in d. l. hominẽ, intelligi debet in eo casu, quo dies est adiecta, quemadmodum & ex eius verbis patet, secus autẽ ubi dies adiecta non est, si purgetur ipsa mora per debitorem, sicuti ei licet ante litem contestatam, vt dictum est,

CAPVT LXXV.

Ad l. ciuitas, ff. eod. tit. Controuersia vna.



Ciuitas mutui datione obligari potest, si ad vtilitatem eius pecunia versa sunt, alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non Ciuitas, tenebuntur. Ita Vlp. in l. 27. ff. si certum petatur. Dissensio est inter Doctores, si Decurionibus Ciuitatis populo pręsente, siue Consilio ipsius Ciuitatis, mutua data fuerit pecunia, an probandum sit à creditore pecuniam versam in utilitatem fuisse. Et hanc probandi necessitatem non incumbere creditori hoc in casu existimarunt Bart. Castr. Alex. Corn. & Zasius, necnon Ripa, in l. si is qui bona, nu. 10. ff. de pignor.

Primum argumentum est, quia Ciuitas ex contractu obligatur absolutè, Ergò necesse non est probare pecuniam in eius utilitatem erogatam. Ciuitatem obligari ex B contractu, probatur Primò, quia obligatur ex delicto, l. metum, §. animaduertendum, ff. de eo quod metus causa. Secundò, quia Ciuitas condere potest legem in his, q̃ pertinent ad eius administrationem, l. prohibere, §. planè, ff. quod vi aut clam. Contractus autem initus ab eo, qui legis condendæ potestatem habet, vim legis habet, l. Cæsar, ff. de publicanis, l. penult. C. de donation. inter vir. & vxor. ergo talis contractus habet vim legis, & consequenter seruandus est. Tertiò, quia à simili ex mutuo obligatur Capitulum Ecclesiæ sede vacante inito, ut docet Glos. in cap. Cupientes, in verbo, Aliundè, de Electio. lib. 6.

Secundum argumentum est à simili: Nam si Prælatus Ecclesiæ vnà cum Capitulo mutuã acceperit pecuniam, obligatur ad reddendam eam, licet non probetur fuisse versam in vtilitatem ipsius Ecclesiæ, c. penult. de fideiussoribus.

Sed in Ciuitate non libera, id est, vt vulgus loquitur, C superiorem recognoscente, contrariam sententiam secutus est Alciat. post Fulgos. autoritate d. l. Ciuitas: Sed uidetur mihi cõmunis sententia satis probabilis; quia Vlpianus in hac lege non loquitur, cum tota Ciuitas, hoc est, Decuriones populo uniuerso præsente contrahit, sed cum administratores tantum contraxerunt, vt patet ex illis verbis: *Alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, tenebũtur.* Quæ sanè verba non conueniunt in eum casum, quo tota Ciuitas contrahit.

Illud fateor non rectè dictum, contractum habere vim legis, id enim non probat l. Cæsar, ff. de publicanis, sicuti bene explicat Zasius in hac lege. Et l. penult. de qua in argumento loquitur de contractib. Imperatoris.

CAPVT LXXVI.

Vtrum probetur pecuniam conuersam fuisse in vtilitatem Ciuitatis, vel Ecclesiæ, ex eo, quòd probatur Ciuitatem, vel Ecclesiam tempore mutui indiguisse ea pecunia.



Conuersionem in vtilitatem Ciuitatis & Ecclesiæ factam fuisse pecuniæ mutuo acceptæ, probari ex eo, quod probatur Ecclesiam uel Ciuitatem ea indiguisse, quo tempore accepit, existimarunt Gl. in c. hoc ius porrectum, in verbo, Probat 10. q. 2. Castr. ad l. 1. §. non autem, & ad l. vlt. ff. de exercitoria actio. & ibid, Petr. Cyn. & Bald. Dec. ad l. Ciuitas, num. 10. & ibi etiam Riminal. ff. si certum pet. Ruin. in consi. 76. col. 4. in fi. lib. 4.

Fundamentum est in d. l. vlt. ff. de exercitor. actio. vbi patet Nauis Magistrum obligari ex mutuo, quòd in refectionem nauis contraxit præpositus, si modo probetur refectione nauem indiguisse.

Sed contrariam sententiam probant Barto. in d. l. vlt. Alex. in d. l. Ciuitas, & ibid. Ias. nu. 18. Ang. in consi. 245. Imola, in c. 1. num. 17. de deposito. Ripa ad l. si is qui bona,

na, nu. 10. ff. de pignor. & Ioseph. Mascard. de probation. A
vol. 3. concl. 1161. nu. 8.

Fundamentum est in eo, quòd leges requirant probari versionem in utilitatem ciuitatis & ecclesiæ, vt in c. penult. de Fideiussor. & in d. l. ciuitas. Nulla verò est lex, quæ versionem demonstrari ex eo decernat, quòd ecclesia vel ciuitas indiguerit pecunia, tùm quia fieri potest, ut indiguerit, & tamen in eius vsum exposita non fuerit, tum quia raro accidere potest, vt mutuo pecunia sine necessitate accipiatur. Quapropter aut nunquam, aut certè rarò is succumberet, qui conuersionem factam allegaret, quia probationem paratam ferè semper haberet.

Tertia est sententia Iac. Menochij de arbit. iudic. casu 432. nu. 35. hanc rem Iudicis arbitrio committentis, veluti iure non definitam, & quæ ex varijs causarum circumstantijs facilè definiri potest. Nec à Menochio dissentit Ioseph. Mascar. loco proximè citato, nu. 10.

Sed mihi magis probatur eorum sententia, qui absolutè negant conuersionem demonstrari ex eo, quòd demostretur ecclesiæ, vel ciuitatis necessitas. Cui sanè sententiæ magnopere suffragatur argumentum, quod superius allatum est. B

Nec obstat tex. in d. l. vlt. ff. de exercitor. actio. quia species illa longè est absimilis. Agitur ibi de priuatis personis, hic de publicis. In priuatis, qui ex mutuo obligatur, necesse non est probare pecuniam uersam in vtilitatem, In ciuitate secus & in ecclesia. Quare si quis præposuerit quempiam Naui, tenetur, si modo ei pecunia crederetur. Nauis in ea causa fuisset, vt refici deberet, nec lex requirit, vt in eam causam uersio probetur. At in quæstione nostra nominatim id requiri constat.

CAPVT LXXVII.

Tractantur duæ Controuersiæ de mutua pecunia Ecclesiæ data, ad interpretationem c. penult. de fideiuss. & c. 1. de solutionibus.

SI Prælatus consentiente Capitulo pecuniam mutuatus fuerit, nec vnde eam reddere possit, habeat, nisi immobilia bona vendat Ecclesiæ, Controuersia est, si non probetur pecuniã versam in utilitatem Ecclesiæ, vtrum ad eam restituendam cogi possit.

Et cogi non posse, Autores sunt Abbas Panorm. in c. penul. de fideiuss. nu. 4. & in c. 1. nu. 9. de Deposito. Card. in d. c. penult. col. penult. & in cons. 71. col. vlt. Alc. in l. Ciuitas, nu. 4. & nu. 6. ff. si cert. pet. Quorum argumentum illud est, quòd sine causa iusta alienari non possunt ecclesiæ bona immobilia, c. sine exceptione, 12. q. 2. Hic autẽ nulla causa videtur esse legitima, quia nõ constat pecuniam in Ecclesiæ vsum fuisse consumptam.

Sed contraria sententia longè probabilior & communior est. Nempe, Ecclesiam cogi posse ad restituẽdam pecuniam, licet uersio in utilitatem facta non ostendatur, ita docuerunt Bar. in d. l. ciuitas, nu. 13. Dec. num. 6. Ias. col. pen. Butr. in c. penult. nu. 9. de fideiussor. Mar. Soc. in cons. 15. nu. 25. lib. 1. Castr. in cons. 338. nu. 2. lib. 1. Imola in c. 1. nu. 17. de Deposito. Rol. à Valle, in cons. 41. nu. 36. lib. 1. Iac. Menoch. de Arbitr. iud. casu 432. nu. 13. vers. Contrariam itaque opinionem. D

Probatur hæc sententia autoritate tex. in d. c. penult. de fideiussor. dum ibi dicitur, Ecclesiam non teneri ad restituendum mutuò acceptam pecuniam, quoties absque Prælati autoritate, & maioris partis Capituli mutuũ est contractum, nisi probetur eam fuisse uersam in utilitatẽ Ecclesiæ. Etenim à contrario sensu, ex hoc loco satis clarè euincitur, ecclesiam teneri, si mutuum contractũ fuerit, accedente Prælati & Capituli autoritate. Quæ sanè causa soluendi æs alienum iustissima reputanda est, alienandi res immobiles ecclesiæ, cap. hoc ius porrectum, 10. quæstio. 2. Quare cessat argumentum contrariæ opinionis.

Altera controuersia, quam huius Capitis titulus promittit, hæc est; Prælatus ecclesiæ absque consensu Capitularium mutuatus est pecuniam: non constat, an in ecclesiæ utilitatem fuerit conuersa. Moritur. Nunquid successor ad eam creditori restituendam compelli possit?

Affirmant compelli posse, Panorm. in d. c. pen. nu. 7. de fideiussor. necnon Anch. nu. 9. & Card. in 10. q. autoritate tex. in c. 1. de solut. vbi S. Pont. *Sicut filius debita Patris soluere tenetur, ita Prælatus sui prædecessoris pro ecclesiæ necessitate contracta.* Nam si versio in utilitatem ecclesiæ probanda esset hoc in casu, sequeretur creditorem ad hoc adstringi, vt negotium ecclesiæ gereret, vt de creditore mutuante Præposito nauis dicebat Iurisc. Africanus, in l. vlt. ff. de exercitor. act. Præsertim si fortasse accideret, vt propter ecclesiæ necessitates Prælatus accepta pecunia Romam proficisci deberet, tunc creditori onus incumbere uideretur curam adhibendi, vt ea pecunia in necessarios tantum vsus expenderetur, quòd sanè perquam durum esset ac difficile.

Et licet probationem istam exigat tex. in d. c. vlt. de Fideiussor. non tamen loquitur de Prælato ecclesiæ mutuũ contrahente, sed de Monacho, seu religioso, absque licentia Abbatis, & maioris partis Capituli se obligante.

Cæterùm, hoc in casu successorem compelli posse negant Innoc. in c. 1. de solution. Anto. Butr. in d. c. penult. nu. 9. Castr. in consi. 338. lib. 1. nu. 2. vers. Si vero nullum. Quorum fundamentum est in d. c. penul. quatenus ibi S. Pont. exigit eam probationem, vbi sine consensu maioris partis Capituli, simulq; Prælati mutuum est contractum. Etsi enim consensus hic extet Prelati, deficit tamẽ consensus Capituli.

Tertia est sententia Iacobi Menochij; hanc rem diligentis ac boni Iudicis arbitrio delegantis, de arbitr. Iud. casu 432. num. 18.

Ego verò eorum sententiæ magis adstipulor, qui negant successorem teneri, si versio in uulitatem facta non C probetur.

Moueor inprimis autoritate d. c. penult. Secundo moueor autoritate c. 1. de solutio. ac perpendo verba S. Pontificis eo in loco, quibus dicit: Successorem obligari ad soluenda debita *Prædecessoris pro necessitate ecclesiæ contracta.* Igitur hæc ipsa qualitas erit probanda à creditore, scilicet debita contracta fuisse pro necessitate ecclesiæ. Nec verò aliter probari poterit, nisi demonstretur pecuniam creditam necessitati ecclesiæ subuenisse. Nam ecclesiam pecunia indiguisse, & iccirco mutuo eam accepisse, si probetur, non infertur tale debitum contractum fuisse pro necessitate ecclesiæ. Itaque verba cum effectu sunt accipienda, & consequenter pro necessitate ecclesiæ debitum contractum intelligitur, cum ideo contractum est, ut necessitati subueniretur, & subuentũ fuit.

Tertiò moueor ex §. si verò quis, aut Episcopo, aut œconomo, in Auth. de alienatione & emphyteusi; vbi Iustinianus ita dicit: *Si vere quis aut Episcopo, aut Oeconomo, aut ordinatori cuilibet venerabilis domus, siue in regia Ciuitate, siue in Prouincia constituta pecuniam crediderit, iubemus neque hoc eis reputari pro venerabili domo, nisi primitus ostenderint, quod in vtilitatem prædicta venerabilis domus ista profecerunt, neque ipsum creditorem, aut haredes eius contra venerabilem domum habeat aliquam propter hoc actionem, nisi monstrauerint, quod in vtilitatem venerabilis domus, pecunia profecerunt. Sed contra mutuas accipientem pecunias, aut heredes eius proprias mouegant actiones.* Quare nec obstat tex. in d. c. 1. de solutio. Immò ab hac sententia plurimum facit. Nec tex. in d. c. penul. de fideiussor. facile euitari potest; Et ad extremum quod dicitur de cura ac diligentia perquã difficili à creditore adhibenda, nihil prorsus mouet, cum creditor sibi consulere facilè potuisset, non aliter pecuniam mutuando, quàm si Prelati & Capituli consensus accessisset.

CAPVT LXXVIII.

Controuersiæ duæ ad interpretationem l. Principalibus, ff. si certum petatur, & l. seq.

PRincipalibus *Constitutionibus cauetur, ne ii, prouinciam regunt, quiue circa eos sunt, negocientur, mutuam pecuniam dent, fænusq; exerceant.* Verba sunt Modestini in l. 33. ff. si certum petatur. Sed & Paulus in l. seq. sic ait: *Præsidis prouinciæ officiales, quia perpetui sunt, mutuam pecuniam dare, & fænebrem exercere possunt. Præses prouinciæ mutuam pecuniam fænebrem sumere non prohibetur.* Quatuor sunt Controuersiæ ad harum legum interpretationem.

Prima, vtrum perpetui Rectores hac prohibitione contineantur.

Secunda, quid statuendum sit Rectoribus Ciuitatum vel prouinciarum, ea quibus sunt oriundi.

Tertia, quid si palàm & bona fide contractus exerceant prohibitos.

Quarta, quid si statim officio finito contrahan. Priores duas tractabimus hoc in loco, sequentes verò in sequenti capite.

Quòd igitur ad primam attinet, duplex est Doctorum sententia. Altera, huiusmodi perpetuos administratores, & Rectores ea prohibitione non contineri. Ita docuerunt in Commentarijs harum legum Bart. Alex. Corne. Iason & Zasius. Quorum fundamentũ est in d. l. Pauli, cuius verba superiùs annotata sunt. Nam cùm Paulus respondeat officiales Præsidis, quia sunt perpetui, mutuam pecuniam dare, & fænebrem exercere posse, idem & in Rectoribus perpetuis respondendum esse videtur. Nam tales Rectores eligi solent homines spectatæ probitatis & fidei, quibus si negotiatio interdicta sit, non modicum præiudicium & incommodum inferri videtur.

C Altera est sententia, & huiusmodi Rectores hac prohibitione contineri, ita docuerunt Decius & Salicetus hoc in loco, autoritate Modestini, generaliter pronunciantis eos, qui prouincias regunt, negotiari non posse. Cuius rei ea est ratio, quòd vel Reipub. vacare debēt, vel ea eorum contractibus & negotiationibus multa mala sequi possunt, timorque impressionis non deest, sicuti eleganter explicat Alciatus hoc in loco. Quæ quidem ratio maximè locum habere videtur in perpetuis Rectoribus. Alia ratio est officialium Præsidis & Ministrorum seruientiũ. Nam & ipsis Reipub. cura nõ incumbit, & cessat in eis impressionis timor. Atque hanc posteriorem sententiam veriorem esse iudico, neque enim decet, immò multas ob caussas vtilitati publicæ repugnat, tales Rectores & Administratores mercimonia, & negotiationes exercere inter subditos Iurisdictioni, vt non dubitem ita Modestinum responsurum fuisse, si de talibus perpetuis Rectoribus fuisset interrogatus. Et cùm lex non vetet eos necessaria emere ac vendere, sed negotiationibus duntaxat inter D dicat, non animaduerto, quam ob causam ex ea re damnum pati videantur.

Sed verius est eos lucra amittere illicita. Quod uero dicitur eos, qui præficiuntur Reip. administrandæ, spectatæ fidei ac probitatis esse censendos, eousque non inficiabimur, quousque animum & mentem eorum ad lucra procliuiorem esse non uidebimus. Videbimus autem ex negotiandi & fœnerandi cupiditate.

Quòd attinet ad secundam, triplex est sententia Doctorum. Altera, non contineri tales administratores tali legum prohibitione. Ita in commentarijs huius loci Bar. Castr. Alex. Ias. Soc. Alc. & Zasius, dicitque Coru. hanc sententiam consuetudine receptam esse.

Fundamentum est in d. l. Pauli Iurisconsulti, quæ negotiationem officialibus Præsidis permittit, qui plerunque eo in loco sunt officiales perpetui, vnde sunt oriundi. Nam & talibus magis fauendum esse uidetur, quàm externis & peregrinis hominibus. Quapropter etiã con

A stitutum est, vt & in ea prouincia matrimonium contrahere possint, l. eos, ff. de ritu nupt. quamquam alijs id prohibitum sit, l. si quis officium, ff. eo. ti.

Altera est sententia, & istos Rectores contineri hac prohibitione legis, ita Angel. & Deci. in d. l. Principalibus, necnon Bald. ad l. Quisquis, Quorum illud est fundamẽtum, quod & hæc lex, & similes generaliter loquantur, vt in l. Qui officij, & in l. Non licet. ff. de contrahen. emptio. & ratio ipsarum legum locum habeat etiam in huiusmodi Rectoribus, qui in Patria regunt & administrant.

Tertia est sententia Ludouici Romani, quem refert & sequitur Franciscus Aretinus, necnon Paris de Puteo, in tracta. Syndicatus, in verbo, *Contrahere*, col. 2. aut officium seu administratio iurisdictionem habent annexam, aut non habet: Priore casu locus est priori sententiæ, posteriore verò posteriori.

Ego quanquam à communiori sententia haud temerè B recedendum existimem, magis tamen probo negantem sententiam. Eam enim video magis legibus nostris consentaneam, vt cesset omnis impressionis timor, & ab eis subditi paternè regantur, nõ autem spolientur bonis, vti facilè spoliari possunt, ex negotiationibus Rectorum. Neque illis graue id videri debet, quibus est permissa omnis negotiatio cum aduenis & peregrinis, & rerum etiam necessariarum cum subditis.

Ad argumentum ab officialibus desumptum, iam responsio allata est superius. Et quod de matrimonio obijcitur, sua peculiari ratione nititur, quòd scilicet æquitas nõ paritur, vt quis ad matrimonium contrahendum, cum fœminis, peregrinis & ignotis cogatur. Cogeretur autem, si in Patria vxorem ducere Rectores & Administratores huiusmodi prohiberentur.

CAPVT LXXIX.

Aliæ duæ Controuersiæ ad easdem leges pertinentes.

CAeterum palam & bona fide eos negotiari posse Autores sunt Accurs. in l. si in emptione, §. vlt. ff. de contrah. empt. Andr. de Isern. in c. 1. §. vlt. de feudo Guardiæ. Ang. & Dec. in d. l. principalibus, nu. 9. ff. si cert. pet.

Fundamentum est in ijs legibus, quibus cauetur tutorem palam, & bona fide contrahere posse cum pupillo, licet aliàs prohibeatur, l. non existimo, ff. de admin. tutor. l. pupill. §. sanè, ff. de autor. tutor.

Sed contrariam sententiam habuerunt Ias. Alc. Alex. & Zas. quibus & ipse assentior, in d. l. principalibus. Probatur hæc sententia ex l. 1. C. de contractibus Iudicum, vbi Imperator prohibet, similes contractus fieri à Rectoribus Ciuitatum & Iudicibus, præterquam pro necessitate victus, in hæc verba: *Prouincias verò moderantibus non solùm donationes, sed etiam emptiones quarumcunque* D *mobilium, vel immobilium rerum, præter eas, quæ ad alimoniam, vel vestes pertinent, & ædificationes, licet sacri apices aliquid eorum permiserint, penitus interdicimus*, &c. Quibus verbis patet, vsque adeò generaliter, huiusmodi personis tales contractus esse prohibitos, vt nec illis sint permissi, licet Principis Rescriptum habuerint. Quæ igitur ratio est id eis concedere, si palam & bona fide contrahant? quàm facilè Imperatoris Constitutio eluderetur? Alia est ratio tutoris, qui si palam & bona fide autore contutore contrahat, sicuti loquuntur leges, manifestum facit, se non latenter sua commoda procurare, sed vt quemlibet extraneum agere, atque contrahere.

Quòd attinet ad postremam controuersiam, sunt qui existiment Rectorem non statim finito officio, & administratione contrahere posse, ita Ludou. Rom. & Dec. in l. principalibus, Bald. ad l. solent, § vlt. ff. de offic. Procons.

Fundamentum est, quia officio finito subijcitur Syndicatui, vt uocant, quamobrem officij reliquiæ quædam superesse videntur, & quod caput est, in fraudem legis

con-

contrahere videtur, si incontinenti deposito officio contrahat, & quæ incontinenti fiunt, videntur inesse.

Sed contraria sententia longè mihi probabilior videtur, quam amplexus est Ias. in d. l. principalibus, nu. 4. Nã & hoc in casu cessant verba legis, & cessat ratio prohibitionis legis, lex enim de Rectore loquitur, & moderatore prouinciæ, hic verò non est Rector amplius, quia officio defunctus est. Quorsum igitur ea interpretatio tendere potest, nisi ut nouam legem condat? qua qui Rectores fuerunt, nec sunt amplius, contrahere prohibeantur; Aut quid sibi vult, quòd dicitur, reliquias pristinæ dignitatis durare, nisi hoc significet, ut honor exhibeatur, Magistratu defuncto, non ut ei negotiatio interdicatur, cùm in ipso cesset omnis impressionis timor, & omnis causa prohibitionis?

Denique nihil prorsus mouet, quod vel de fraude dicitur, quia fraus nõ præsumitur, sed probari debet, & quod subiungitur ex regulis brocardicis, quæ varias suscipiunt interpretationes, & ad hanc speciem ideo accommodari non possunt, quoniam cum quis desinit esse in Magistratu, efficitur priuatus homo, aliorum iurisdictioni subiectus, qui propterea aliorum priuatorum iuribus ac legibus censeri debet.

CAPVT LXXX.

Vtrum Rectoribus prouinciarum aliquid donari possit remunerationis causa, ad interpretationem l. vlt. C. ad leg. Iul. repetundarum.

Rectoribus Prouinciarum donari posse remunerandi gratia censuerunt Bar. ad leg. Aquilius, ff. de donat. Alex. Ias. & Zas. in l. principalibus, ff. si certum pet. autoritate d. l. Aquilius. Sed contrarium docuit Alc. ad d. l. principalibus, quia l. Aquilius non de donatione facta Rectori accipienda est, sed Rhetori, hoc est, Præceptori Rhetoricæ, & lex generaliter prohibet huiusmodi donationes, l. vlt. C. ad leg. Iul. repetundarum.

Ego verò vtor hac distinctione, vt donatio permissa esse intelligatur, si propter beneficium præstitum ante administrationem conferatur; Secus autem, si pro aliquo præstito beneficio tempore administrationis.

Hanc distinctionem confirmo ex d. l. vlt. C. ad l. Iul. repet. in illis verbis: *Et ob hoc exceptis salariis, nihil penitus tam in administratione positus, quam post depositũ officium pro aliquo præstito beneficio tẽpore administrationis, quam gratuito meruerint, accepturos*, &c.

Confirmo denique hac ratione, quia tales donationes prohibentur, ne magistratus corrumpantur, iuxta illud, Munera obcæcant oculos sapientum. Hæc ratio locum non habet, vbi extra causam administrationis, donatio confertur ab eo, qui beneficium accepit à Rectore & Magistratu ante prouinciam demandatam.

CAPVT LXXXI.

De exceptione non numeratæ pecuniæ Controuersiæ octo. Quarum prima hoc capite tractatur. Vtrum post biennij lapsum competat Iure ciuili inspecto.

Hoc, & sequentibus aliquot capitibus, præcipuas quasdam controuersias subijciemus, de exceptione non numeratæ pecuniæ, quarum prima est, vtrum secundum ius Ciuile post biennij lapsum opponi possit?

Et quidem opponi posse, ea tamen lege, vt opponens probare debeat, pecuniam numeratam non fuisse, autores sunt, Accurs. in l. in contractib. C. de non numerata pecunia. Ang. Salic. & Bart. in l. si ex cautione, C. eod. ti. Castr. in consi. 233. num. 3. lib. 2. Ang. Aret. in §. idem iuris, nu. 4. in Inst. de except. Alex. in consi. 158. col. penult.

A lib. 2. Soc. ad l. 2. §. vlt. nu. 3. ff. de emptionibus. Ias. ad l. 3. §. iurari, nu 8. & ad l. Manifestè, nu. 6. ff. de iureiur. Dec. ad l. iure naturæ, nu. 5. de reg. iur. Ant. Gomes. variar. resol. de contract. c. 6. nu. 7. & ibi Soarez. in addit. Eguinarius Baro, in Inst. de litter. oblig. Petr. Nicol. Mozius de Contract. ti. de Mutuo, nu. 9.

Argumenta præcipua sunt duo. Primum est, quia is, qui pecuniam non numerauit, videtur dolo facere eã exigendo, & consequenter exceptione doli repelli posse videtur. Exceptio autem doli, est perpetua, l. purè, §. vlt. ff. de doli mali & metus exceptione.

Alterum argumentum sumitur ex l. qui pecuniam, ff. si certum pet. vbi Iurisc. *Qui pecuniam*, inquit, *creditam accepturus, spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat*, &c. Si ergò creditor pecuniam non accepit, non est obstrictus vllo tempore, consequenter omni tempore, & sic etiam post biennium excipere potest se pecuniam non accepisse.

B Sed contrariam sententiam veriorem esse iudico, nempe, post biennium cessare huiusmodi exceptionem. Huius sententiæ autores sunt, Alber. ad d. l. si ex cautione, nu. 2. C. de non num. pec. Felyn. in c. si cautio, nu. 60. & ibid. Imola, nu. 24. de fide instrum. Io. Faber, in Instit. de litterarum obl. nu. 6. Ludou. Bulogrenus, ad consilia Ioãnis de Anania, in consi 97. Marli. Sing. 463. Pet. Duenas de reg. iur. 161. Hippol. Riminal. in consi. 172. lib. 3.

Probatur hæc sententia primò ex l. si intra, C. de non numer. pec. vbi Imperator: *Si intra legibus definitum tempus, qui cautionem exposuit, nulla querimonia vsus defunctus est, residuum tempus eius hæres habebit, tam aduersus creditorem, quam aduersus eius hæredem*, &c. Et paulo post: *Sin verò legitimum tempus excessit in querimoniam creditore minime deducto, omnimodò hæres eius, etiamsi pupillus sit, debitum soluere compellitur.*

Constat autem legitimum tempus esse biennium, vt paulo post probabitur.

C Secundo probatur ex l. asseueratio, C. eo. ti. in illis uerbis: *Exceptio non numeratæ pecuniæ, certa die non delata prius querela, euanescat.*

Tertiò ex l. in contractibus, eod. titu. ubi Imperator: *In contractibus, in quibus pecunia, vel alia res numerata, vel data esse conscribuntur, non intra quinquennium (quod antea constitutum erat) non numeratæ pecuniæ exceptionẽ obiicere possit, qui accepisse pecunias, vel alias res scripsit sit vel successor eius, sed intra solum biennium continuum, vt eo lapso, nullo modo querela non numeratæ pecuniæ introduci possit.*

Si nullo modo pecuniæ non numeratæ querela introduci potest. Ergo nec introduci poterit eam ob causam, quod quis dicat se probare velle numerationem factã non esse, & aduersarium dolo facere, quod exigat.

Quartò probatur ex §. 1. Instit. de litterarum obligationibus, his uerbis: *Planè si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est, de pecunia minimè numerata, post*
D *multum temporis, exceptionem opponere non potest.* Et paulo post: *Multum autem sæpius in hac exceptione antea quidem ex Principalibus Constitutionibus vsque ad quinquennium procedebat, sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per Constitutionem nostram tempus coarctatum est, vt vltra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur.*

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ ita respondeo. Doli exceptionem perpetuam esse, sed hoc in casu, non esse perpetuam, quia, nihil aliud continet effectu, quàm pecuniam numeratam non fuisse, quæ quidem pecuniæ non numeratæ exceptio, cum post biennium opponi nõ possit, nec doli mali exceptio ad eundem finem respiciens, opponi poterit. Quare tex. in d. l. si ex cautione, eodem iure censere videtur, tam exceptionem doli hoc in casu, quam exceptionem non numeratæ pecuniæ, vt patet ex illis verbis: *Opposita, siue doli, seu non numeratæ pecuniæ*, &c.

Ad secundum argumentum, ex l. qui pecuniã, respondeo,

deo, in potestate debitoris esse, ne se obstringat creditori futuro, si pecuniam nõ accipiat, & nullum chirographũ confessionis de recepta pecunia conscribat. Nam si chirographo se obliget, nec intra annum querelam non numeratæ pecuniæ obijciat, nullo modo post illud tempus elapsum eam obijcere poterit, vt patet ex legibus supra allegatis, quibus non repugnat Iurisc. in d. l. qui pecuniam. Immò nullum verbũ facit de tali exceptione non numeratæ pecuniæ.

CAPVT LXXXII.

Vtrum Iure Canonico inspecto, post biennij lapsum opponi possit exceptio non numeratæ pecuniæ.



CAeterum ex æquitate Iuris Canonici, & post biennium elapsum opponi posse exceptionẽ non numeratæ pecuniæ respõderunt Dyn. in Reg. Locupletari, de reg. iur. lib. 6. Ang. in consi. 156. D. Angelina, Rom. in consi. 44. & ibi Mandos. in addit. Marsil. Sing. 463. Imola in c. fin. nu. 32. de solut. Felyn. in c. si cautio, nu. 61. de fide instr. Dec. ad l. iure naturæ, nu. 5. de reg. iur.

Fundamentum est, in reg. Nemo locupletari debet cũ aliena iactura, d. c. Locupletari, de regul. iur. lib. 6. Item nulla præscriptio currit cum mala fide, c. vlt. de præscrip. Hic autem mala fides patet creditoris, si pecuniam non numerauerit.

Sed istis aduersantur, Spec. tit. de restit. in integr. §. 1. nu. 25. Arch. in c. si quis episcoporum, 3. q. 6. Bald. ad l. cũ quis, nu. 12. C. de iuris & facti ignorantia. Ias. ibi. nu. 28. Pet. Duenas, reg. 261. nu. 12. Hyppol. Rim. in cons. 272. num. 20. lib. 3.

Fundamentum est in eo, quod nulla sit constituenda differentia, atque inducenda dissensio inter ius Canonicũ & Ciuile, nisi quatenus sacris Canonibus expressum sit, argumento eorũ, quæ habentur in c. 1. & 2. de op. no. nun. Cum ergo iure Ciuili verius sit, exceptionem istã opponi non posse post biennium, vt in superiori capite demõstratum est, idem quoque iure Canonico statuendũ esse videtur, cum nullibi contrarium constitutum sit.

Ego posteriori sentẽtiæ accedo, si mala fides absit. Nã si creditoris mala fides appareat, exploratum habeo, eum præscriptione biennali iuuari non posse, ex generali & expressa iuris Canonici constitutione, quæ omni prorsus derogat præscriptioni, si mala fides subsit.

Quòd verò dicitur neminem locupletari debere cũ aliena iactura, parũ valet in materia præscriptionis temporis a lege constituti. Nam cum iustas ob causas ad Reipub. vtilitatem pertinentes, certum tempus ad aliquid agendum lex præfigit, eo elapso beneficium legis cessat in superius habita iuris regula: Nemo locupletari debet cum aliena iactura, &c.

CAPVT LXXXIII.

Vtrum exceptio non numeratæ pecuniæ locum habeat, vbi quis ante chirographum confessionis se pecuniam accepisse profitetur.



SI hodie Titius chirographo profiteatur, se mutuo ante annum accepisse à Titio certam pecuniæ quantitatem, vtrum locus sit exceptioni non numeratæ pecuniæ intra biennium, non est eadem omnium sententia. Etenim locum non esse existimauit Glo. in l. in contract. in verbo, Aliæ res. ibi. Item hoc intellige, C. de non num. pec. Alb. in l. Generaliter, C. eo. ti. Soc. sen. ad l. a. §. appellata, ff. si certum pet.

Cæterum affirmant cõpetere Cyn. in d. l. generaliter, Rom. & Dec. in d. §. appellata, Aret. in §. idem iuris, n. 23. Inst. de exceptionibus. Anto. Gomes. variar. resol. iuris ti. de contractu mutui, c. 6. nu. 4.

A Prioris sententiæ argumenta sunt hæc. Primum ex l. aduersus, C. de non num. pecun. vbi Imperator: *Ignorare non debes, non numeratæ pecuniæ exceptionem ibi locũ habere, vbi quasi credita pecunia petitur. Cum autem ex præcedente causa debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiritur, an tunc, cum cauebatur, numerata sit, sed an iusta causa debiti præcesserit.*

Secũdum est ex l. generaliter, C. eo. ti. *Generaliter sancimus*, ait tex. *vt si quid scriptis cautum fuerit, pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendentibus, eãq; causam specialiter promissor edixerit, non iam ei licentia sit, causæ probationem stipulatorem exigere, cum suis confessionibus acquiescere debeat.*

Tertium argumentum est huiusmodi. Exceptio non numeratæ pecuniæ ideo debitori competit, quia præsumitur, sub spe numerationis futuræ confessus se accepisse. Sed hoc in casu non habet locum hæc præsumptio, quia debitor fatetur se iam antea pecuniam accepisse. Er-
B go hoc in casu exceptio cessat.

Posterioris autem sententiæ fundamentum est, quia leges generaliter concedunt, exceptionem istam non numeratæ pecuniæ intra biennium, nec distinguunt, quomodo quis confiteatur se pecuniam accepisse.

Item, quia nulla adferri potest differentiæ ratio, siue quis simpliciter in chirographo fateatur se accepisse pecuniam, siue confiteatur se accepisse, longè ante chirographũ. Immò confessio simpliciter facta refertur ad tẽpus præteritum, scilicet ante confessionem elapsum.

Huc accedat, quòd eadem facilitate, qua quis confitetur se simpliciter accepisse, quod non accepit, confitebitur etiã se accepisse longè ante chirographum. Ideo vtroque casu uidetur dicendum, exceptionem competere, adiuuariq; potest hoc argumentum ex eo, quod respondit Bar. ad l. si ex cautione, nu. 2. C. de non num. pec. Quem sequitur Felyn. in c. si cautio, num. 51. de fide instrum. & Ias. in l. qui pecuniam, num. 1. ff. si certum pet. Respondit
C Bar. competere istam exceptionem, licet in chirographo quis dixerit, se pecuniam accepisse, & chirographum tale conscripsisse, nõ sub spe futuræ numerationis, quia eadẽ facilitate inductus esse uidetur, ad illa verba adijcienda.

Quibus rationibus adductus, huic posteriori sententiæ magis accedo: Cui sanè non obstant argumenta prioris ac diuersæ sententiæ. Etenim, leges allegatæ in primo & secundo argumento, loquuntur de alia specie longè diuersa & absimili, nempe, cum quis confitetur se debitorem esse alterius ex alia causa præcedente, vt puta, si quis in chirographo fateatur, se Titio debere centum, quæ ante annum nomine depositi accepit, vel quæ ante annum ex causa emptionis præstare tenebatur. Hoc in casu non inquiritur, an pecunia numerata sit, sed an causa uerè præcesserit, nec ne, & confessioni statur, donec contrariũ doceatur. Hæc est sententia dictarum legum.

Ad tertium argumentum respondeo, etiam hoc in casu debitorem ita confiteri, spe futuræ numerationis.
D Quid enim refert, utrum quis fateatur se accepisse pecuniam, vel ante annum accepisse? Vtroque casu tempus præteritum designat. Neque verò lex imposita est verbis, sed rebus, l. 2. C. commun. de leg.

CAPVT LXXXIV.

Si lege municipali cautum sit, certas duntaxat exceptiones contra instrumentum opponi posse, vtrum exceptio non numeratæ pecuniæ opponi possit?



LEgibus Municipalibus, quę Statuta Ciuitatũ vulgò appellamus, plerunque ita constitutum est, vt aduersus instrumenta publica, certæ quædam duntaxat exceptiones opponi possint, vt puta, solutionis, compensationis, rei iudicatæ, & similes. Quamobrem, controuerti solet,

solet, an exceptio non numeratæ pecuniæ, videatur exclusa; Et videri respondit Bald. in l. pecuniæ, C. de solut. num. 4. & in l. 3. C. de postulando, in vlt. col. cuius fundamẽtum est in ipsis verbis Statuti, quod dum certas quasdam exceptiones reseruat, cæteras omnes excludere videtur, l. cùm Prætor, ff. de Iudicijs.

Cæterùm, non videri, responderunt Cyn. ad l. in contract. C. de non numerata pecun. Ias. ad l. Qui pecuniam, nu. 7 ff. si certum petatur, Felyn. in c. si cautio, nu. 47. de fide instrum. Anton. Gomes. variar. resol. tit. de Contract. c. 6. nu. 3. & ibi Soarez, in addition.

Et istis ego assentior. Nam eiusmodi exceptio non numeratæ pecuniæ, inest ipsi obligationi & confessioni, qa lex præsumit confessionem factam spe futuræ numerationis, & intra biennium exceptionem concedit, quare nunquam à lege Municipali talis exceptio censeri debet exclusa: quemadmodum, nec si quis Iureiurando fateatur se accepisse, impeditur quò minus excipere posit, l. vlt. C. de non numer. pecun. neq; enim consentire videtur obligationi, qui confitetur se accepisse, nisi pecunia numeretur, consequenter iniustum esset Ciuitatis Statutum, quo ea exceptio reijceretur; Non est autem ea interpretatio accipienda, quà quispiam iniustè opprimatur, qua lex iniquitatis arguatur, & mereatur à sapientibus reprehendi, vide Menoch. de Arbitrar. Iud. Casu 199. Ex quibus confutatur argumentum contrariæ opinionis.

CAPVT LXXXV.

Vtrum exceptio non numeratæ pecuniæ eodem modo concedatur ei, qui testibus præsentibus se confessus est accepisse pecuniam, quo se chirographo obliganti & confitenti concedi solet.


VAria sunt Doctorum placita de quæstione huius capitis. Etenim, Accurs. in l. si non singuli, C. si certum petatur, in eam sententiam procliuior esse videtur, etiam vltrà bienniũ non numeratæ pecuniæ exceptionem competere, vbi chirographum debitoris non apparet.

Bartolus autem ad l. si ex cautione, C. de non numerata pecun. docet competere huiusmodi exceptionem, siue chirographum extet, siue non extet, reprobata Accursij sententia, & sicut ego interpretor intrà biennium competere, non autem post biennium.

Angel. Aret. in §. Idem Iuris, nu. 12. Inst. de Exceptionibus refert aliorum sententiam, & Accursium sequi videtur.

Alciatus denique ad l. qui pecuniam, circa finem, testatur communem esse sententiam Doctorum, quam & ipse amplectitur, nõ numeratæ pecuniæ exceptionem competere, siue chirographo cõtineatur debitoris confesio, siue testibus duntaxat probetur, ita tamen, vt post biennium debitori onus probandi incumbat, pecuniam numeratam non fuisse; Quæ sententia mihi quoque magis probatur.

Continet autem duo membra; Primum. Eo casu quo chirographum non extat, exceptionem competere, nedum intrà biennium, sed etiam post biennium. Alterum. Post biennium, si opponatur onus probandi negationem, hoc est, pecuniam numeratam non fuisse, debitori incumbere.

Vtrumque sic probatur; Primum quidem: Nam leges concludentes hanc exceptionem spacio biennali, de litterarum obligatione loquuntur, vt patet in Inst. de litterarum obligatione, & alibi. Hæc autem non est litteratum obligatio, vt patet. Ergò biennali tempore non est concludenda, sed potius moderanda est secundum alias Iuris regulas, quæ de confesione facta præter causam litterarum obligationis loquuntur, inter quas illa est præcipua, vt quandocunque liceat de errore docere confesionis factæ, l. generaliter, C. de non numer. pecun. l. error. C. de Iuris & facti ignorantia.

A Alterum verò membrum sic probatur; Nam qui allegat confesionis suæ errorem, eu probare debet, cùm suis confesionibus acquiescere debeat, vt in d. l. generaliter, & declarat optimè Iason, in d. l. error, C. de Iuris & facti ignorant. & ex communi sententia Anton. Gabr. Commu. concl. tit. de Confess. concl. 5.

CAPVT LXXXVI.

Vtrum inter mercatores locus sit exceptioni non numeratæ pecuniæ, & vtrum, si iuramentum obligationi accesserit, necessaria sit absolutio, vt ea exceptio opponi posit.


CVm inter Mercatores summa vigeat æquitas, Iuris autem apices, & subtilitates locum non habeant, meritò disputari potest, nec locum habere non numeratæ pecuniæ exceptioné, ex traditis per Bal. in l. Frustrà, C. de B non numer. pecun. Iason l. in Singularia, & in l. qui pecuniam, ff. si certum petatur. & in l. cùm quis, nu. 17. C. de Iuris & facti ignor. & per Glos. in §. Argentariorum, in Authen. de Fideiussor.

Sed istis nõ obstantibus, contraria sententia mihi magis probatur; quam defendit eleganter Benuenutus Stracha, de Mercatura, tit. Quomodo in causis Mercatorum procedendum sit. nu. 9. Autoritate legum generaliter loquentium, nec mercatorum causas excipientium; Et ego confirmo eo argumento; quod hæc literarum obligatio, ex mercatoribus originem traxit, sicuti eleganter explicat Alciat. in l. qui pecuniam, nu. 8. ff. si certum petatur. Quamobrem & consequens est, non numeratæ pecuniæ exceptionem, ex eodem fonte ortam censeri; neque verò ab æquitatis ratione aliena est hæc exceptio, cùm æquitas id postulet, vt quod quis non numerauit, exigere non audeat, licet syngrapham debitoris acceperit.

C Sed si Iuramentum accesserit, promissioni debitoris & obligationi, nonnulla est controuersia, vtrum absolutio necessaria sit, vt exceptio ista posit opponi. Etenim Bald. censuit non esse necessariam, in l. vlt. C. de non numerata pec. quem secutus est Corn. in consl. 11. col. 7. lib. 3.

Sed contrarium docet nouissimè Seraph. Senens. de priuilegijs iuramenti, priuileg. 60. nu. 18. eiusdem sententiæ citans Gratum responso 30. lib. 1. autoritate text. in c. Venerabilem, de electione, in illis verbis: *Nec valet ad plenam excusationem ipsius, si iuramentum illud dicatur illicitum, cùm nihilominus super eo nos prius consulere debuisset, quam contra ipsum propria temeritate venire*, &c.

Sed certè infirmum est hoc argumentum vt videtur, quia S. Pontifex loquitur in dubio, cùm scilicet incertum est & dubium, vtrum iuramentum sit licitum, necne, non debet enim quispiam illud propria autoritate violare, sed Summum Pontificem consulere, quæ res longè est absimilis à specie, de qua agitur. Neque enim dubitari D potest, quin debitoris iuramentum sit licitum in hac specie, sed non proinde sequitur absolutionem esse necessariam, quandoquidem huiusmodi iuramentum tacitè eam conditionem habet, si pecunia fuerit numerata: antequam numeretur, exceptioni locus est, vt in l. vlt. C. de non numer. pecun. Quare cùm præter cõsensum iurantis iuramentum obligare non posit, & hoc in casu debitoris consensus non adsit, nisi pecunia numeretur, sequitur, ante numeratam pecuniam, iuramentum non obligare, & per consequens, absolutione opus non esse. Quare Baldi & Cornei sententiam probabiliorem esse existimo, contrariamque sententiam valere iubeo.

M CA-

CAPVT LXXXVII.

Ex chirographo confeſsionis, quænam oriatur obligatio, & quando, & vtrum ciuitati perpetuò competat exceptio non numeratæ pecuniæ.

EX chirographo confeſſionis oriri tantum ciuilem obligationem ſunt qui exiſtiment. Alij ciuilem & naturalem, alij nullam oriri cenſent, vbi ſcilicet numeratio non intercedit, Vide Angel. Aret. in §. idem Iuris. nu. 10. in Inſtit. de except. & Eguinarium Baronem in Comment. Inſt. tit. de litterarum oblig.

Ego puto poſt biennium ciuilem, & naturalem obligationem oriri, non ea ratione, quòd ſyngrapha debitoris, obligationem inducat, ſed quia lex præſumit pecuniam numeratam fuiſſe, cùm plerunque non ſoleant debitores ex ſyngrapha obligati, tam diu, ſi pecuniam verè non acceperint, tacere, & exceptionem nõ opponere, ſicuti optimè deducit Franciſcus Connanus lib. 1. Comment. Iur. Ciu. c. 6 num. 11. & probatur ex verbis Iuſtiniani, in §. 1. in Inſtit. de litterarum oblig. ibi: *Sic fit, vt & hodie, dum quæri non poteſt ſcriptura, obligetur, & ex ea naſcatur condictio*, &c.

Poſtrema controuerſia eſt, an Ciuitati perpetuò detur exceptio non numeratæ pecuniæ. Affirmant Bald. Ludouic. Rom. & recentiores, ad l. ſi is qui bona, ff. de pignor. eo argumento adducti, quòd Ciuitas ex mutuo non obligetur, niſi probetur, pecuniam mutuatam in eius vtilitatem fuiſſe conuerſam, vt in l. ciuitas, ff. ſi certum petatur.

Sed negat Ripa, in d. l. ſi is qui bona, nu. 10. *Quia diuerſa eſt*, inquit, *exceptio non verſionis, ab exceptione non numeratæ pecuniæ. Altera enim contractus nullitatem reſpicit, altera verò validitatem præſupponit: & exceptio illa non verſionis, præſupponit numerationem factam*. Sic ille. Sed quandoq; bonus dormitat Homerus, non aduertit Ripa, exceptionem non numeratæ pecuniæ continere exceptionem verſionis nõ factæ, & in eo fundamentum communis ſententiæ poſitum eſſe.

Declaro; Ciuitas ex mutuo non obligatur, niſi verſio probetur in eius vtilitatem facta. Hoc vt probetur, duo requirũtur; Primùm, pecuniam fuiſſe verè numeratam; deinde, inſumptam fuiſſe in vſus Ciuitatis. Quare ſi perpetuò tueri ſe Ciuitas poteſt, exceptione verſionis non factæ, multò magis defendere ſe poterit, non numeratæ pecuniæ exceptione. Vbi enim numeratio facta non eſt, nec verſio probari poteſt. Quod ſi creditor probata numeratione verſionem quoque probare debet, exceptione ſcilicet oppoſita, multò magis probare tenebitur numerationem factam, eadem Ciuitate excipiente numeratam non fuiſſe. Eandem ſententiam nouiſſimè ſecutus eſt Petrus Nicolaus Mozius, tract. de Contract. tit. de Mutuo. §. Venio ad primam columnam, poſt nu. 18.

CAPVT LXXXVIII.

Vtrum ſi debitori dilationẽ ad ſoluendũ datam creditor prorogauerit, ignorante fideiuſſore, liberetur fideiuſſor.

MAgna eſt Doctorum diſſenſio, vtrum fideiuſſor liberetur, ſi creditor debitori tempus ad ſoluendum datum prorogauerit ignorante fideiuſſore. Etenim liberari affirmant Specul. in tit. de fideiuſſor. §. 1. verſ. Illud autem quæritur, & ibi Ioan. Andr. Ant. Butr. in c. Conſtitutus, de fideiuſſor. & in c. 1. de officio delegati. Felyn. in cap. de Cauſis, col. 3. eod. tit. Natta in conſ. 202. nu. 6. Papienſis in forma libelli, contrà plures reos debendi, §. Solutionem facere recuſauerunt, in fine.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex l. Item quæritur, §. qui impleto, ff. Locati. vbi Iuriſconſultus: *Qui impleto tempore conductionis remanſit in conductione, non ſolùm recondixiſſe videbitur, ſed etiam pignorum videtur durare obligatio; Sed hoc ita verum eſt, ſi non alius pro eo in priore*

A *conductione res obligauerat, eius enim nouus conſenſus erit neceſſarius.*

Secundum eſt ex l. ſi cùm Hermes, C. eod. tit. *Si cùm Hermes*, inquit, *vectigal, Octauorum in quinquennium continuum conduceret, fidem tuam obligaſti, poſteaque ſpacio eius temporis expleto, cùm idem Hermes in conductione, vt idoneus detineretur, non conſenſiſti, ſed cautionem tibi reddi poſtulaſti, non oportere te de poſterioris temporis periculo adſtringi, competens Iudex non ignorabit.*

Sed contrariam ſententiam habuerunt Ancharanus & Imola, in d. c. conſtitutus, Bald. Angel. & Alex. in l. ſi vnus, §. ſi cum reo. ff. de pact. Iaſ. ad l. 1. nu. 18. C. de Iudicijs. Ant. Gomeſ. Variat. reſol. lib. 2. c. 13. nu. 19. verſ. ſexto & vlt. Quanquam ſupradicti diſtinguere videantur; Vtrum debitor vſque ad certum tempus fuerit obligatus, & ei fideiuſſor acceſſerit: An verò obligatus fuerit ſimpliciter, vt priore caſu fideiuſſor liberetur tempore prorogato debitori; poſteriore non liberetur, quemadmodum B diſtinguunt etiam idem Iaſ. in l. lecta, nu. 9. ff. ſi certum petatur, & ibid. Decius, nu. 13. Alciat. nu. 52. Cagnol. nu. 99. Couuar. alios citans ad Rubr. de pactis, in princip. nu. 6. verſic. Quartò apparet fideiuſſorem; & nouiſſimè, alios quamplures commemorans Anton. Teſſaurus, deciſ. Pedemont. 125. & hæc ſententia videtur mihi veriſsima, licet Iacop. de S. Georgio, alia vtatur diſtinctione, ad cuius argumentum poſtea reſpondebitur.

Primum membrum huius ſententię probatur ex duabus legibus, quæ pro priore ſententia allatæ ſunt. Quibus accedant l. Lucius, §. Paulus, ff. de adminiſtr. tutor. & l. Labeo, §. ſi per fideiuſſorem, ff. de Arbitris.

Poſterius autem membrum probatur multis argumẽtis, quibus Iaſon vtitur, in d. l. 1. nu. 18. C. de Iudicijs. Sed illud potiſsimùm me mouet, ꝙ cùm debitor certo tempore ad ſoluendum obſtrictus eſt, etiam elapſo illo tempore tenetur, etſi nõ ſoluat, dicitur eſſe in mora. nec fideiuſſor liberatur; Si ergò tempus ei prorogetur, hoc tantùm effi- C citur ea prorogatione, vt in mora eſſe non dicatur, nec ipſe, nec fideiuſſor eius, & ad hoc tendit ipſa prorogatio, quæ proinde nec nocere creditori debet, nec ad alium finem trahi, præſertim, cùm hodierno iure, nouatio minimè inducatur ex temporis prorogatione, vel aliter, niſi expreſsè dicatur, l. vlt. C. de Nouationibus. Et declarant optimè Caſtr. ad l. penult. ff. de prætorijs ſtipulat. & Iaſ. ad l. 1. §. Et poſt operis, nu. 97. ff. de operis noui nunciatione.

Cæterum Iacop. de S. Georgio, in loco ſuperius annotato vtitur alia diſtinctione: *Aut enim creditor*, inquit, *ſimpliciter tempus creditori prorogauit. aut noua ſtipulatione intercedente, qua ſcilicet debitor eidem promiſit pecuniam debitam reſtituere tempore prorogato. Priore caſu fideiuſſor nõ liberatur, poſteriore verò liberatur. Ratio eſt: quia nouatione facta, fideiuſſor aut ipſo iure, aut ope exceptionis liberatur, l. vbicunque. ff. de fideiuſſor. Sed nouatio inducitur ex temporis prorogatione, l. penult. ff. de prætor. ſtipulation.* Ergò, &c.

Reſpondeo ex lege Iuſtiniani, Nouationem non indu- D ci ex temporis prorogatione, quicquid olim conſtitutum eſſet, id patet ex d. l. vlt. C. de Nouation. ibi: *Vel conditionem, ſeu tempus addiderit, vel detraxerit*, &c. *Ex quo veteris Iuris conditores introducebant nouationis, nihil penitus prioris cautelæ innouari*, &c.

Maneat igitur ſententia ſupradicta, quæ veriſsima eſt, & communiter recepta.

CAPVT LXXXIX.

Vtrum minor læſus in precio rei venditæ, reſtituendus ſit in integrũ, aduerſus venditionem; an verò res vendita retineri poſsit ab emptore, ſi iuſtũ preciũ ei ſupplere velit.

SI minor læſus fuerit in precio rei venditæ, controuertitur, an ſit in integrum reſtituendus, reſcindendaque venditio, an verò ſufficiat, ſi emptor iuſtũ ei preciũ ſuppleat. Et quidem in integrum reſtituendũ eſſe, & ſic reſcindendã eſſe venditionem

tionem,ac rem restituendam censuerunt Petr. & Cyn.
in l.siquidem,C.de prædijs minor.Castr. ad l. non inte-
rest,nu.4.C.de his quæ metus causa. Pinell. ad l. 2.in 3.
par.c.1.nu.21.C.de rescin.vend. Natta in cons. 548. nu.
32.& quidam alij, quos commemorat Octauianus Si-
moncellus,de Decretis,lib.3.tit.7.nu.13.

Argumenta verò sunt ista. Primum ex d.l. siquidem,
C.de prædijs minor.in illis verbis: *Si vero iure interposito
decreto venditionem vili precio eius possessionis,cuius preciū
ignorabat,fecit,iuxta perpetui edicti autoritatem in inte-
grum restitutio,causa tamen cognita,præbetur.*

Secundum argumentum est ex l.quod si minor, §.re-
stitutio,ff.de minoribus in illis verbis: *Itaque si in venden
do fundo circumscriptus restituetur, iubebit Prætor emptorē
fundum cum fructibus reddere,& precium recipere.*

Tertium est ex l.patri,§.item ex diuerso,ff.eo.ti.ibi. *Si
minore precio quam oportuit,vendiderit Adolescens,emptor
quidem iuberi debebit prædia cum fructibus restituere*,&c.

Sed contrariam sententiam amplexi fuere Glos.Bart.
Salic.& Bald.in d.l.siquidem.Glos.& Alber.in l.patre,§.
si pecuniam, ff. de minor. Barto. & Iacop. ad l.si res,§.si
mulier,ff.de iure dotium.Et quamplures alij,quos refert
& sequitur Sfortia Oddus,de Restitutione in integrum.
q.57.art.4.

Arguméta sunt duo potissimū. Primū ex d. l.si res,§.si
mulier,in illis verbis: *Enimverò, si in æstimationis modo
circumuēta est,erit arbitrium mariti,virum iustam æstima
tionem,an potius seruum præstet*,&c.Et Paulo infra: *Idem
que & in minore circumuenta,Marcellus probat*,&c.

Secundum argumentum est huiusmodi.Restitutio tā
tum minori præstat,quantum ei abstulit læsio, l. quod si
minor,§.Restitutio,ff.de Minor. Sed læsio fuit circa pre
cium, Ergò si precium iustum minori refundatur,satisfa
ctum esse videtur restitutioni. Ego priori sententiæ ma-
gis accedo,quam confirmo ex c.1. de in integrum restit.
ibi: *Requisiuit à nobis tua fraternitas, quid agendum sit de
possessionibus,Laicis sub modico censu concessis.Noueris ita
que,quod si Ecclesia læsa est*,&c. Et paulò post: *Et Eccle-
sia iure Minoris debeat semper illæsa conseruari, quæ in dā
num eius data constiterit,ad ipsius conuenit ius & proprie-
tatem redire.*

Non obstant argumenta contrariæ opinionis. Nam
quod attinet ad primum, illud speciale est inter virum
& vxorem,de rebus in dotē datis, vt patet ex d.lege,neq;
enim conuenit ita facilè inter coniuges rescindi ea quæ
gesta sunt,si modo indemnitati mulieris succurratur.

Cæterum,in alijs leges sunt apertæ, quibus constitu-
tum est,rem venditam restituendam esse minori,& con
tractum rescindendum. Porrò quod textus dicit: *Idemq;
in minore circumuenta Marcellus probat*, de muliere mi-
nore circumuenta accipiendum est circa dotem.

Ad secundum autem argumentum respondetur, vt
tantum minori restituatur, quantum ei abstulit læsio,
fundum esse restituendum vnà cum fructibus,sicuti de-
clarant Iurisconsulti,in dictis legibus allegatis, & patet
euidenter: Nam si duntaxat iustum precium emptor sol-
ueret, non ex eo tantum haberet minor, quantum ha-
buisset si non vēdidisset,habuisset enim rem & fructus,
iam vero precium rei duntaxat consequitur, & nullos
fructus.

Quod si contractus rescindatur,& res minori restitua
tur,tunc in integrum restitutus esse videbitur,& omnis
disputatio auferetur.

Quamobrem,& Iurisconsultus in d. §. Restitutio,
post quam dixit:tantum restitutionem affer-
re,quantum abstulit læsio, subdit: *Ita-
que, si in vendendo fundo circumscri-
ptus restituetur, iubebit Præ-
tor emptorē fundum cum
fructibus red-
dere,
& precium re-
cipere.*

A

CAPVT XC.

*Controuersia aliquot de certi condictione, ad interpreta-
tionem l.certi condictio,ff.si certum petatur.*

RESpondit Vlpianus in l.certi condictio, ff. si
certum pet. Certi condictionem compete-
re,etiam ex causa legati,& ex lege Aquilia,
sed quia legis Aquiliæ actio ita comparata
est, vt ex rei negatione in duplum sequatur
condemnatio,l.contra negantem,C.de lege Aquilia, di-
sputatio nascitur, an & certi condictio ex lege Aquilia
dupli condemnationem cōtineat.Et non est eadem om-
nium sententia.Nam Accurs.quidem,Bart. Bald. Castr.
Alex.Ias.Dec. Et Alci.in Cōment.dictæ legis, negant,sed
Zasius lib.1.Singular.respons.c.14.contrariū docet, non
rectè,iudicio meo.

Fundamentum communis sententiæ, negantis ad du
B plum competere, positum est in l.item veniunt, §.cum
prædiximus,ff.de petitione hæreditatis,vbi text.dicit: *In
hæreditatis petitione actiones omnes hæreditarias venire,et
ideo actionem etiam ex lege Aquilia,non tamen cum suo in-
cremento,licet enim ex inficiatione crescat, ad simplum ta-
men dabitur*.sic Iurisconsultus. Vnde, ex eo responso col
ligitur,idem esse statuendum in certi condictione, quæ
ex lege Aquil.datur, vt scilicet non detur cum suo incre-
mento,sed ad simplum tantum.

Zasius verò sic argumentatur, vt inprimis demōstret,
textum in d.§.cum prædiximus,nil probare: Nam cur
in petitione hæreditatis,duplum actor consequi non pos
sit,illam esse rationem disputat, quod ad hæredem nil a-
liud trāseat,nisi ius,quod defunctus habuit. Defunctus
autem non habuit ius consequendi duplum, sed tantum
simplum,quia nondum instituta erat actio ex lege Aqui
lia,ante mortem defuncti. Consequenter nec inficiatio
locum habuerat.

C Secundo,adfert tex.in d.l.certi condictio,§.cum præ-
diximus,ac illud perpendit,quod simpliciter Iurisconsul
tus tradit ex lege Aquilia certi condictionem compete-
re,nec ad simplum eam restringit.

Tertio argumentum adfert huiusmodi; Si quis agat
condictione ex lege Aquilia,tolluntur omnes aliæ actio
nes ex eadem causa competentes, l.duobus, §. exceptio,
ff.de iureiurando. Ergo negante Reo, nunquam Actor
duplum consequetur, non enim ex condictione, si ve-
ra sit communis sententia, non etiam ex lege Aquilia,
quia actio ex ea competens,sublata est; hoc autem est ab
surdum. Ergo & absurdum esse videtur, quod commu-
nis sententia docet, nempe,ad duplum certi condictio-
nem ex lege Aquilia non extendi.

Respondeo ad primum. Ius dupli consequendi defun
cto competijsse, si non actu,saltem potentia, vt loquun-
tur Scholastici Doctores, nam cum haberet actionem
ex lege Aquilia,consequens est, vt & ius ad duplum con
D sequendum haberet,ex negatione rei conuenti, & sic ad
hæredem transiret,ac in petitione hæreditatis compre-
hēderetur. Sed quia petitio hæreditatis hoc respectu sub
rogata esse videtur loco actionis ex lege Aquilia, Iurisco
sultus respondit in d.§.cum prædiximus, subrogatā qui-
dem esse,sed tamen non cum incremento, quod ex infi-
ciatione proficiscitur,id enim non est proprium petitio-
nis hæreditatis.

Ad secundum argumentum ita respondeo, licet Iuris
consultus in d.l.certi condictio, simpliciter affirmet certi
condictionem competere,etiam ex lege Aquilia,nihil ta
men proponitur,cur interpretatione illud ita accipiendū
non sit, quemadmodum in hæreditatis petitione consti-
tutum est, vt scilicet absque incremento detur.

Ad tertium respondeo,actorem sibi imputare debere,
cur non elegerit actionem ex lege Aquilia potius, quam
certi condictionem,quoties enim plures actiones compe
tunt, vnam eligere Actor debet, l. quod in hærede, §.
eligere, ff. de tributoria. Si non eligat meliorem, sibi

imputet, nec dicat abſurdum eſſe, q; ab alia excludatur. A

Altera eſt controuerſia, Vtrum certi condictio competat ad intereſſe. Affirmant competere Bartol. & Gloſ. hoc in loco, Caſtr. nu. 8. Alex. nu. 16. Socin. nu. 25.

Quorum illud eſt fundamentum, quòd certi condictio ex lege Aquilia competat, & ſic ad damni emendationem, quod nihil aliud eſſe videtur, quam intereſſe dãnum paſſi.

Sed contraria ſententia videtur mihi veriſſima, quam eodem in loco ſecuti ſunt Cuma. Fulgoſ. Alber. Iaſ. Dec. Alciar & Zaſ.

Probatur eo argumento, quia ad id, quod intereſt, incerti condictio competit, vt patet ex l. vlt. ff. ſi quis in ius vocatus, nõ ierit, & ex l. 3. ibi, incertæ actionis, C. de inutil. ſtipul. ſi competit incerti condictio, ergò non certi.

Nec obſtat quòd ex lege Aquilia competere dicatur: quia intelligitur, ſi certa quantitas exprimatur. Nam certi condictio competit ex omni cauſa, ex qua certum petitur, certum aũt dicitur, quod apparet, q̃d, quale, & quantum ſit, l. Certum, ff. eo. tit. Intereſſe autem incertum eſt, vt ex probationibus teſtium, quid, & quantum ſit, declaratur, vt proinde certa quantitas in actione inſtituta cõprehendi non poſſit. B

Sed nec illa eſt prætermittenda controuerſia, olim agitata inter Citramontanos & Vltramontanos, hoc eſt, inter Doctores Gallos & Italos, vtrum ſcilicet pro mutuo competat certi condictio ſpecialis; nam Barto. affirmat, quem cæteri Doctores Citramontani ſequuntur, in comment. d. l. certi condictio. Sed Petr. à Bellapertica & cæteri antiquiores Galli, quib. & Zaſius adſtipulat, negãt.

Ego Italus, Italorum ſententiam probo. Primò ex §. 1. in Inſtitutionib. Quibus modis re contrahitur obligatio. *Ex eo contractu*, inquit, *mutui, naſcitur actio, quæ vocatur certi condictio.*

Secundò ex §. Sequens, in Inſt. de actin. ibi: *Earum verò actionum, quæ in perſonam ſunt, ea quidem, quæ ex contractu naſcuntur, ferè omnes rei perſequendæ cauſa comparata videntur, veluti quibus mutuam pecuniam, vel in ſtipulatum pecuniam petit actor*, &c. Illa verba, *quibus mutuam pecuniam*, &c. indicant plures actiones pro mutuo dari, & ſic nõ ſolum generalem, ſed etiam ſpecialem certi condictionem. C

Tertiò ex l. 1. ff. de condictio. triticar. ibi: *Qui certam pecuniam numeratã petit, illa actione vtitur, ſi certũ petetur.*

Quartò mutuum contrahitur iiſdem modis, quibus indebitum, §. 2. in Inſtit. Quibus modis re contrahitur obligatio. Præclarè Cuiacius lib. 8. Obſeru. capit. 34. Sed pro indebito competit ſpecialis actio, ſcilicet, condictio indebiti, Ergo & pro mutuo.

Quintò. Contractus nominati actionem ſpecialem pariunt, veluti ex empto, locato & ſimilibus, l. iuris gentium, ff. de pact. Sed mutuũ eſt cõtractus noiatus. Ergo.

Sextò. Ex ſtipulatione oritur certi condictio ſpecialis, vt in Inſt. de verb. oblig. in princip. Ergò ſimiliter & ex mutuo. D

Septimò probatur ex l. qui mandatum ſuſcepit, ff. mãdati. vbi dicitur. Eum, qui mandato alterius mutuauit, actiones cedere debere. Ergò plures ſunt actiones, non vna tantum pro mutuo.

Non obſtant argumenta contrariæ opinionis, quorũ primum eſt illud, quod agens condictione ex mutuo ſpeciali, eodem modo concludere debeat, quo ageret condictione generali. Ergò vnica tantum actio competit. Reſpondeo, ambas actiones ad eundem finem tendere, & hoc in argumento probari, ſed quò minus ambæ competant, non infertur.

Secundum argumentum. Si certi condictio ſpecialis pro mutuo competeret, & ſimul etiam generalis, nulla eſſet ratio, cur etiam pro alijs contractibus nominatis cõpetere non deberet. Sed pro alijs non cõpetit, Ergò nec pro mutuo. Reſpondeo, alios contractus nominatos proprias actiones producere, nec indigere certi condictione ſpeciali, mutuum verò certa condictione ſpeciali à legib. adiuuatur, quemadmodum & ſtipulatio, & indebiti condictio.

Tertium argumentum. Cum certi condictio generaliter detur pro omnibus contractibus, in quibus certũ petitur, fruſtrà exigitur ſpecialis pro mutuo. Reſpõdeo, nõ fruſtrà, quia noſtra intereſt, plures actiones habere, & conſtat non fruſtrà ſpecialem hypothecam eum habere, qui & generalem habet. Sed de ſcholaſtica quæſtione hactenus.

CAPVT XCI.

Vtrum difficultas excuſet debitorem à mora.

Difficultatem ſoluendi non excuſare quantitatis debitorem a mora, exiſtimarunt Bart. in l. quod te, nu. 14. ff. ſi certum petat. Bald. Ang. & Alex. ſequentib. argumentis. Primũ eſt ex l. continuus. §. illud, ff. de verb. ob. ibi: *Et generaliter cauſa difficultatis ad incommodum promiſſoris, non ad impedimentum ſtipulatoris pertinet*, &c.

Secundum eſt ex l. incendium, C. ſi certum pet. *Incendium ære alieno non liberat debitorem.*

Tertium. Qui non poteſt ſoluere, niſi cedat bonis, in carcerem conijcitur, l. 1. C. qui bonis cedere poſſunt. Sed nemo in carcerẽ conijcitur, niſi ſit in mora, argumento l. 3. §. tutores, ff. de ſuſpectis Tutor. Ergò difficultas nõ excuſat à mora.

Quartum eſt ex l. mora, §. bonæ fidei, ff. de vſuris. vbi filiusfamilias eſt in mora, qui tamen eo tempore nihil habebat, præter bona caſtrenſia vel quaſi.

Quintum ex l. ad diem, ff. de verb. obli. ibi. *Committetur pœna, licet non ſit hæreditas eius adita.*

Sextum ex l. vlt. ff. de Nautico fœnore. ibi. *Tamen committi perinde pœna poteſt, ac ſi fuiſſet heres debitoris.*

Sed contrariam ſententiam ſecuti ſunt antiqui Doctores, quorum Bart. mentionem facit, quib. Paul. Caſt. Salic. Fulgoſ. Roman. Aret. Dec. Curr. & Cagnol. in d. l. quod te, nu. 109. adſtipulantur, & ipſe hoc in loco etiam adſtipulor.

Probatur primò hæc ſententia ex moræ definitione, quæ non conuenit in eum, qui propter difficultatem nõ ſoluit, ſic enim deſcribi ſolet, teſte Ripa, in d. l. quod te. *Mora eſt debiti ſoluendi, vel crediti recipiendi improbata dilatio*. vel ſic: *Mora eſt delictum in debito ſoluendo, vel recipiendo commiſſum.*

Secundò, difficultas excuſat à culpa, l. ſi procuratorem, §. ſi ignorantes, ff. mandati. Ergò & à mora, quia ſine culpa mora non committitur, l. ſciendum, ff. de vſur.

Tertiò. Probatur ex l. Thais, §. 1. ff. de fideicõmiſſariis liber. ibi: *Non quidem imputandum hæredi, ſi pro commoditatib. rei ſuæ adminiſtrãda æs alienũ tardius ſoluerit*, &c.

Quartò ex l. diuortio, ff. de negotijs geſtis. ibi: *Non enim è veſtigio in officio deliquit, ſi non protinus res ſuas diſtraxerit, ad pecuniam redigendam*, &c.

Poſtremò probatur ex l. datio, §. ſi per venditorem, ff. de actio. emptio. ibi: *Mora autem videtur eſſe, ſi nulla difficultas venditorem impediat, quo minus tradat.*

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpõdeo. Quod dicitur in dicto §. illud, ad moram de qua agitur, ob difficultatem excuſandam non pertinere, ſed ad obligationem ipſam debitoris, quæ inducitur, tamet ſi debitor difficultate opprimatur, vnde & textus dicit, *pertinere ad incommodum promiſſoris, non ad impedimentum ſtipulatoris*. Is enim actionem habet contra promiſſorem, qui difficultate non obſtante, eidem eſt obligatus.

Ad ſecundum eadem reſponſio valet, quia propter incendium debitor non liberatur, & ſic difficultas obligationem non impedit, neque tollit.

Ad tertium reſpondeo, Debitorem, qui non ſoluit ob difficultatem, non ideo excuſari, quo minus in carcerem conijciatur, et ſoluere cogatur, vel bonis cedere, quia vt dictum eſt, difficultas non liberat debitorẽ, nec eũ excu-

ſat

sat, quò minus soluere teneatur, sed non sequitur talem debitorem, quo ad alios Iuris effectus, qui ex mora descẽdunt, ab ipsa mora non excusari propter difficultatem. A

Ad quartum respondeo, filiumfamiliàs eo tempore bona castrensia, & quasi habuisse, & alia etiam in certis casibus.

Ad quintum, & ad vltimum respondeo, leges in argumentis allatas loqui specialiter de his obligationibus, quibus dies & pœna est adiecta, ac proinde, stricto iure censentur, ita vt rei difficultas à pœna minimè excuset.

CAPVT XCII.

Vtrum depositum, quod Doctores nostri vocant confessionatum, eodem Iure censeri debeat, quo verum & reale depositum.

IN deposito multa sunt singulariter constituta, sicuti constat ex l. si quis, & ex lege vltima, & ex alijs legibus. C. Depositi. Sed vtrũ B hæc singularia locum habeant in deposito, quod vocatur à Doctoribus, confessionatũ, cùm scilicet quis fatetur ea causa depositi, se rem debere, vel pecuniam, licet vel non acceperit, vel ex alia causa acceperit, non est eadem omnium sententia.

Negant enim locum habere Bald. in cons. 384. lib. 1. Socin. sen. in cons. 143. lib. 1. Boer. decis. 295. nu. 8. Quorum illud est præcipuum argum. quod non videtur verum depositum, nec leges de tali deposito loquuntur, sed de vero & reali deposito, vt patet ex d. l. si quis, C. Depositi. *Si quis pecuniam, vel aliam rem*, inquit, *per depositionis titulum accepit*, &c. Illud verbum (*accepit*,) significat veram & realem traditionem, seu numerationem factam.

Huc accedat, quod & in dote respondit Glos. in l. Assiduis, C. qui potiores in pignore habeantur, in verbo, Datæ. Nempe, priuilegia dotis locum habere in dote data tantùm, non in alia; Et denique, depositum verum executionem paratam habere dicitur, vt patet ex d. l. si quis, C in illis verbis: *Illicò modis omnibus compellatur*, &c. Tale aũt depositum, de quo agimus, sola confessione debitoris nititur, quæ quidem extra iudiciũ facta, paratam non habet executionẽ, l. Certũ, §. si quis absente, ff. de Confessis.

Sed contraria sententia mihi magis probatur, quam secuti sunt Paul. Castr. in cons. 170. lib. 2. Angel. Aret. in §. præterea, in Inst. Quibus modis re contrahitur obligatio. & alij, quos refert & sequitur Rolan. à Valle, in consil. 17. libro 1.

Probatur hæc sententia. Primum, argumento sumpto ex l. in contractibus, §. 1. C. de non numerata pecun. vbi dicitur. Exceptionem non numeratæ pecunię locum non habere, in instrumentis depositarum rerum. Sunt autem talia instrumenta confessionum, in quibus scilicet, aliquis se ex causa depositi, debitorem esse fatetur, & sic in tali deposito idem constitutũ est, quod in vero & reali deposito.

Probatur secundò. Nam & in deposito irregulari, vt vocant, cùm scilicet conuenit, vt non idem, sed tantundem restituatur, seruatur tamen idem Iuris, quod in vero D deposito, quantum ad vsurarum præstationem, vt in l. Lucius, 24. & in l. seq. §. 1. ff. Depositi.

Denique probatur ex communi sententia Doctorum, à simili. Nam priuilegia dotis locum habere, etiam in dote confessata, (ita enim placet vocabulis Scholasticorum vti, quò res eadem à nobis doceri videatur, non autem diuersa) vbi lapsum est tempus opponendi exceptionem non numeratæ dotis, vel renunciatum est tali exceptioni, communi sententia receptum est. Vide Bart. & alios Doctores, in d. l. Assiduis, Afflictum decis. 402. Couuar. lib. 1. variar. resol. c. 7. Ergò & in deposito idem esse statuendũ, vbi non numeratæ pecuniæ exceptio opponi non pôt.

Ad primum arg. contrariæ sententię respondeo. Probari ex confessione ipsius depositarij pecuniam, vel rem traditam & numeratam fuisse, si præsupponatur, non numeratę pecunię exceptionem opponi non posse: nam confessio probat contra confitentem, l. Pecunia, C. de solut. Alex. in consil. 15. lib. 2. & alij à Rolan. citat. d. consil. 17. num. 9. lib. 1.

Ad secundum respondeo, Glossam illam communiter reprobari, vt dictum est.

Ad tertium respondeo, hic non agi de simplici confessione, sed de confessione ea causa depositi, cùm scilicet quis fatetur se accepisse rem ex causa depositi, confessio probat depositum intercessisse. Depositum verò executionem paratam habet, vt scilicet depositarius illicò modis omnibus rem reddere compellatur. Itaq; hunc effectum non producit confessio, sed confessionis causa, nempè, depositum. Vnde argumentum cessat.

CAPVT XCIII.

Vtrum habens mandatum ad vendendum, vel locandum rem alterius, censeatur etiam illud habere ad precium accipiendum rei venditæ, vel locatæ.

EVm, qui mandatum habet ad vendendum, vel locandum rem alterius, non habere in consequentiam ad precium recipiendum rei venditæ, vel locatæ, respondit Ludouicus Romanus Sing. 23. & in consil. 461. autoritate l. 1. §. Igitur pręposítio, ff. de Exercit. actio. Vbi textus dicit, Prępositum à Magistro nauis ad locandam nauem, exigere non posse vecturas.

Secundò, ex l. Sed si tantum, & ex l. hoc iure vtimur, ff. de solution. quibus in locis dicitur, Procuratorem constitutum ad agendum, pecuniã debitã exigere non posse.

Tertiò, ex c. Nicolao, de Appellatio. vbi dicitur, Procuratorem constitutum ad impetrandum Iudicem, litem instituere non posse, cùm tamen illud sit præparatorium litis, vt vulgò loquimur.

Sed contraria sententia mihi magis probatur, quam secuti sunt Bart. in l. Filiæ, ff. de solut. Decius in consil. 330. num. 3. Benuenutus Stracha, de Mercatura, tit. de Mandato, num. 23.

Probatur hæc sententia ex l. quod seruus, ff. de solut. In illis verbis: *Sed etsi quis pecuniam dominicam fœneratus esset à seruo, si permissu Domini seruus negotium dominicũ gessisset, idem Iuris est. Videtur enim voluntate eius qui cum seruo negotium contraherent, & ab eo accipere, & ei soluere.*

Respondet Rom. Iurisc. loqui de Procuratore generali, qui administrationi alicuius rei generaliter præfectus est, veluti peculij dominici; Is enim oĩa expedire potest quæ Dñs, & sic mutuare, vendere, precium accipere, & alia facere, quæ ad talem administrationem pertinent. Secus in procuratore specialiter dato ad aliq̃ rem vendendam, vel locandam. Non rectè: quia hæc responsio congruit primæ parti legis, non aũt secundæ, quę in argumẽto adfertur. Prioris partis verba hęc sunt: *Quòd seruus ex peculio suo credidisset, aut deposuisset, id siue venisset, siue manumissus esset, rectè solui potest.* Hæc verba pertinent ad seruum habentem generalem peculij administrationem. Sequentia aũt pertinent ad seruũ particulari negotiationi præpositum. *Sed etsi*, inquit. *quis pecuniam Dominicam ab eo fœneratus esset, si permissu Domini*, (Vides negotiationem peculiarem esse fœnerandi pecuniam) *Seruus negotium dominicum gessisset, idem Iuris est*, &c.

Ad primum argumentum Ludouici Romani respondeo, Iurisc. in d. l. 1. §. Igitur præpositio, loqui de seruo præposito ad locandum tantùm, non ad exigendum, vt patet ex verbis legis. Ibi: *Vel si ad locandum tantum, non ad exigendum*, &c.

Ad secundum respondeo, leges allegatas loqui de Procuratore dato ad lites, cui rectè solui non potest, quia iudicati actionem non habet. Vndè, & in legibus allegatis dicitur absurdum esse, ei, antequam iudicatum sit, solui, cui actio iudicati non datur.

Ad tertium respondeo. Textum in d. cap. Nicolao, loqui de rebus ac negotijs separans ac diuersis, nec se

inuicem conſequentibus, aut connexis. Aliud eſt enim Iudicem impetrare. Aliud verò litem inſtituere, quàuis impetratio Iudicis viam aperiat ad litis inſtitutionem. Ita etiam dicimus, Vicarium Epiſcopi ex mandato reſignationem beneficij recipere poſſe, non tamen ex eo beneficium conferre poſſe, quamuis reſignatio viam collationi muniat. Vide Felyn. in c. cauſam quæ, nu. 7. de ſententia & re iudicata. At in quæſtione noſtra negotia sũt connexa, & ſe inuicem contingentia & conſequentia. Nam venditio fit certo precio conuento, ſimiliter & locatio. Quare, ſi mandauero, vt rem meam vendas, illud etiam mandare videor, vt de precio conuenias, & illud accipias nomine meo.

CAPVT XCIV.

De ſocietate, in quam alter pecuniam confert, alter operam & induſtriam, vtrum pecunia videatur eſſe communicata, atque ideo finita ſocietate, diuidenda ſit.



CVm ea contrahitur ſocietas, in quam alter pecuniam, alter vero operam & induſtriã cõfert, controuerſi Iuris eſt, vtrum finita ſocietate, pecunia ſit diuidenda, tanquam communis effecta.

Et diuidendam exiſtimarunt Accurſ. Bart. & Alberi. ad l. 1. C. pro ſocio, necnon Didac. Couuar. lib. 3. Variar. reſol. cap. 2. nu. 2.

Quorum argumenta ſunt iſta. Primũ, Nam quod in ſocietatem confertur, videtur communicari, l. 1. & 2. ff. pro ſocio. Vnde & lex vtitur verbo illo *Conferente*, quod ſignificare videtur cõmunicationem, in l. 1. C. pro ſocio.

Secundum. Nam induſtria pecuniæ comparanda eſt, ſi ea ſit, quæ pecuniæ poſſit æquiparari, ſed ſi hinc inde pecunia conferatur, palam, eſt, diuidendam eſſe tempore ſocietatis finitæ.

Tertium. Nam ſocietatis contractus ita debet interpretari, vt inter ſocios æqualitas ſeruetur, l. ſi non fuerit, ff. pro ſocio. Sed ſi non eſſe pecunia diuidenda, inæqualitas oriretur, alter enim induſtriam & operam amitteret, qui verò pecuniam ponit, eam haberet ſaluam.

Contrariam ſententiam habuerunt Bald. Caſt. & Io. Sicard. in d. l. 1. C. pro ſocio, quibus & ipſe aſſentior, eo argumento, ꝙ in propoſita ſpecie non ea videtur intentio ſociorum eſſe, vt pecuniæ proprietas videatur eſſe cõmunicata, ſed tantum eius vſus & commoditas, quemadmodum de eo, qui agrum colendum accepit, & eo nomine ſocietatẽ contraxit, reſponſum eſt in l. cum duobus, §. ſi in cocunda, ff. pro ſocio. Itaque ſic interpretor hunc cõtractum, vt vſus & commoditas omniſq; vtilitas ex induſtria proueniens, & ſimiliter ex pecunia, communis ſit inter ſocios, ac pro indefinita ſocietate diuidenda, nõ autẽ pecunia ipſa. Etenim oriretur ſumma inæqualitas inter ſocios, quia pecuniam conferens, duplex incommodum ſentiret, ſi fortè finita ſocietate ſola pecunia remaneret. Alterum, ꝙ dimidiam partem pecuniæ amitteret. Alterum, ꝙ otioſam pecuniam habuiſſet, nec vllum ex ea fructum percepiſſet, cum tamẽ facilè percipere potuiſſet, eam in emptionem prædiorum, aut aliarum rerum ſimilium collocando. Alter verò vix vllum incommodum ſentiret, quandoquidem dimidiam pecuniæ partẽ conſequeretur.

Non obſtant argumenta contrariæ ſententiæ. Nã ad primum negatur, pecuniam videri communicatam, quãtum ad eius proprietatem & dominium, Nec quicquam facit l. 1. & 2. ff. pro ſocio, quia loquuntur de ea ſocietate, in qua omnia bona hinc inde communicantur.

Non obſtat verbum *Conferente*, de quo in l. 1, C. pro ſocio, quia intelligitur quantum ad vſum, & commoditatẽ.

Non obſtat æquiparatio pecuniæ & operę; quia intelligitur quoad vſum, vtilitatem, & commoditatem, vt patet ex d. §. ſi in cocunda.

Non obſtat vltimum argumentum, quia nulla eſt inę

A qualitas; Id patet: Nam qui induſtriam poſuit, illud hẽt incommodi, ꝙ fruſtra laborauit, & nullum percepit emolumentum, cum tamen fortaſſe percepiſſet, ſi operam ſuã locaſſet alibi. Qui verò pecuniam contulit, illud habet incommodi, ꝙ fruſtra eam contulit, ꝙ nihil ex ea lucratus eſt, cum tamen fortaſſe lucraturus fuiſſet, ſi in alios vſus eam erogaſſet. Quare niſi ego fallor, omnia hinc inde ſunt æqualia iura ſociorum.

CAPVT XCV.

Cum in ſocietatem alter pecuniam, alter operam ac induſtriam confert, vtrum, ſi pecunia fuerit amiſſa, periculum ſit commune.



QVatuor ſunt Doctorum ſententiæ hac de re. Prima periculum amiſſionis pecunię, commune eſſe inter ſocios, ita Salicet. & Fulgoſ. B poſt Oldradum & Ricardum Malumbr. in l. 1. C. pro ſocio.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex l. cum duobus. §. quidam ſagariam, ff. pro ſocio. ibi. *Damnum eſſe commune, ideoque pro ſocio actione, damni partem dimidiam agnoſcere debere*, &c.

Secundum. Nam ſi commune non eſſet damnum, æqualitas in ſocietate non ſeruaretur hoc in caſu, quia is, qui pecuniam ponit, nec fructum ex ea perciperet, & pecuniam ipſam amitteret. Alter verò vnicum duntaxat damnum ſentiret, amiſſionis operarum.

Tertium argumentum eſt ex l. ſi non fuerint, ff. pro ſocio, vbi dicitur, valere pactum inter ſocios huiuſmodi, vt qui operam confert, damnum non ſentiat amiſſionis pecuniæ. Ergò ſi tale pactum non intercedat, damnum erit commune.

Poſtremum argumẽtum. Is, qui operam & induſtriã confert, nihil amiſiſſe videtur, ſi adhuc viuat, quia poterit C aliàs operari; & ex opera, ac induſtria ſua lucrari, ſi verò mortuus ſit, nihil eo nomine debetur hæredi, neque enim ſocietas morti cauſam præbuit. Cum ergo nihil dãni ſentiat ex operarum amiſſione, æquum eſſe videtur, vt pro ſua parte, iacturam ſuſtineat pecunię deperditæ.

Secunda eſt ſententia ſic diſtinguens; Aut ſtatim contracta ſocietate, ante vllas ferè operas exhibitas, perit pecunia, & damnum commune eſſe debet, Aut, ex interuallo temporis, poſt operas exhibitas, & tunc ſecus: quia damnum ad conferentem pecuniam pertinebit. Ita Petr. & Cyn. in d. l. 1. C. pro ſocio. Cuius ſententiæ ea eſt ratio: quia ante operas exhibitas, nihil videtur is contuliſſe in ſocietatem, qui operam & induſtriam conferre debuit & nihil prorſus amiſiſſe videtur, alter verò pecuniæ collatæ iacturam ſolus faceret, quod iniquum eſſe videtur.

Tertia eſt ſententia ita diſtinguens; Aut opera & induſtria æquiualet, non ſolum vſui pecuniæ, ſed etiam dominio & proprietati, & tunc amiſſionis damnum ad eũ D pertinet, qui pecuniam dedit. Aut æquiualet vſui duntaxat pecuniæ, & tunc damnum amiſſionis commune erit inter ſocios. Ita Corn. & alij, quos refert & ſequitur Socin. ſen. in conſ. 265. libro ſecundo. Huius ſententiæ ea eſt ratio: ꝙ priore caſu tantum amiſit is, qui induſtriam cõmunicauit, quãtum is, qui pecuniam contulit. Quare æquum eſſe non videtur, ut etiam damnum amiſſionis pecuniæ aliqua ex parte patiatur; Vbi verò opera nõ ęquiualet dominio & proprietati pecuniæ, is, qui operam ponit, non amittit tantum, quantum is, qui pecuniam dedit, meritò ſubire debet damni partem, quod ex amiſſione pecuniæ accidit.

Poſtrema eſt ſententia, longè vt mihi videtur, probabilior; Pecuniæ amiſſæ damnum, ad eum duntaxat pertinere, qui eam contulit, ita docuerunt, Accurſ. Bart. Ang. Caſtr. & Bald. ad d. l. 1. C. pro ſocio. necnon Mart. Nauar. alios commemorans in Manual. Confeſſar. capite decimoſeptimo, de vſura in ſociet.

Probatur hęc ſententia, quia ſecundum iuris regulas,

res

res perit domino suo, l.pignus, C.de pignor. actio. Sed pecuniæ dominus est is, qui eam contulit, vt dictum est in præcedenti capite. Ergo illi soli perit, non alteri.

Secundò probatur: quia orietur inæqualitas inter socios, si damnum esset commune. Etenim is, qui operam ponit, duplici afficeretur incommodo: altero, quòd operam ac industriam amitteret; altero, quòd sentiret partem dãni. Alter uero non totam pecuniam amitteret, sed partem duntaxat.

Tertiò. Quia hoc in casu si commune esset damnum, nullum is, qui pecuniam conferret, periculum subiret amittendæ in totum pecuniæ. Tale autem societatis genus, non procul abest à fœnore & vsuraria prauitate, ex traditis in c.plerique, 14. q. 3. per Panormitanum, in c. per vestras, de donat. inter virum & vxor. per Nattam in consi. 403. & 404.

Non obstant argumenta diuersarum sententiarum. Nam ad primum prioris sententiæ argumentum respondeo, tex. in d. §. quidam sagariam, non loqui de societate nostra, sed de ea societate, in quam pecunia utrinque confertur. Id patet ex illis verbis text. *Eum, qui profectus est ad merces comparandas, suam pecuniam perdidisse.* Intelligitur enim de pecunia, quam in societatem contulit, quia idem textus paulo infra loquitur de alia re propria amissa. Quod si pecuniam contulit is, qui ad merces cõparandas proficiscebatur, & consequenter pro socio laborabat, operamq; simul conferebat, verisimile est, alterum quoque socium pecuniam contulisse.

Ad secundum argumentum respondeo. Inęqualitatẽ non oriri, immò maximam ęqualitatem, quia quod in argumento dicitur, operam conferentem, damnum sentire amissionis operarum, respondet damno, quod alter sentit ex amissione pecuniæ. Quod si commune sit damnum amissæ pecuniæ, tunc qui pecuniam dedit, eam totam non amittit, & alter totius industrię iacturam facit, & simul particeps est alterius damni, quod æqualitati repugnat.

Ad tertium respondeo. Negando consequentiam. Nam etsi tale pactum fieri possit, vt damnum pecuniæ non sentiat is, qui industriam & operam confert, non tamen sequitur cessante tali pacto, damnum esse commune, sed potius argumentum præstat, tale pactum ideo ualere, quia æquitati & iustitiæ sit consentaneum, ut solus damnum sentiat is, qui pecuniam contulit.

Ad vltimum argumentum respondeo, negando eum qui industriam contulit, nihil amisisse, licet uiuat, & aliàs operari possit. Nam quod frustra laborauerit, nullumq; ex industria fructum retulerit, id vero damni species est minimè obscura.

Quòd attinet ad distinctionem Petri & Cyni, respondeo, non esse ullam rationem habendam, quòd ante operas exhibitas pecunia fuerit amissa, quoniam id casu fortuito accidisse videtur, & ex infortunio quodam, cui subiacet is, qui pecuniam dedit, quodque proinde æquo animo ferre debet. Si alter nihil amiserit operarum, id casu euenit, paratus enim erat operas præstare: vnde non idcirco infortunium participare eum oportet, qui nec pecuniæ partem obtinuit.

Denique quod attinet ad Cornei, & Socini distinctionem; illa ratio nihil mouet, quod si opera usui duntaxat pecuniæ æquiualet, damnum sit commune, quia, vt iam sæpè dictum est, plus damni sentiret is, qui ponit industriam, quàm alter; licet enim amissioni pecuniæ in totum non respondeat, & ęquanda non sit amissio operarum, sibi tamen imputet is, qui industriam & operam pro pecunia valere existimauit, atque ea lege societatem inijt, nec iam uelit socium & operæ, & pecuniæ damnum sustinere, cum ipse pecunię duntaxat sustineat,

A

CAPVT XCVI.

De metu reuerentiali, Controuersia.

COmmunis est sententia Doctorum, ea quæ gesta sunt reuerentiæ causa, velut metu quodã, rata non esse habenda, si aut minæ præcesserint, aut læsio intercesserit. Vide Couuar. in Epitome de sponsal. par. 2. §. 6. nu. 4. & Menoch. de arbitr. iud. casu 136.

Fundamentum habet in l. 1. §. Quæ onerandæ, ff. quarum rerum actio non detur, in illis verbis: *Tamen causa cognita, si liquidò appareat, libertum metu solo, vel nimia Patroni reuerentia ita se subiecisse, vt vel pœnali stipulationi se subiiceret*, &c. Item in l. penult. ff. de furtis, ibi: *Et hoc modo Patronus quoque liberto, & is, cuius magna verecundia*, &c.

Cæterum, aduersus hanc sententiam Franc. Duaren.
B argumentatur, in commentarijs ad tit. De eo quod metus causa: *Respondeo*, inquit, *non esse locum restitutioni, quòd nulla sit mentio eius reuerentiæ, sub hoc titulo, neque in Pãdectis, neque in Codice. Quam sententiam confirmo alijs exemplis.* Vnum est in l. si Patre cogente, de ritu Nuptiarum: *Cogente enim, interpretor, imperante. Matrimonium enim iusto metu cogente factum, nullum esset, vt cætera metu facta. & tamen contractum reuerentiæ metu, firmũ est. Similis locus est in l. Fideiussor. §. 1. de pignor. vbi Pater obligat prædium filij sui, & filius scribit instrumentum obligationis, re enim oppignorata, metu restitueretur filius.* Verum quia *metu reuerentiæ tantum coactus est, scribit rectè contractum esse pignus, & silentium eius, loco consensus haberi.* Obijcitur nobis l. penult. inf. de furtis, vbi ait: *Si Patronus rem liberti contrectet eo præsente, & non contradicẽte metu reuerẽtiæ, potest dici metu fecisse. Videbatur tamen furtum non esse, quia furtum est contrectatio rei alienæ inuito Domino, & sic, qui volente Domino contrectat, non est*
C *fur. Vult autem, qui non contradicit: videbatur igitur hic consensisse libertus, ob reuerentiam: dicitur tamen Patronus non ideo minus furtum fecisse, quia libertus ob reuerentiam Patrono debitam non contradixit. Obijcitur & l. 1. §. Quæ onerandæ, infra, quarum rerum actio non datur, vbi adiectum liberto, oneranda libertatis gratia, propter nimiam Patroni reuerentiam exigi non potest. Vulgò distinguunt, iuxta l. interpositas, C. de Transactio. Sed hanc distinctionem nunquam probaui. Itaque breuiter ita respondeo ad d. l. penult. Expendenda est diligenter species. Quæstio est, an libertus tacens & non contradicens, sit intelligendus consensisse & permisisse: respondetur non consensisse. Hic enim agitur de præsumptione, quæ, vt alibi diximus, alteri cedit præsumptioni. Nam præsumptio consensus, cedit præsumptioni reuerentiæ. Præsumimus enim libertum consensisse, quia ob Patroni reuerentiam noluit contradicere. Similis locus est in l. 23. §. 1. infra. Soluto matrimonio. Ad l. 1. §. Quæ onerãda. vers. in summa, ait, non dabitur exceptio, &c. nisi liqui-*
D *do appareat, metu, vel nimia reuerentia in id consensisse. Nec dicit simpliciter reuerentia, sed nimia, siue immodica: ita vt ei succurrendum sit ex bono & æquo: deinde fauor libertatis suadet, vt ita benignè interpretemur pro libertate.* Hactenus Duarenus.

Quibus non obstantibus à cõi sententia recedendum mihi non videtur, cui secundum aliquos ẽt suffragatur l. si superstite, C. de dolo. Non obstat tex. in l. si patre cogente, quia de matrimonio filijfamilias loquitur, in quo ille iure Ciuili inspecto, arbitrium liberum non habet, cum illud cõtrahere non possit absque cõsensu Patris, vsque adeò, vt Patris iussus præcedere debeat, vt in §. 1. in Instit. de Nuptijs. Meritò matrimonium patre cogente, id est, imperante, celebratũ valet, nec id cõi sententiæ supradictæ aduersatur. Neque enim hoc vult, vt omnia, quæ geruntur cũ ijs personis, quibus reuerentia exhibẽda est, tali velamẽto infirmentur. Non obstat tex. in l. Fideiussor, §. 1. Quia nec cõstat in ea specie filium fuisse læsum, eo charitatis officio, quod Patri impendit, dũ passus est

est bona sua obligari, nec cõstat ibi reuerẽtiæ causa factũ fuisse, eò q̃ Pater maximè id vrgeret, ac imperaret. In quibus terminis communis sententia est intelligenda.

Porrò allatæ responsiones ad l. pen. & ad § quæ onerãdæ, facilè possunt elidi. Nã si præsumitur cõsensus, in specie d. l. pen. ex eo, q̃ libertus non contradicit, ergo furtũ non contrahitur. At Iurisc. cõtrahi dicit, quia talis cõsensus reuerentiæ causa adhibiti ratio non habetur. Quod cũ ibi ita sit constitutũ, nil proponitur, cur & in similib. non idem respondendum sit, nempe, rata non esse habẽda, quæ tali consensu intercedente geruntur. Quòd uero attinet ad §. quæ onerandæ, causatur Duarenus nimiam reuerentiam, & fauorem libertatis, sed frustra: quia, & cõis sententia loquitur de tali reuerentia, aut paulo certè minori, & libertatis fauor ibi non perpenditur, sed nimia reuerentia, vna cum læsione liberti.

CAPVT XCVII.

De contractu in scriptis celebrato, ad interpretationem, l. Contractus, C. de fide instrum.

SI contractu iam constituto, mutuo intercedẽte partium consensu conuẽtum fuerit, vt de eo instrumentum, ac scriptura cõficiatur, celebris est controuersia inter Doct. vtrum ante instrumentum confectum pœnitẽtiæ sit locus. Et locum esse crediderunt Paul. Castr. ad l. cõtractus, C. de fi. instr. & ad l. cum res, C. de probat. Alc. ad l. pactũ quod bona fide, C. de pact. Dec. in cons. 11. & 159. Ias. in cons. 151. lib. 2. Affl. decis. 29. nu. 4. Boer. decis. 48. nu. 11. & 183. nume. 9. Sed contrariam sententiam secuti sunt Dec. in d. l. pactum quod bona fide. Aret. in cons. 159. Rota Rom. apud Iac. Puteum, decis. 43. lib. 3. & plures alij, quos refert & sequitur Ant. Thesaur. decis. Pedem. 197.

Omnis difficultas consistit in vera interpretatione l. contractus, C. de fi. instr. in illis verbis: *In contractib. quos in scriptis fieri placuit, &c. Transactionum etiam, quas in instrumento recipi conuenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mũdum recepta subscriptionibusq́; partium cõfirmata, et si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa, & postremò à partibus absoluta sint, vt nulli liceat priusquam hæc ita præcesserint, &c. aliquid iuris sibi ex eodem contractu, vel transactione vendicare, &c.*

Prioris sententię Autores ex hoc tex. argumentantur, qui apertè negat contractũ esse perfectum, & ex eo ius acquiri, priusquam instrumentum conficiatur. Sed certè id non ita generaliter accipiendũ crediderim, sed eo duntaxat in casu, quo ab initio inter partes cõuenit, vt cõtractus in scriptis celebretur. Tũc scriptura videtur esse necessaria, & ad substantiã ipsius cõtractus pertinere, quemadmodum & in multis alijs casibus scripturam adhibendam esse Alciat. docet, in comment. l. 5. C. de transact.

Quod si de scriptura seu instrumento conficiendo, nihil ab initio inter contrahentes dictum est, sed simpliciter contractus est absolutus & perfectus, promissionibus ac stipulationibus hincinde subsecutis, licet postea dictũ sit de instrumẽto conficiendo, illud nequaquã pertinere interpretor ad ipsius contractus perfectionẽ, sed potius ad probationẽ, ex d. l. 5. C. de transact. ex l. cum res, C. de probat. & ex similib. locis, quibus declaratur, instrumẽta pertinere ad probationem, non ad substantiam rei gestæ. Quare in sententiam posteriorem longè sum procliuior.

CAPVT XCVIII.

Pactum incontinenti adiectum in contractibus bonæ fidei, utrum actionem pariat.

COmmunis est Doct. sententia ex pacto incõtinenti apposito, actionem competere præscriptis verbis nuncupatã. Ita enim docent Bart. Castr. Alex. Corn. Iac. Dec. & cęteri cõter, ad l. in bonæ fidei, C. de pact. & cum eis Franc. Duar. ad l. iu-

A risgentium, §. quinimo, ff. eo. ti. Probaturq; hæc sentẽtia, primũ ex d. l. in bonæ fidei, ibi: *Ita demum ex pacto actio competit, si incontinenti fiat, cum autem certum nomen non habet*, præscriptis verbis merito appellatur, l. 1. & 2. ff. de præscript.

Secundo, ex l. 2. C. de pact. inter empt. & uend. ubi ex pacto reuendendi competit actio præscriptis verbis.

Tertio, ex l. si vir, ff. de præscr. verb. vbi dicitur, actionem præscriptis verbis competere, ut fiat id, quod inter virum & vxorem conuentum est.

Quarto, ex l. Labeo scribit, 50. ff. de contrah. empt. vbi Iuriscons. *Si bibliothecam mihi ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, & per me stet*, &c. *non esse dubitandum quin præscriptis verbis agi posset.*

Postremo, ex l. si conuenit, ff. de rescind. vend. ibi. *Ex empto actio est, vt Sabinus putat, aut proxima empti actio in factum datur.*

Cæterum, aduersus hanc communem & ueram sen- B tentiam responderunt Alc. lib. 5. Paradox. c. 1. & Franc. Connan. lib. 5. Comment. iuris, c. 2. nu. 7. Quorum argumenta hoc in loco refutanda sunt.

Primum argumentum. Actio præscriptis verbis non datur, vbi alia competit, l. quoties, ff de præscr. verb. Sed hic alia competit actio, nempe, ex contractu, cui pactum inest, quia informatur ex pacto l. iurisgentium, §. quinimo, ff. de pact. Respondeo, Nego maiorem. Nam actionẽ præscriptis verbis dari, etiam vbi alia competit actio probat l. 2. C. de pact. inter empt. & vend.

Non obstat l. quoties, quia hoc tantum dicit: *Quoties alia actio non est, vtilis actio est.* Vtilis autem actio dicitur esse Prætoria, siue in factum, de qua fit mentio in l. iurisgentium, ff. de pact. vbi eius naturam optimè declarat Duarenus, & in l. quæ religiosis, ff. de rei vendic. in l. cũ filiusfam. ff. si certum pet. in l. creditor, ff. de act. emptio. & in §. non omnes, in Instit. de perpetuis & temporalibus actio.

C Secundum argumentum est ex l. permisisti, ff. de præscript. verbis vbi dicitur: Si uenditionis contractus præcesserit, agi ex eo posse, si verò non præcesserit, præscriptis verbis agi ex pacto. Idem probat l. Rogasti, §. vlt. ff. eod. ibi: *Melius esse dico, præscrips. verb. agi, nisi merces interueniat. Nam si interuenit, ex locato esse actionem.*

Respondeo, dictæ leges non negant, quin ex pacto agi possit, sed tantum dicunt ex contractu actionem oriri, quod & nos quoque dicimus. Ideo autem ex contractu agi posse dicunt, & de tali actione ex contractu descendente, nominatim quærunt, quia est magis fauorabilis, quàm præscript. verbis actio, quapropter diligenter monent ex contractu agi posse, vt intelligatur, fauorabilem atque ordinariam competere actionem ex contractu, non autem ut excludatur actio præscriptis uerbis ex pacto.

Tertium argumentum est Connani. Eiusdem contractus duplex actio non est, sed una tantum. Ergo ex D pacto, quod contractui inest, actio non oritur particularis, cum ex contractu ipso agi possit. Respondeo, ex cõtractu, cui tale pactum inest, duplicem oriri actionem, ut patet ex l. secunda, C. de pact. inter emptorem & vendit. vbi agitur ex venditio, & præscriptis verbis, vt placiti fides seruetur.

Quartum argumentum. Remedium extraordinarium cessat, ubi datur ordinarium, ut docet Barto. in l. in prouinciali, §. si uero, ff. de operis no. nunciatio. Sed hic remedium datur ordinarium, nempe, actio ex contractu. Ergo opus non est extraordinario, nempe, actione præscript. verb. Respondeo, actionem præscriptis uerbis dici, cum vulgata desunt actionum nomina, & nomen actionis non inuenitur, l. 1. & 2. ff. de præscr. verb. optimè declarat Duaren. ad d. l. iurisgentiũ, §. Quinimo. Quod autem extraordinarium remedium dicatur, nulla lege probari posse existimo.

Quintum argumentum. Actio præscriptis uerbis pœnitentiam recipit, l. si pecuniam, ff. de condict. cau.

da.

da. Sed à tali pacto recedere non licet. Ergò præscriptis verbis actio non competit. Respondeo. Tunc præscriptis verbis actionem pœnitentiam recipere, cùm ex contractu innominato nascitur, vt in d.l.si pecuniam, secus si ex pacto oriatur, quod inest contractui nominato, tūc enim videtur esse pars contractus, ideoq; eius naturam imitatur, quæ pœnitentiam non recipit.

Sextum argumentum. Fictio non operatur plus quā veritas. Sed pactum dicitur esse pars contractus fictè, ergo non operatur plus, quàm contractus. Sed contractus vnam tantum actionem producit. Ergo ex pacto dupliciter agi non potest. Nempe, actione ex contractu descendente, & actione peculiari ex pacto, scilicet præscrip. verbor. Respondeo, pactum hoc in casu operari plus, quàm contractum, vires enim ex contractu accipit, cui dicitur inesse, sed informat actionem ex contractu, vt detur ad id, quod est in pacto, & ita corroboratur ex ipso contractu, vt & actionem producat.

CAPVT XCIX.

Vtrum pactum incontinenti adiectum contractui stricti Iuris, actionem pariat.



IN bonæ fidei contractibus, ex pacto incontinenti secuto, actionem oriri, satis exploratum est, ex l.in bonæ fidei, C.de pact. Sed illud controuersum. An & idem sit in contractibus stricti Iuris.

Sunt enim qui affirmant ex antiquis Doctorib. sunt qui negant. Sed & recentiores Galli nequaquam inter se conueniunt. Etenim Iacob.Cuia. negat in Comment. ad l.iurisgentium, vers. In bonæ fidei, ff. de pact. & lib. 10. Obser.c.24. Cōtrà alter Doct. Gallus affirmat, lib.7. Obseru.c.15. & lib.1. responsor. amicab.c.31. cui adstipulatur Duarenus in Comm. ad d.l.iurisgētium, §.quinimò.

Affirmantis sententiæ illud est fundamentum, quod etiam in contractibus stricti Iuris, pactum incontinenti secutum inesse dicatur, l.lecta, ff.si certum petatur, l.4.ff. de pact. & quidem non tantum quo ad exceptionem, vt aliqui putabant, sed etiam, quantum ad actionem, vt in d.l.lecta.

Negantis verò sententiæ illud est præcipuum argumentum, quòd leges de huiuscemodi pacto loquentes, videntur hanc vim actionis producendæ tribuere tantummodo contractibus bonæ fidei, vt in d.l.in bonæ fidei, & in d.l.iurisgentium, §.quinimò.

Non obstat l.lecta, quia non loquitur de actione ex tali pacto, sed de pacto incontinenti adiecto, quod ex parte rei inest, ita videlicet, vt non solum ad exceptionē proficiat, vt aliqui putabant, sed etiam actionem, hoc est, ad eam reformandam, & ad temperandam ex pacto.

Ego hanc negantem sententiam aliquando sum secutus, sed iam affirmanti calculum præbeo, hoc argumento potissimum confisus. Certum est, pactum incontinenti secutum, inesse etiam contractibus stricti Iuris, ita enim expressum est in d.l.lecta, Ergò parit actionem. Probatur consequentia. Nam si contractui inest, Ergò est pars contractus, & contemplatione, seu respectu contractus, interponitur. Quod si verum est, non iam amplius pactū nudum est, nullam causam habens præter ipsam conuentionem. Immò verò causam habet aliam, nempe contractum præcedentem, consequenter actionem producit, quia illud pactum actionem non producit, quod est nudum, & nullam habet causam, præter ipsam conuentionem, l.iurisgentium, § igitur nuda, ff.de pact. cuius rei causam eleganter explicat Franciscus Duarenus in Cōment. ad illum titulum, non procul à principio, & Connanus lib.5. Comment. I.C.c.2. Nec quicquam mouet, quod leges passim de contractibus bonæ fidei loquantur, quia non iccirco negant idem esse statuendum in contractibus stricti Iuris, immò verò idem esse statuendum indicare videtur Iurisconsultus in d.l.lecta.

A

CAPVT C.

Vtrum secundum Ius Canonicum pactum nudum actionem producat, & quid in pacto iurato.



PActum nudum iure Canonico actionem parere, non pauci, neque obscuri nominis Doctores affirmarunt, vt videre licet ex Canonistis, in c.1.de pact. Iason in l.iurisgentiū, §.igitur nuda, num.4. ff.eodem, & ibidem Petr. Calcsactus nouissimè, num.8. ex Didaco Couuarr. in relectione, c.quamuis, in 2.parte, §.4.nu.14.& ex alijs, quorum omnium fundamentum est in d.c.& in c.qualiter, eodem tit.dum ibi dicitur pacta esse seruanda, & custodienda, quasi id sit accipiendum, tam quo ad actionē, quam quoad exceptionē, arg.l.statuas, ff.de acq.rer.dom.

Sed contraria sententia semper mihi magis placuit, quam amplexi fuere, Salicet.in l.legem, in 7.quæst. suprà tit.nostro. Angelus Aretinus in §.in personam, in peoul-

B tima, & vltima col. Instit. de action. & alij citati ab eis, quos pro priore sententia retulimus, quibus addi potest Alciat. lib.5. Paradox. cap.3. Etenim etiam Prætor ait: *Pacta seruabo*, vt in d.l.iurisgentium §.Prætor ait. Et tamen nuda pactio actionem non parit. Præterea æquitatis ratio, & publicæ vtilitatis, quæ suadet, ne ex pacto nudo agatur, minuendarum scilicet litium gratia, vt præclarè Duarenus explicat ad tit. de pactis, ita Iure Canonico locum sibi vendicat, vti Iure Cæsareo, cum & Canones litium minuendarum sint etiam studiosissimi, c. finem litibus, De dolo, & contum.cum multis similibus. Quare inter Ius Canonicum & Ciuile, discrimen illud haud quaquam statuendum est sine Canonis autoritate, vt notatur in c.1.& 2.de oper no.nunc.

Vtrum autem pactum nudum iuratum actionem producat, quæstio non parum est perplexa, siquidem, ab ea quæstione pendet, quæ inter Doctores maximè controuersa est, An scilicet ex iuramento oriatur actio; qua de

C re nouissimè latè disputat Seraph.Senens.de priuileg.iuram. priuil. 19. Ego quid sentiam, breuiter explicabo, deinde contrariæ opinionis argumenta confutabo.

Existimo actionem non oriri ex iuramento, ac proinde nec ex pacto iurato. Probatur hæc sententia; quia specialiter constitutum est in liberto, vt si iureiurando operas Patrono promiserit, obligatio contrahatur, l.vt iurisiurandi, ff.de oper.libert. quod & Caius notat lib.2. Instit.tit.9. Quare in alijs personis secus statuendum erit. Quod cum ita Iure Ciuili constitutum sit, id obtinere debet etiam Iure Canonico, cum SS.Canonibus contrariū esse non appareat, iuxta reg.c.1.& 2.de ope.no.nun.

Argumenta verò contrariæ opinionis hæc sunt. Primum, ex c.cum contingat, de iureiurand. in c.quamuis, de pact.lib.6. & in Authent. Sacramenta puberum, C.si aduersus vend. quibus in locis dicitur, pactum confirmari iuramento, & seruandum & custodiendum esse iuramentum, quod frustra dici videretur, nisi actionem pare-

D ret, & obligationem. Respondeo. Nego consequentiam. Nam iuramentum confirmat quidem contractum, & seruandum est, item ex contractu iurato nascitur actio, sed non sequitur, ipsum per se solum iuramentum potēs esse ad producendam actionem.

Secundum argumentum est ex l.si quis maior, C. de Transaction. dum ibi dicitur, agi posse ad pœnam, aduersus eum, qui contra Transactionem, iuramento firmatā venerit. Nam cum ex Transactione agi non possit, vt cōstat ex l.siue apud acta, C.eod. sequitur in ea specie actionem oriri ex iuramento. Respondeo. Actionem ibi ad pœnam dari, quia intelligitur esse promissa per stipulationem, sicuti notat ibi Alciat.nu.66. Adde quod iuramentum in ea specie ad confirmandam Transactionem fuit interpositum, non autem promissioni pœnæ adiectum.

Tertium argumentum est ex eo, quod iuramentum dicitur habere vim consensus geminati, vt notat Glo. in c.cum contingat, in verbo *Devent*, de iureiur. Pactū verò geminatum actionē parere videtur, arg.l.1.§.debitū, ff.de

ff.de conſtituta pec.& l.vlt.C.ad legem Falc. Reſpôdeo, negando eam eſſe efficaciam iuramenti, quicquid allegata Gloſſa doceat, nullo.n.iure id probatur, vt animaduertit nouiſſimè Seraph.de priu.iuram.priuil.89. & ante eû Felyn. in c.ſi cautio, num.39. de fide inſtrum. id nequaquam perpetuum eſſe dixit, quod dicitur, iuramentum æquiparandum actui geminato.

Quartum argumentum eſt ex c.vlt. de foro competẽti, lib.6. vbi iurans compellitur per cenſuram Eccleſiaſticam ad iuramentum ſeruandum. Reſpondeo, ex hoc nô ſequi actionem oriri, ſed officium Iudicis tantum.

Plura ſi quis ſcire cupiat, de hac materia, conſulat Seraph.d.priuil.19. Zaſi.in Rubr.de verb.oblig.nu.12. Corai.ad l.admonendi, nu.11. ff.de iureiur. Couuar.d.c.q̃uis, de pact.lib.6.par.1.Rubricę, §.1.poſt nu.4. Cagnol.in d.l.ſi quis maior, nu.130. Alc.ibi.nu.64. Petr.Calefac.ad l.iuriſgent. §.igitur nuda, nu.56 ff.de pact. Cuiacium in paratitlis Codicis, ad tit.de reb.creditis, & iureiur.

CAPVT CI.

Controuerſiæ tres ad explicationem l.pactum quoddotali, C. de pact.

PActum quod dotali inſtrumento comprehẽſum eſt, vt ſi Pater vita fungeretur, ex aqua portione ea, quæ nubebat cum Fratre, hæres Patri ſuo eſſet, neque vllam obligationem contrahere, neque libertatem teſtamenti faciendi mulieris Patri, potuit auferre.

Tria in controuerſiam veniunt. Primum. An & in pacto iurato idem ſit ſtatuendum. Secundum. An conſuetudine, vel ſtatuto effici poſſit, vt pactum valeat. Tertiû. An ſi Pater inteſtatus deceſſiſſet, filia vigore pacti æqualiter cum fratre ſucceſſiſſet.

Quod attinet ad primum, ſunt qui affirmãt tale pactû iuramento firmari, ſunt qui negant, ſunt denique qui dicunt, iuram. quidem tale pactum non firmari, ſed tñ iurantem, qui illud non obſeruat, eſſe periurû, Vide Oſaſcum deciſ. Pedem.100. Ant. Teſſaurum deciſ. Pedem. 215. Couuar.in c.quãuis, in 2.par.in initio, nu.2 de pact. lib.6. Andr. Geyll, lib.2. Obſeru.c.126. Seraph.priuil.20. Doctores omnes in comment.huius loci.

Affirmantis ſniæ fundamentum eſt, quia iuram. ſolet contractus, & pactiones l.C. improbatas confirmare, vt patet ex d.c.quamuis, ex c.cum contingat, de iureiuran. Omne enim iuram.eſt ſeruandum, &c. vt in dictis locis.

Negantis verò ſententiæ fundamentû eſt, quia nô eſt obligatorium contra bonos mores præſtitum iuramentum, c.non eſt obligatorium, de reg.iur.lib.6. Videtur autem eſſe, contra bonos mores tale pact.l.ex eo, C.de inutilib.ſtipulat. l.ſtipulatio hoc modo, ff.de verb. oblig.

Tertiæ denique ſententiæ fundamentû eſt in aliquib. deciſionibus, quib. conſtitutum eſt, ea quę contra iuram. geſta ſunt, valere, ſed iurantem eſſe periurum. Vide Glo. in c.vlt.in verbo Reuocatus, de proc.lib.6.& in c.vltima voluntas, 13.q.2.& text.in c.ſicut ex litteris, de ſponſalib.

Mihi ſnia, quæ negat, videtur eſſe probabilior, eo potiſſimum argum. quòd pactis priuatorum, ẽt iuramento firmatis, iuri publico derogari non pôt, c.ſi diligenti, de foro competenti. Iure aût publico ita conſtitutum eſt, vt & libera ſit teſtam.factio, & ſolennis, ꝙ quidem ius, priuatorum pactis mutari non pôt, l.3.ff.de teſtam. Mutaretur autem, ſi huiuſcemodi pacta valerent, quia & libera teſtandi facultas impediretur, & hæreditatem quis ex pacto conſequeretur, citrà vlla teſtamentorum ſolennia, quæ omnia publico iuri aduerſantur.

Non obſtat ꝙ dicitur de vi, & efficacia iuramenti: Nã iuramentum temerarium, ac illicitum non obligat, c.ſicut ex litteris, c.quemadmodum, c. Quintauallis, de iure iur. Videtur aût eſſe hoc in caſu temerarium, & illicitû, vt patet; Neque verò in allegatis locis pacta confirmãtur iuram.quæ iuri publico aduerſentur, & bonis morib.

Quod attinet ad ſcḋ. Conſuetudine, vel ſtatuto obti-
A neri poſſe, vt eiuſmodi pacta valeant, reſponderſit Bald., in l.cum Archimedoram, C.vt in poſſeſſ. legat. Alciat.& Dec. in d.l.pactum quod dotali, & alij ab Ant. Teſſauro citati, d.deciſ.215. num.12. Quorum fundamentum eſt in c.1.§.filij nati, ſi de feudo fuerit controuerſia inter dominum, & agnatum, ibi: *Nam quamuis ratione improbetur talis conditio vſu tamen admittitur.*

Huc accedat, ꝙ nemini dubium ſit, ſtatutum valere contra ius cõe, quia ius ciuile mutari poteſt, §.ſed naturalia, Inſt.de iure nat.gent. & ciu. Similiter & cõſuetudo, l.de quib.ff.de Legib. Quod ſi talis conſuetudo, vel ſtatutû exiſtat, quo pacto huiuſmodi approbentur, non videbuntur eſſe amplius contra bonos mores, argum.l.item apud Labeonem, verſ.Sed quod adijcitur, ibi: Aduerſus bonos mores Ciuitatis, ff.de Iniurijs.

Sed contrariam ſniam habuerunt Alex. & Iaſ. in d.l. pactum ꝙ dotali, necnon alij quidam, ab Ant. Teſſauro commemorati, loco ſupradicto, quorum illud eſt argum.
B quod talia pacta dicuntur eſſe contra bonos mores, conſequenter, ſi lege Municipali, vel Conſuetudine approbentur, id iuſtitiæ repugnare videtur, lex autem debet eſſe iuſta, c.erit autem lex, 1.diſt.

Ego puto hanc rem pendere ab ea quæſtione, Vtrum Conſuetudo contra ius ſcriptum valeat. Nam valere indicat text.in l.de quibus, ff. de legib. Non valere probat l.2.C.quæ ſit longa conſuetudo.

A priori ſnia facit Duarenus in Comment. ad tit. de legib. c.12. & alibi. A poſteriori Connan. lib.1. Comm. Iur.c.10.& Cuiacius ad lib.2.de feudis, in principio.

Ego ſanè ſic ſtatuo, ſi ſtatutum ex iuſta cã pro vtilitate loci, & cõmoditate talia pacta recipiat, illud procul dubio valere, & ſeruandum eſſe. Conſtat.n.leges Municipales, quæ ſtatuta appellantur, non rarò iuri cõi aduerſari, l.oẽs populi, ff. de Iuſt.& iu. De conſuetudine verò idem ſtatuo, ſi ſit rõnabilis, & legitimè præſcripta, autoritate Greg.IX.in c.vlt.de Conſuet.ita dicentis: *Licet etiã lon-*
C *gæuæ conſuetudinis non ſit vilis autoritas, non tamen eſt vſque adeò valitura, vt vel iuri poſitiuo debeat præiudicium generare, niſi fuerit rationabilis, & legitimè præſcripta.*

Ad tertium ꝙ attinet. Non pauci neque obſcuri nominis Iuriſconſulti cenſuerunt, filiam ęqualiter ſucceſſurã Patri, inteſtato morienti vnà cum Fratre, in ſpecie huius legis, eo argum.quòd Patris voluntas inter liberos ſit ſeruanda, quoquo modo de ea conſtet, ſiue ex teſtamentis, ſiue Codicillis, ſiue per Epiſt. ſiue per alium quemcunq; modum, l.vlt.C.familiæ herciſcundæ. Hoc autem in caſu conſtare videtur ex pacto, vt patet.

Huc accedat Leonis Imperatoris Nouella 19. titu. de pact.patern.quæ talia pacta paterna veluti iuſta, & inter liberos ęqualitatem inducentia approbat & laudat, nec à Patre reuocari poſſe ſtatuit; ita docent Alex. & Iaſ.in d. l.pactum ꝙ dotali, & alij quos refert, & ſequitur deciſ. Pedemont.ſupradicta, Anton. Theſſau.225.

Sed mihi contraria ſententia longè probabilior vide-
D tur, quam ſecuti ſunt Caſtrenſ. & Dec. in d.l.pactum ꝙ dotali, necnon Vaſquius alios commemorans, de Succeſſionum progreſſu, lib.2.§.18.nu.193.

Moueor autoritate d.l.pactum quod dotali, vbi dicitur, tale pactum nullam obligationem contrahere. Si enim hæreditatis partem filia vendicare poſſet, certè obligationem tale pactum induceret.

Nec obſtat l.vlt.C.famil. herciſ. quia fateor ſeruãdam eſſe Patris voluntatem in liberos, ſi modò de eo conſtet, ijs modis, qui à lege non reprobentur. Talis autem modus quo hæreditas pacto datur, à lege prorſus reprobatur, l.hæreditas, C.de pact.conuent. Codicillos verò, epiſtolas, ſchedulas, & ſimiles modos, quibus de patris voluntate conſtare poteſt, lex non reprobat.

Porrò, quod attinet ad Leonis Imperatoris Nouellã, illa ſufficere poteſt reſponſio, quòd Iuri noſtro, & Codici Iuſtinianeo inſerta non ſit, ac proinde legis vim non habeat, immò verò, cûm ſit contraria d.l. pactum quod dotali, nulla prorſus eius ratio habenda eſſe videtur.

AN-



ANDREAE FACHINEI
I. C. FOROLIVIENSIS, &c.
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER TERTIVS.



CAPVT PRIMVM.

Ad interpretationem l.si curatorem habens, C.de in integrum restitut. Controuersia vna.



A I *curatorem habens minor quinque & viginti annis, post pupillarem ætatem res vendidisti, hunc contractum seruari non oportet. Cum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui à Prætore curatore dato bonis interdictum est; Si verò sine curatore cõstitutus, contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem si nondum tempora præfinita excesserint, causa cognita non prohiberis.* Hactenus Diocletianus & Maximianus.

Hic illud controuertitur, quomodo sit accipiendum, quod in tex.habetur; Minorem curatore carentem res vendere posse. Et, vt mihi videtur, inter omnes cõstat, de immobilibus accipiendum non esse; quoniam absque decreto iudicis alienari non possunt, vt patet ex l.non solum, ex l.minorum, ex l.si minorum, ex l.si prædium, ex l.si ad resoluendum, C.de prædijs minor. ex l.2.C.de his qui veniam ætatis impetrauer.& in l.pen.eo.ti.& in l.2. C.quando decreto opus non est, & ex alijs argumentis, quæ prolixè adfert Vasquius de Successionum creatione, lib.1.ti.de testandi poten.§.10.nu.73. Roland.à Valle, in consil.54.lib.2. Octauius Simoncellus de decretis, ti.8. Inspect.2. qui perperam allegat Aretinum, Fabrum & Riminaldum, in §.nunc admonendi, in Instit.quibus aliena.licet vel non, tanquam contrariæ sententiæ autores, cum priorem sententiam amplectantur, licet Aretinus dixerit verba textus contrarium innuere, ibi videlicet, *res vendidisti.* quæ verba sunt generalia, & tam de immobilibus, quàm de mobilibus accipi possunt, quod & Franciscus de Caldas dixit in Commentario d.l.si curatorem habens, sequens tamen sententiam superiorem in verbo, Res, nu.2.

Illud igitur est controuersum, an intelligenda sint illa verba textus de his rebus mobilibus, quæ seruando seruari possunt.

Affirmantem sententiam secuti sunt Aretin. Faber & Rimin. in d.§.admonendi, & Franc.de Caldas loco proximè citato, in fine.

Negantem verò Simonc.& Vasquius locis annotatis, ille nu.21. iste nu.74.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia res tantum immobiles alienari prohibentur absque decreto: res vero mobiles nequaquam; immò alienari posse argumẽto est lex ista: Si enim de immobilibus intelligenda nõ est, vt saltem de mobilibus intelligatur, necesse est.

Posterioris autem sententiæ argumentum potissimũ est in l.lex quæ tutores, C.de administrat. tut. vbi etiam mobilia preciosa, & quæ seruari possunt, alienari à tutoribus & curatoribus prohibentur absque decreto.

Respondet Riminaldus, eam legem non loqui de ipso minore adulto qui alienauit, sed de tutore & curatore
B alienantibus absque decreto.

Sed, vt mihi videtur, non rectè, quia minor adultus curatore carens, plus iuris non habet, circa rerum suarũ alienationem, quam curator eius, cum curatorem habet. Et cum ipse minor vna cum curatore alienare non possit tales res mobiles absque decreto, absurdum est existimare, eum solum, curatore carentem, posse. Nisi aliud magis etiam absurdum dixeris; Nempe curatorem solum alienare non posse, vna cum adulto posse, quasi ipsius adulti curatorem habentis, qui non est absimilis ei, cui bonis interdictum est, in alienatione talium rerum magna sit habenda ratio.

Posteriorem igitur sententiam lubens amplector,
C priorem verò non vero niti fundamento, magis est vt opiner.

CAPVT II.

Vtrum minor autore tutore alienare possit absque decreto Iudicis possessionem rei immobilis.



SVnt complures magni nominis Doctores, qui minorem autoritate tutoris interueniente, alienare posse crediderunt, possessionem nudam rerum immobilium, absque decreto Iudicis. Ita enim docuerunt Bart.in l.1.§.si à pupillo, ff.pro empto-

emptore. Alex. in l. possessionem pupillus, nu. 3, ff. de acq. posses. Tiraq. de legib. connub. Glo. 5. nu. 170. Pet. de Rauenna, Sing. 542. Tu scis. Ias. in l. 1. §. si vir vxori, nu. 14. ff. de acquir. posses.

Quibus adstipulatur primo, quòd non dicitur alienare, qui possessionem omittit, l. non alienat, ff. de reg. iur.

Secundò tex. à contrario sensu in l. possessionem pupillum, ff. de acq. poss. Nam cum dicat, possessionem pupillũ amittere non posse sine tutoris autoritate, à cõtrario sensu innuit, cum tutoris autoritate posse.

Tertiò adstipulatur tex. in l. 2. §. si à pupillo, ff. pro emptore, vbi, si à pupillo emero sine tutoris autoritate, quẽ puberem esse putem, vsucapio sequitur. Consequenter in emptorem possessio transfertur, quia sine possessione vsucapio non procedit. Debet autem argumentum sumi, intelligendo text. vt ibi per Glo. Nempe, pupillum cum autoritate tutoris tradidisse rem venditam, licet absque autoritate vendiderit.

Sed istis non obstantibus, contrariam sententiam veriorem esse iudico, quam secuti sunt Bart. in l. creditores, nu. 5. C. de pignor. Hyppol. Rimin. in §. 2 nu. 38. Inst. quibus alien. licet vel non. Simonc. de decretis, par. 2. insp. 8.

Probatur hæc sententia satis luculenter ex l. magis puto, §. 1. ff. de reb. eor. qui sub tutela vel cura sunt, vbi I.C. *Si Pupillus fundum bona fide emptum possideat, dicendum puto nec hunc alienare tutores posse.* Hic nõ alienatur fundus, sed possessio fundi, & tamen alienari non potest.

Quod vero dicitur, eum non alienare, qui possessionẽ omittit, nihil obstat: quia aliud est possessionem omittere, aliud in alium transferre. Is enim, qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare, vt in l. alienationis, 28. ff. de uerb. sig. Et ideo ait lex duntaxat *omittit*. Non etiam ad alium transferri, vt optimè adnotauit eruditissimus Petrus Faber, in Commentarijs ad d. Regul. non alienat.

Argumentum autem à contrario sensu ex d. l. possessionem pupillum, nihil mouet: quia ita sumi potest, vt nimirum cum autoritate tutoris possessionem pupillus trãsferre possit, scilicet adhibitis alijs solennibus, nempe Iudicis decreto, & causa iusta. Sic & in l. 1. ff. quæ res pignori obl. non possunt, textus dicit. Pupillum sine autoritate tutoris hypothecam dare non posse, & tamen nec cum tutoris autoritate potest sine decreto Iudicis, vt optimè ibi not. Glossa.

Denique illa Glossæ expositio in d. §. si à pupillo, mera diuinatio est, & ex errore facti procedit in ea specie vsucapio, & possessionis acquisitio.

CAPVT III.

Vtrum minor absque decreto & aliis solennibus, rem immobilem alienare possit, si ea alienatio vtilis sit.

NOn desunt magni nominis Doctores, qui alienationem à minore factam absque decreto, ob vtilitatem valere contendant, quos recenset copiosè Tiraquel. de legibus Connubialibus Glo. 8. num. 68. q. 8. & Simoncel. de Decretis, par. 2. inspect. 17.

Eorum vero argumenta hæc sunt. Primum est ex l. cũ hoc, §. eam transactionem, ff. de transactio. vbi is, cui relicta sunt alimenta, transigere potest absque decreto Prætoris, si ei sit vtilis transactio.

Secundum est ex eo, quòd & sententia secundum minorem, licet indefensum, lata, valet; licet contra eum lata, non valeat, l. non ideo minus, C. de procurat.

Tertium est ex l. vlt. ff. de iure dotium, vbi valet fundi dotalis alienatio propter vtilitatem mulieris.

Quartum est illud, quia ubi minor suam conditionem meliorem facit, & locupletior ex contractu efficitur, obligatur, l. si pupilli, ff. de neg. gestis, l. cui bonis, ff. de nouation. l. pupillus, §. 1. ff. de autor. tutor.

A Quintum argumentum est, quia decretum & cætera solennia ideo adhibentur, vt minorum vtilitati sit consultum, & vbi adhibentur, contractus præsumitur esse in vtilitatem pupilli & minoris. Cum ergo clarum sit, cõtractum esse vtilem, non videtur opus esse decreto, quia in claris non est opus coniecturis.

Cæterum hanc sententiam impugnarunt multi, quos commemorat Simoncellus loco annotato, & manifestè falsam esse conuincit tex. in l. magis puto, §. si æs alienũ, ff. de rebus eorum. *Si æs alienum non interueniat*, ait tex. *tutores tamen allegent, expedire hæc prædia vendi, & alia comparari, vel certè istis carere. Videndum est an Prætor eis debeat permittere, & magis est, ne possit. Prætori enim nõ liberum arbitrium datum est distrahendi res pupillares, sed ita demum, si æs alienum immineat.* Concordat tex. in l. ob æs, C. de præd. minor. quem tex. perperam interpretatur Alc. lib. 4. Dispunct. c. 5. Multum etiam facit ab hac sententia tex. in l. si fundus sterilis, ff. eo. ti.

B Nec difficile est ad argumenta in contrarium respondere. Nam ad §. eam transactionem, clara est responsio, quia eam tantum transactionem oratio improbat, quæ idcirco fit, vt pecuniam repræsentatam alimentarius consumat. Quare si non ex transactione eam consumat, sed potius meliorem suam causam reddat, transactio non improbatur. At hic improbatur alienatio, etiam utilis & fructuosa pupillo, & tantum illa permittitur, quæ fit æris alieni dissoluendi gratia.

Ad secundum respondeo: sententiam valere pro minore latam, quia non ob aliam causam ei curatorem dari lex voluit, quàm ut defenderetur, ne causam amitteret. Quare cum victor est, merito sententia valet, quia cessat ratio legis. Nec quod fauore introductum est, in odium retorqueri debet.

Ad tertium autem, ex l. vlt. ff. de iure dotium, respondeo, fundum dotalem ibi alienari, vt creditoribus satisfiat, quod & in fundo pupillari facilè reciperetur.

C Ad quartum, concedo, pupillum obligari, quatenus ex contractu locupletior efficitur; sed hic non agitur de obligatione minoris, sed de rei alienatione, quæ hoc in casu permissa non est.

Ad quintum respondeo, alienandi facultatem eo duntaxat casu esse permissam, quo æs alienum vrgeat, vnde ea causa cessante, non valet etiam cũ decreto Prætoris.

CAPVT IV.

Vtrum minori in integrum restitutio concedenda sit ob læsionem non enormem, sed non minimam tamen.

SFortia Oddus in tract. de in integ. restitut. controuersam hanc quæstionem tractat in 1. par. q. 4. art. 12. & copiosè omnium Doctorum sententias refert, quorum aliqui restitutioni locum esse propter modicam læsionem, non tamen minimam, dixerunt. Aliqui negarũt. Aliqui verò, inter quos est & ipse Oddus, hanc rem arbitrio Iudicis definiendam putarunt.

Et sanè, ut mihi videtur, hac de re clara legis definitio non est in promptu. Etenim, sunt leges, quæ damnum grande, sive enorme requirunt, vt proinde argumento sint, mediocre damnum non sufficere, vt in l. penult. ff. de minor. in l. si ex causa, ff. eo. in l. 1. C. si aduersus vendit. pignor. quãquam ex duabus posterioribus, quia in speciali casu loquuntur, contrarium aliqui argumentũ sumant. Sunt leges, quæ propter minimã quantitatem restitutionẽ negant, vt in l. Scio, ff. de in integ. rest. vt proinde argumẽtari liceat esse concedendã, vbi læsio non est minima.

De mediocri læsione & damno planè nulla expressa lex. Ego tamen in eam sententiam sum procliuior, quæ restitutioni fauet propter modicã seu mediocrẽ aliquam læsionem, autoritate l. minoribus. 6. ff. de minoribus. *Minoribus*, inquit, *vigintiquinque annis subuenitur per in integrum*

grum restitutionem, non solùm cum de bonis eorum aliquid minuitur, sed etiam cum interest ipsorum litibus & sumptibus non vexari.

Secundo autoritate l. 8 ff. eo. ti. ibi: *Dum elegit deteriorem*: Item ibi: *Et pretiosiorem dederit*, quibus sanè verbis ostenditur minorem esse restituendum, si elegerit rem deteriorem, vel si pretiosiorem dederit, quibus in casib. fieri potest, vt non magna contingat læsio.

Tertio autoritate l. patri, §. item ex diuerso, ff. eo. ti. vbi patet minorem restitui, si rem minore precio, quàm oportuit, vendiderit. Nec distinguit lex an magna fuerit læsio vel modica circa precium.

Ad leges, quæ requirunt grande damnum, responderi potest, eas loqui de venditione facta in casibus à lege non prohibitis, sed permissis, puta de venditione pignoris, merito tunc grandis læsio requiritur, vt in integrum restituatur minor. Hæc mea est de re perquam obscura ac difficili coniectura ac sententia.

CAPVT V.

Minor vigintiquinque annis Iurisperitus si ex contractu læsus fuerit, vtrum in integrum restitui possit.

Communior est Doctorum sententia; Minorem quinque & viginti annis Iurisperitum ex contractu læsum, in integrum restitutionem postulare non posse, sicuti autoribus allatis fidem facit Sfortia Oddus, de restitut. in integrum par. 1. quæst. 23. art. 7.

Argumenta sunt ista. Primum, talis Doctor restitutionem petens turpitudinem suam allegaret: turpe est enim in iure versanti ius ignorare, l. 2. §. Quintus Mucius, ff de orig. iuris.

Secundum, quia Iurisprudentia est diuinarum atque humanarum rerum notitia, l. Iustitia, §. Iurisprudentia, ff. de iust. & iu. Qua fronte ergo is, qui rerum diuinarum atque humanarum notitiam profitetur, se læsum esse, ac proinde restituendum allegare poterit?

Tertium argumentum est ex l. Regula, §. sed iuris, ff. de iuris & facti ignor. ibi: *vel sua prudentia instructus sit*, &c. Itaque professio hoc in casu, & petitio repugnare inuicem videntur, vt alibi dicit tex. in l. professio, C. de munerib. patrim. lib. 10. Et hic scientia ætatem supplet, l. 3. C. si minor se maiorem dixerit. Quare, vt ex Cicerone & alijs constat, olim Iurisperiti non solum de iure, sed etiam de filia collocanda, de agro emendo, ac de omni alio negocio & officio consulebantur.

Verum istis nil morantibus, contrariam sententiam probabiliorem ac iuri magis consonam existimo, quam & nouissimè defendit Franc. Sarmientus lib. 3. Select. interpret. cap. 12.

Probatur hæc sententia argumento sumpto ex l. 1. C. qui, & aduersus quos, vbi Alex. Imperator docet, etiam si quis diligens paterfamilias fit, actibusque publicis ita se industrium probauerit, vt lapsum eum per ætatem verisimile non fit, tamen si causa cognita circumuentus deprehendatur restituendum esse: *In consilio quidem cognoscentis*, inquit, *de restitutione in integrum esse oportet, & num is, qui se minorem annis læsum esse dicit, diligens pater familias fuerit, actibusque publicis industrium se docuerit, vt lapsum eum per ætatem verisimile non sit. Verum si causa cognita circumuentus deprehendatur, propter hoc solum, velut præscriptione à solito auxilio remoueri non debet, scilicet, quod vrgentibus patriæ necessitatibus decurio minor annis creatus sit.* Hactenus ille. Ad eandem sententiam alludit Vlpiani verba, in l. 1. ff. de minoribus, ibi: *Neque enim committi rei suæ administratio eis debebit, quamuis bene rem suam gerentibus*, &c.

Sic ergo, licet verisimile non sit, talem minorem propter iuris peritiam contrahentem circumueniri, tñ si circumuentus appareat, restituendus erit in integrum.

A Non obstant argumenta in contrarium, quia aliud est scientia iuris, aliud in rebus agendis prudentia, quæ non ex Iurisconsultorum libris, sed ex vsu & experientia comparari potest. Nec enim iurisprudentia est rerum humanarum scientia, de qua agitur. Neque verò crediderim olim tales Iurisconsultos de omni negocio & officio respondisse, qui nondum annos perfectæ ætatis complenissent.

CAPVT VI.

Iuramentum an repetitum censeatur, prorogatione temporis debitori facta ad soluendum.

Si debitori, qui iurauit se ad certum tempus soluturum, tempus prorogetur, an ipsum etiam iuramentum repetitum videatur, controuersi iuris est.

B Et quidem repetitum censeri responderunt Bald. in c. cum venerabilem, col. penul. de elect. Bartolus licet sub obscurè in l. cum stipulatus sim mihi Procule, ff. de verb. oblig. & in l. 2. §. Et post operis, & ibid. Alex. col. 3. & Iason num. 8. Cagnol. in l. Lecta, nu. 26. ff. si cert. petat. Felyn. in c. 1. col. 2. vers. vtrum autem creditor, de iureiur. Capella Tholosana decis. 181. Boer. decis. 284. nu. 11. nouissimè Seraphinus Senensis de priuilegijs iuramenti, priuil. 21. nu. 88. Couuar. in rub. de pact. in princ. post num. 6. vers. quintò, vt difficultatem. Non ignoro alios ab Antonio Gabrielio citari, commu. concl. ti. de Dilationib. concl. 2. num. 11. Sed ij loquuntur in alia specie, de qua dicam in sequenti capite.

Argumenta huius sententiæ hæc sunt. Primum est ex communi quadam regula. Prorogationem factam censeri cum eisdem qualitatibus, quas habet prior obligatio l. lecta, ff. si cert. pet. l. sed et si manente, ff. de precario.

C Secundum argumentum est l. item quæritur, §. qui impleto, ff. locati. vbi reconductio facta videtur cum eisdem obligationibus. Sic enim ait textus. *Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solùm reconduxisse videbitur, sed etiam pignorum videtur durare obligatio*, &c.

Tertium argumentum sumitur ex doctrina Innocentij, in c. præterea requisiuisti, de appellatio. ubi tradit præcepto debitori facto, ut ad certum tempus soluat sub pœna excommunicationis, si prorogetur tempus à creditore, prorogationem factam censeri sub eadem pœna excommunicationis.

Contrariam sententiam secuti sunt Decius in c. de causis, post nu. 7. de officio deleg. Cardinalis in Clem. 1. §. nos itaque, q. 3. de iureiur. Berous q. 100. ad finem. Eiusdem sententiæ commemorantur Iason in l. lecta, ff. si cert. petat. & Catellianus Cotta in Memorabilibus, in verbo, Iuramentum interpositum, qui tamen parum ab hac sententia facere videntur.

D Fundamentum verò est in c. penult. de iureiur. *Clericus*, (inquit Gregorius) *qui iurauit se statuta in Ecclesia sua edita seruaturum, promittens per idem iuramentū statutum, quod postmodum secutum est, fideliter obseruare, licet transgredi non debuerat, quod promisit, non tenetur ad illius obseruantiam ex debito præstiti iuramenti.*

Ego priorem sententiam veriorem esse censeo. Nam quod Gregorius statuit in d. c. pen. ad hanc speciem non pertinet, sed ad eam, in qua de iuramento extendendo agitur ad nouam, & diuersam rem. Aliud est enim statutum iam editum, Aliud postea secutum. Quare iuramentum præstitum de seruandis statutis iam editis, extendi non potest ad statuta postea edita, quæ sunt diuersa, & non eadem cum prioribus. Sed in quæstione nostra licet terminus solutionis prorogetur debitori, manet tamen eadem obligatio, quia prorogatio nihil detrahit, nec mutat priorem obligationem, sed duntaxat tempus addit nouum. Atque ita censeo.

N CA-

CAPVT VII.

Iuramentum an censeatur repetitum prorogatione compromissi facta.

SI certum tempus compromisso adiectum fit & iureiurando promissum fit de stando & parendo arbitri sententiæ, & postea cõpromissi tempus prorogetur, controuerti solet, an & iuramentum repetitum censeatur.

Et repetitum uideri, autores sunt Calcaneus consl.80. nu.15. Andreas Siculus in consi.31.lib.2.& alij, quos refert & sequitur Boerius decis.284.num.13. Huic sententiæ adstipulantur omnia argumenta, quæ supra in præcedenti capite pro priori sententia retulimus.

Cæterum, non videri repetitum iuramentum, autores sunt Soc.sen.in consi 99,col.2.lib.3. Bal.in cons 436. lib.1. Matfilius Sing. 300. Ruinus in consl.61. num.38.& 39.lib.5. Couuar.in Rub.de pact.in princ.nu.6.vers.octauò si prorogatio. Alios citat Gabr.commu.concl.ti.de dilationib. concl.2. nu.11. vers.contrarium in iuramento, necnon Seraph.Senensis de priuil.iuram.priu.22.nu.71.

Fundamentum est in d.c.pen.de iureiur. cuius verba in superiori capite retulimus, & in eo, ꝙ iuramentũ verba requirat & scripturarum tactum.

Tertia est opinio distinguentium; aut prorogatio cõpromissi facta est ex partium conuentione, quæ ipsi compromisso inserta fuerit, puta si arbitris certum tempus assignatum fuerit ad pronunciandum, potestate eisdem facta illud prorogandi, & tunc prorogatione temporis facta, repetitum censetur iuramentum. Aut prorogatio facta est ex partium quidem conuentione, sed nequaquam ipsi compromisso adiecta, & tunc secus est dicẽdum. Ita distinguit Blancus de Compromissis, q.7. num.15.& 16, Couuar. loco annotato, vers, Septimò hinc deducitur, & in vers.sequenti, necnon Seraphinus loco proximè citato, num.84.

Prioris membri distinctionis fundamentum est, quia cum ea lege fit compromissum, vt elapso tempore ad pronunciandum dato, arbitris liceat illud prorogare, tunc iuramentum de stando & parendo arbitri sententiæ eũ habet sensum, vt compromittentes iurasse intelligãtur, se arbitrorum sententiæ parituros, quandocũque proferretur, siue intra tempus postea prorogatum.

Posterioris verò membri distinctionis fundamẽtum est in d.c.pen. de iureiur. & in alijs argumentis, quibus probatur iuramentum non extendi ad alium actum; itẽ in eo, quòd talis prorogatio videtur nouum compromissum inducere.

Sed non desunt, qui & hanc distinctionem noua distinctione coarctent, vt nimirum locum habeat, vbi cõpromissi tempus prorogatur, antequam elapsum fuerit tempus ei præstitutum, secus si postea, quia tunc videtur esse nouum cõpromissum, vti declarant Couuar. loco supra annotato, vers. Sexto si certè, & Berous quæst. 100. nume.12.

Verum isti non respondent ad argumentum, quo probatur iuramenti compromisso adiecti eam esse vim, vt cõpromittentes obliget ad parendum arbitri sententiæ, perinde ac si iurassent se parituros arbitri sententiæ proferendæ tam in primo termino, quam in secundo.

Quare mihi tertia sententia simpliciter probatur, & confirmari eisdem ferè argumentis potest, quibus ea sententia nititur, quam in præcedẽti capite firmauimus, nempe iuramentum repetitum censeri, vbi debitori prorogatum est tempus ad soluendum.

Ad cap. penult. de iureiur. superius est responsum in præcedenti capite. Nec verum est, iuramentum requirere verba, aut tactum scripturarum, vt dicemus in sequenti.

A

CAPVT VIII.

Vtrum iuramentum requirat necessariò verba.

IVramentum necessario verba requirere censuerunt Bart. in l.& per iusiurandum, ff.de accepti.l.& in l.qui iurasse, ff.de iureiu. Alb. Fulg & Roman. ad l.1.ff.de verb.obl. Alios citat Tiraq.de legib. Connubialibus, Gl.7.nu.18. Quibus adde Augustinum Beroum, q.100. nu.4. autoritate text. in § sed neque, in Authen.de mandatis Principum, vbi Iustinianus ita dicit: *Sed neque hæc, quæ dicuntur verba*, id est, *Iusiurandum promptè dare festines*, &c. Item autoritate c.pen.de iureiur. quatenus ibi S. Pont. docet, iuramentum non obligare, quo ad statuta postea facta, quod non alia ratione accidit, nisi quia consensus iurantis non sufficit, sed verba etiam requiruntur.

Altera est sententia: iuramentum non necessariò verba requirere. Autores sunt Petrus Iac.& Cyn. in Auth. Sacramenta puberum, C.si aduersus vendit. Panormit. in Rubr.de iureiur.& Couuar, in Rubr.de pact.in prin. sub nume.4. B

Fundamentum est; quia iuramentum præstatur Deo, Deus autem nouit hominum mentes & corda, licet nõ loquantur, cap.si quid inuenisti, 14.quæst.5. cap.erubescant, 32.distin.

Tertia est sententia distinguentium; Aut in his versamur, qui non possunt loqui, & tunc necessariò verba non requiruntur, quoniam mutus iurare potest, quod patet: quia testificari potest, si sciat scribere, vt not. Glos. in cap.testes, in vers. quæ nouerunt, 3.quæstio.9. adducta l.discretis, C. qui testamen. facere possunt, is autem, qui testificatur, iurare debet, l.iusiurandum, C.de testibus, cap.tuis, capitu.fraternitatis, eodem titu. Aut in his versamur, qui possunt loqui, & verba requiruntur.

C Huius distinctionis autores sunt Alexan.ad l.1. ff.de verb.obl. Castren. Aret. Ias.in l.qui iurasse, ff. de iureiur. Et eam esse iuri valde consonam, dicit Alciatus in Rub. de iureiur.nu.23.

Mihi ea sententia videtur probabilior, quæ negat verba esse necessaria, & consuetudine quoque recepta est, teste Alciato loco proximè citato.

Nec prioris sententiæ fundamentum obstat, quia ꝙ attinet ad textum in §. sed neque, in Authent. de Mandatis Principum, nihil probat; Dicit enim Imperator ibi: Præsides non debere facilè in longius tempus, quàm triginta dierum securitatis promissionẽ concedere, quẽ vulgo saluum cõductum appellamus. Sic enim Holoander transtulit, Et rectè fidem publicam, siue verbum & securitatem publicam.

Ad tex, in cap.penult.de iureiur. responsio patet: quia iuramentum ibi Clericum non obligat ad seruanda statuta postea facta, non verborum defectu: sed quoniam D iuramentum is præstiterat de seruandis statutis conditis. Quamobrem tale iuramentum extendi non potest ad futura, sed nouo iuramento & consensu opus fuit. Adferuntur & alia quædam pro contraria sententia, sed leuiora sunt, quàm vt confutatione egeant.

CAPVT IX.

Conciliatio l.puberes, 101.ff.de verb.oblig. cum l.si curatorem, C.de in integ.restit.minor.

SEd vt reuertamur ad l.si curatorem habens, C.de in integrum restitut. minor. illud etiam controuertitur, quomodo sit concilianda cum l.puberes, 101. ff. de verborum obligation. Dicit enim hæc: *Puberes absque curatoribus suis ex stipulatu obligari posse*. Illa verò, minorem, qui curatorem habet, res distrahere non posse absque curatoris autoritate.

Anti-

Antiquorum interpretum communis est sententia, l. to r. loqui de puberibus curatores non habentibus, vnde non discrepat à l. si curatorem habens, quoniam & illa vult adultum curatore carentem contrahere posse.

Nō rectè, quia textus dicit; Puberes sine curatoribus suis posse ex stipulatu obligari. Illud verbum, *Suis*, indicat Iurisc. loqui de puberibus curatores habentibus. Iacobus Cuiacius in Commentarijs d. l. 101. ita respondet, puberes, qui curatores habent, ex stipulatu obligari posse, vt ibi, sed res suas distrahere non posse, vt in d. l. si curatorem: Quia curator datur rebus, vnde res distrahi non possunt eo non consentiēte. Sed quo minus minor suam personam obligare possit absque curatoris autoritate, nihil impedire potest, facit quod habetur in l. sciendū, ff. de ritu nuptiarum.

Cæterùm, Franc. Duarenus contra in Commentarijs d. l. 101. *Nec sententiam eorum probo*, inquit, *qui distinguūt alienationem rerum ab obligatione personæ. Cum Diocletianus in Rescripto suo de rerum venditione loquatur, ex* B *qua personalis nascitur obligatio, nec minus stipulatione, quàm venditione res alienari possint, si traditio sequatur.*

Non rectè Duarenus; quia venditionis cōtractus nō solùm obligationem personæ continet, sed rerum etiam distractionem, quare licet obligare se minor possit, non tamen res distrahere potest, quod fit per venditionem, & sic argumentum Cuiacij non tollitur.

Quod vero res ex stipulatu possint alienari, si traditio sequatur, nihil officit Cuiacij sententiæ. Nam Iurisc. in d. l. 101. non de tali stipulatione loquitur, quæ cum traditione transferat dominium rei, nec talem potestatem minori concedit absque curatore, sed tantum dicit obligari posse puberem ex stipulatu, quod est accipiendum de personali obligatione iuxta naturam ipsius tituli de verborū obligationibus, non autem vbi stipulatio rerum cōtinet alienationem, quia sic repugnaret Diocletiani & Maximiani Rescripto, in d. l. si curatorem habens.

Impugnat & Cuiacij interpretationem Robertus Au C relianus, lib. 1. Animaduersionum Iuris, c. 12. Sed respondet egregiè Antonius Mercator in notis ad illud caput. Nec illam responsionem euertunt, quæ idem Robertus replicat in notas Mercatoris. Videat, qui cupit, neque enim mihi omnia referre in animo est.

CAPVT X.

Vtrū Constitutio Friderici Imperatoris, quæ est in Auth. Sacramenta puberum, C. si aduersus vend. locum habeat in impubere doli capace.



QVod Imperator Fridericus statuit in Auth. Sacramenta puberum, C. si aduersus vend. locum sibi uindicare etiam in impuberum iuramentis, quando sunt doli capaces, existimarunt ibi Bar. Castr. & Alex. in l. qui iurasse, ff. de iureiur. Rom. ad l. is cui bonis, ff. de verb. obl. An D dreas Isernia, & Afflict. in §. item Sacramenta puberum, ti. de pace iuram. firman. Affl. decis. 322. & ibidem Vrsillus, in Addit. Panorm. in consil. 39. lib. 1. & in consi. 108. lib. 2. Host. Io. And. & Imola, in c. cum contingat, de iureiur. Archid. in c. quamuis, de pactis, lib. 6. Dec. & Cagn. in l. pupillum, de reg. iur. Corneus in cons. 240. lib. 1. Seraphinus Senensis de priuilegijs iuramenti, Priuil. 83. nume. 24. & 25.

Argumenta sunt ista. Primum sumitur ex eo, quòd pupillus tenetur furti & periurij, cap. 1. de delictis pueror. l. impuberem, ff. de furtis, l. pupillum, de reg. iur.

Secundum est ex c. ex litteris, 2. de Sponsalib. vbi dicitur impuberes iuramēto obligari ad matrimonium contrahendum.

Tertium ex l. vlt. ff. de liberali causa, ibi: *In eum, qui impubes iurauerit, scilicet, qui & iurare potuerit, danda est vtilis actio*, &c.

Cæterum, contrariam sententiam secuti fuere Glossa, A Petrus Cynus, Iacobus Butr. Baldus, Angelus, Fulgos. Alber. & Ias. in d. Auth. Sacramenta puberum, Alc. in c. cum contingat, nu. 229. de iureiur. Couuar. in Epitome de sponsalib. par. 2. c. 5. §. 1. nu. 4.

Argumenta sunt ista. Primum, quia Friderici Constitutio loquitur de pubere, ergo non est trahenda ad impuberem.

Secundum est, quia iuramentum debet habere tres comites, Veritatem, Iustitiam & Iudicium, cap. etsi Christus, de iureiur. Impubes autem non uidetur habere iudicium, saltem plenum ac integrum, ut requiritur.

Tertium est ex eo, q impubes uoto non obligatur, c. 2. de Regulatib. lib. 6. nec igitur iuramento.

Hanc sententiam posteriorem verissimam esse cēseo: Est enim animaduertendum non solùm eam constitutionem de puberibus loqui, verum etiam continere maximum rigorem, quia mandat Sacramenta puberum super alienationibus rerum suarum inuiolabiliter obseruari, cum tamen alioqui alienationes fieri non possint absque decreto Iudicis, vt patet ex toto tit. ff. de reb. eor. qui sub tutela vel cura, & C. de prædijs minor. Quamobrem non defuere olim, qui constitutionem illam damnarint, veluti Cyn. nec desunt etiam hodie, vt patet ex Duaren. in commentarijs ad ti. C. de in integ. restit. minor. Ideo lex Friderici videtur esse intelligenda de solis puberibus, non etiam ad impuberes extendenda.

Ad argumenta facilè responderi potest: Nam etsi delinquendo impuberes obligentur, vel etiam matrimonium contrahendo, aut in alijs casibus, non tamen rectè infertur eos etiam obligari, dum res suas alienant contra legis formam.

CAPVT XI.

Vtrum contractus iuramento confirmetur, cum alioqui est inualidus, an verò ipsum duntaxat iuramentum seruandum sit.



SEd hic controuertitur, an contractus minoris super alienatione rerum, & aliorum, qui est alioqui inualidus, iuramēto cōfirmetur: Et sunt qui negent confirmari, sicuti Ias. in Auth. Sacramenta puberum, nu. 37. C. si aduersus vend. Alc. in c. cum contingat, num. 116. de iureiur. vbi alios citat; quorum fundamentum illud est, quòd Leges & Canones dicunt iuramenta obseruari debere, non autem contractus iuramento firmari, vt patet ex d. Authen. Sacramenta puberum, & ex dicto cap. cum contingat.

Cæterum, contraria sententia, quæ tales contractus iuramento confirmari docet, mihi uidetur & communior & probabilior. Primum ex c. quamuis, de pactis, lib. 6. in illis verbis: *Si tamen iuramento*, &c. *firmatum fuerit, omnino seruari debebit.* Hæc verba referuntur ad ipsum pactum, & indicant illud iuramento firmari.

Secundo ex l. 1. C. si aduersus vend. in illis verbis: *Neque perfidia, neque periurij me authorem sperare debuisti.* illud verbum (*Perfidia*) refertur ad contractum, vnde si iuramento non confirmaretur, nulla esset perfidiæ detestatio, quia contractus minorum quinque & viginti annis super alienationibus bonorum, ex Legibus & Constitutionibus infirmantur, daturque minoribus ea potestas, vt eos infringant, vt in l. 1. & toto titu. ff. de reb. eorum, &c. & C. de prædijs minorum.

Tertio hoc argumento moueor, quia si duntaxat iuramentum seruandum esset, & non etiam contractus confirmaretur, videretur esse cogendus is, cui iuramentum præstatur, ad relaxandum tale iuramentum; veluti præstitum in contractu nullo, & inualido, ac proinde illicito, ac non seruando, argumento c. 1. de iureiur. Quod tamen nullibi vel Canones, vel Leges insinuant.

Atque hanc sententiam secuti fuere Barto. in l. si quis pro eo, num. 9. ff. de fideiussor. Curt. in consi. 47. nu. 4. &

alij, quos refert, & sequitur Couuar. in c.quamuis, in 2. par.relect.§.1.nu.7., de pact. lib.6. & Seraphinus Senēsis alijs adductis de priuilegijs iuramenti, priuil.61.

Ad argumentum respondeo, vtrunque caueri, vt uide licet & iuramentum seruandum sit, & contractus ipse tā quam iuramento firmatus.

CAPVT XII.

Vtrum ex iuramento promissorio oriatur actio.

CElebris est controuersia; vtrum ex iuramēto, quod promissorium vocatur à Doctoribus nostris, oriatur actio & obligatio. Quæ res vt melius intelligatur, prius differēdum est, quid secundum ius Canonicum.

Quod attinet ad ius ciuile, duæ sunt Doctorum sententiæ; Altera ex iuramento actionem & obligationē oriri: Altera vero non oriri actionem, neque obligationē, sed officium Iudicis implorandum, quo is, qui iurat, compellatur ad obseruandum iuramentum.

Prioris sententiæ autores fuere quidam Vltramontani Doctores, vt refert Bald. in l.1. C.de operis libertor. Item Ludou. Romanus ad l.si quis maior, C.de transac. & Io.Franc. Purpuratus, ibid.nu.21. Fortunius ad c.1.de pact.nu.23. Io. Corasius ad l.admonendi, nu.12.ff.de iureiur. Didacus Couuar. in Relec. Rub. de pact.par.1.§.2. post nu.4.& 5. Seraph. Senensis, alios citans, de priuil.iuramenti, priuil.19. His addi possunt Zasius in Rub. ff.de verb.obl.nu.12. Sarmientus, lib.1. Selectarum interpretationum, cap.3.& Petrus Calephatus, ad l.iurisgentium, §.igitur nuda, nu.56.ff.de pact.

Posterioris autem sententiæ autores sunt Bart. ad l.si quis pro eo, col.2.ff.de Fideiuss. Imol.in c.cum cōtingat, nu.30.de iureiur. Corneus in Auth. Sacramenta puberum, ante nu.39.C.si aduersus vend. Alex.in l.si quis maior, col.vlt.C.de transac.& ibid. Alc.nu.64. & Cagn.nu.130. Ias.in l.iusiurandum, nu.7. ff.de iureiu. Cuiacius in Paratitlis ad ti.C.de reb.creditis & iureiur.

Prioris sententiæ argumēta sunt ista. Primum ex l.vt iurisiurandi, ff.de operis liber.& ex l.vlt.ff.de liberali causa, quibus ex legibus apparet, ex iureiurando liberti obligationem oriri.

Secundum est ex d. Authen. Sacramente puberum, & l.1.C.si aduer.vend.& alijs similib.locis, quibus statuitur iuramenta esse inuiolabiliter obseruanda, & eis cōfirmari contractus & pactiones. Videtur enim in consequentiam dicendum, ex eis oriri actionem & obligationem.

Tertium est ex l.si quis maior, C.de transact. quatenus ibi dicitur, agi posse ad pœnam consequendam, quæ transactioni est adiecta. Nam cum ex transactione non oriatur actio, l.cum proponas, C.de pact. cur in ea specie agi possit, iuramentum, quo transactio est firmata, in causa esse potest.

Quartum argum. est ex l.quæ sub conditione, §.quoties, ff.de cond.instit. & in l.hæc scriptura, ff. de condit. & demonst. quibus in locis habetur, hæredem, qui iurauit se daturum vel facturum, compellendum esse ad dandum vel faciendum.

Postremū est l.seruum, ff.de manumissis testam. in fi. ibi: *Quia nisi post manumissionem iuret, non obligatur*, & ex l.si quis decedens, §.Codicillis, de leg.3.ibi. *Respondi ex his quæ proponerentur, scilicet cum iusiurandum dedisse super hoc testator affirmauit, credendum esse scripturæ.* Citantur hæ leges à Sarmiento loco annotato.

Posterioris autem sententię præcipuum fundamentū est in l.si quis pro eo, ff.de Fideiussor. *Si quis pro eo*, inquit *qui libertus non esset, & operas præstaturum se iurasset, fideiusserit, non tenebitur.* Nam si obligatio nasceretur ex iureiurando, fideiussor teneretur.

Posterior hæc sententia mihi verior videtur, non quidem eo argumēto, quod iam allatum est. Illud enim egregiè confutant Couuar.& Sarmiētus locis annotatis, sed

A eo argumēto, quod nullibi cautum reperitur, ex iureiurando actionem oriri, seu obligationem, præterquam in liberto, qui operas promittit, l.vt iurisiurandi, ff.de oper. liber. Vlp. *Vt iurisiurandi*, inquit, *obligatio contrahatur, libertum esse oportet, qui iuret, & libertatis causa iurare.* Vnde & Caius lib.2. Institutionum, ti.9. *Item & alio casu*, inquit, *vno loquente & sine interrogatione alio promittēte, contrahitur obligatio. Id est, si libertus patrono aut donū, aut munus, aut operas se daturum esse iurauerit. In quo supra dictis liberti non tam verborum solennitate, quam iurisiurandi religione tenentur, sed nulla altera persona hoc ordine obligari potest.*

Ex his patet responsio ad primum argumentum, est enim ita specialiter in liberto constitutum, ex quo sequitur, vt in alijs personis secus sit dicendum.

Ad secundum respondeo, iuramento contractus confirmari, & ex eis actionem oriri, non autem ex iuramento confirmante, quia illud non est aptum, nec inuentum

B ad actionem producendam.

Ad tertium respondeo, pœnam peti posse in specie d.l. si quis maior, quia per stipulationem promissa fuit, solebat enim olim adhiberi stipulatio pœnæ, vt declarat Alciatus, ibid.nu.66.

Ad quartum respondeo, hæredem, qui iurauit se daturum vel facturum, compellendum esse, sed nō iure actionis descendentis ex iureiurando, sed iure obligationis descendentis ex vltima voluntate defuncti.

Ad vltimum respondeo, illud in liberto loqui, quem diximus ex iuramento obligari. Ad §.Codicillis, respondeo, non probari ex eo, q̄ iuramentum actionem producat, sed quod scripturæ sit credendum, propter iuramentum testatoris.

Quod vero attinet ad ius Canonicum, ex iuramento actionem oriri docuerunt Glo. in c. quoties cordis oculus, 1.q.7. Io. And.& Host. in c.cum venissent, de instit. Bar.in l.si quis pro eo, col.2. ff.de fideiuss. Felyn.in c.1.de

C iureiu. Fortunius in c.1.nu.26. de pact. Corasius in prælud.l.admonendi, n.17. ff.de iureiu. Ant.Corsetus in rub. de iureiu.nu.11. Alc.in c.cum contingat, de iureiu. & in l.si quis maior, nu.68.C.de transact. Sarmientus Select. interpret.c.3. lib.1. Couuar. Seraphinus & Calcfactus, in locis superius annotatis.

Fundamentum est in c.cum contingat, de iureiur.& concordantibus, quibus dicitur contractus iuramento confirmari. Item in c.debitores, & in c.1.eo.ti. vbi is, cui præstatur iuramentum, illud remittere potest, ex quo sequitur, quod actionem habeat. Facit tex. in cap.ecce.22. quæst.2.ibi: *Non enim quando iuras, tibi, aut lapidi, sed proximo tuo iuras.*

In contraria aūt sententia fuere Inno.in c.nouit.de iudic. & in c.cum venissent, de instit. Imolensis in c.cum contingat, post nu.31.vers.Sed aduerte, de iureiur. Ias.in l.iusiurandum, nu.8. ff.eod.ti.

Fundamentum est, quia nullus locus proferri ex iure

D Canonico potest, vbi probetur, actionē oriri ex iuro, immò per censurā ecclesiasticam cōpellendum esse eū, qui iurauit, ad præstandum quod promisit, docet S. Pont.in c.vlt.de foro comp.lib.6. *Cum C. Laicus* (inquit S. Pont.) *pro quo soluisti, &c. te seruare recuset indemnem contra iuramentum, &c. ipsum coram Ecclesiastico iudice, &c. de iure poteris conuenire. Vt ipsum monitione præmissa, per censuram ecclesiasticam, &c. prauia ratione compellas.*

Hæc sentētia mihi verissima videtur. Ad argumēta in contrariū rńdeo, negando singulorum consequentiā. Et si enim iuro contractus confirmātur, non tamē sequitur actionem ex eo nasci, quia iuramentum non est modus actionis inducendę & obligationis, ex qua oriatur actio.

Rursus non est bona consequentia. Iuramentum pręstatur parti, & illa potest remittere, ergo actionem habet. Nam ius habet pars, cui præstatur iuramentum, vt possit per officium iudicis iurantem compellere ad seruandum iuramentum, & illud ius remittit, cum iuramentum remittit,

CA-

CAPVT XIII.

De potestate secularis Principis relaxandi seu remittendi iuramentum, & de eo statuendi.

Angens controuersia est, an liceat Principi seculari iuramentum relaxare, & remittere, ac de eo statuere.

Sunt enim qui affirmant, Accursius in l. adigere, §. vlt. ff. de iure patronatus, & alij, quos commemorat Iason in l. vlt. ff. qui satisd. cogan.

Sunt qui negant, & horum maior est numerus, vt refert Iason loco annotato, Conuar. ad c. quamuis, de pactis, lib. 6. 1. par. Relect. §. 3. nu. 7.

Sunt qui ex causis iustis publicam vtilitatem respicientibus id licere contendant, veluti Couuar. loco annotato, post alios quos citat.

Sunt qui legem seu statutum fieri posse dicant, vt iuramentum in certis contractibus non obliget, sed præsumatur dolo extortum, Bart. in l. omnes populi, nu. 24. ff. de iustitia, & iure, alios citat Iason in d. l. vlt. ff. qui satisd. cogant. & Seraphin. priuileg. 83. nu. 79. Nec desunt, qui hanc etiam potestatem Principibus negent, Ruinus in cons. 51. nu. 23. lib. 1.

Prioris sniæ fundamentum est in d. l. adigere, §. vlt. *Lege Iulia*, inquit, *de maritandis ordinibus remittitur iusiurandum, quod liberto in hoc impositum est, ne vxorem duceret.*

Confirmatur, quia parti est permissum iuramentum remittere, vt in c. 1. de iureiur. Ergò multò magis Principi, qui est Dominus.

Secundæ opinionis fundamentum est in cap. nouit. de iudic. & in c. venerabilem, de Electio. ibi. *Vtrum verò iuramentum sit licitum vel illicitum, & ideo seruandum, an non seruandum extiterit, nemo sanæ mentis ignorat ad nostrum iudicium pertinere.*

Tertiæ opinionis fundamentum est ex l. quæ sub conditione, §. si quis sub iurisiurandi, ff. de Condit. instit. ibi: *Et magis est, vt remitti iurisiurandi religio debeat*, & in l. 2. C. de indicta viduit. toll. ibi: *Nullū concedimus fieri iuramentum, secundum prædictam legem.* Et in l. non dubium, C. de legib. ibi in fine. *Nec Sacramentum admitti.*

Quartæ opinionis fundamentum est, quia iuramentum dolo extortum, seu vi, non obligat, c. quamuis, de pactis, lib. 6. c. cum contingat, de iureiur.

Quin autem possit lex ciuilis præsumere iuramentum dolo extortum, ex iusta causa, dubium non est, si contractus fiat absque solennibus necessarijs, l. quemadmodum, C. de Agricolis, & Censitis, lib. 11.

Postremæ sententiæ fundamentum est, quòd iuramentum sit res spiritualis, de quo proinde statuere, ac disponere non possit Princeps secularis, sed Ecclesiasticus duntaxat; quoniā illa potestas: *Quicquid ligaueris super terram, & quicquid solueris*, data fuit Petro Apostolorum Principi & Successoribus, non autem laicis hominib.

Ego distinguenda esse arbitror iura vetera à nouis; Nam secundum leges veteres, Principibus absque dubio potestas de facto fuit remittendi iuramentum, & de eo disponendi, ac statuendi: sicuti probant leges pro priore sententia allatæ, & præclarè probat l. vlt. ff. ad Municipalem. ibi: *Imperatores Antoninus, & Verus scripserunt gratiam se facere iurisiurandi ei, qui iurauerat se ordini non interfuturum.*

Cæterùm secundum Canones, solus Ecclesiasticus iudex iuramentum relaxare potest, vt in c. nouit, de iudicijs, quod vt seruetur æquum est, quicquid obloquatur Duar. in Comment. C. si aduersus vend. quia iuramentum præstatur Deo, & res spiritualis est; quam tractare, & de ea disponere ad eum spectat, qui potestatem habet à Deo. Is autem est Iudex Ecclesiasticus.

Nec obstat, quod pars, cui præstitum est iuramentū, illud remittere possit, quia illi est ius quæsitum ex iuram. promissorio, quod ius proinde remittere potest; & aliquando est

A debet, vt in d. c. 1. de iureiur. Ex quo non sequitur, Principem secularem illud remittere posse. Nam neque illi iuramentum est præstitum, neque ius quęsitum est ex eo.

Nullam itaque constitutionē laici Principis valere iudico de iuramento quouis modo relaxando seu infirmādo pręcipientē, nisi ab Eccles. autoritate robur accipiat.

CAPVT XIV.

Possitne minor grauiter læsus in integrum restitui aduersus contractum iuramento firmatum, & absolui à iuramento.

Disputatio grauis, & perplexa est, Vtrum minor aduersus contractum iuramento firmatum restitui in integrum possit ob enormē læsionem?

Et quidem negant quamplurimi restituē-
B dum, multi affirmant. Nonnulli distinguunt inter læsionem enormem & enormissimam. Vide Doctores in Authen. Sacramenta puberum, C. si aduersus vend. & in c. quamuis, de pactis, lib. 6. vbi Didacus Couuar. in 3. part. §. 4. nu. 3. Antonium Gabrielium Commu. Concl. tit. de iure donum, Concl. 1. nu. 8. & 9. Pancirolum, in cons. 1. Menoch. in cons. 401. lib. 1. Seraphinum Senens. de priuileg. iuramenti, priuileg. 136.

Qui minorem restituendum negant, eo nituntur argumento, quòd iuramenta puberum inuiolabiliter obseruanda esse, cautum sit, vt in d. Auth. Sacramenta puberum, & alibi. Nam si restituendus esset minor, non inuiolabiliter iuramentum seruaretur.

Huc accedat text. in l. 1. C. eod. tit. ibi: *Neque perfidiæ, neque periurij me autorem futurum sperare debuisti.* Est enim necesse affirmare in ea specie minorem in integrū restitutionem postulasse, sed quia iurauit Alexander, ait se nolle autorem esse periurij.

C Cæterùm, qui affirmant, eo argumento vtuntur, quòd vbi tàm enormis est læsio, videtur ibi dolus esse, argum. l. si superstite, C. de dolo, l. si quis cum aliter, ff. de verbo. oblig. At vbi dolus interuenit, iuramentum non est seruandum, vt in c. cum cōtingat, de iureiur. ibi: *Neque vi, neque dolo*, &c. Et in d. c. quamuis, de pactis in 6.

Ego sanè procliuior in hanc posteriorem sententiam sum, quia iuramentum non debet esse vinculum iniquitatis, & iura subuenire solere enormiter læsis, ac deceptis, notius est, quàm vt probatione indigeat, vt patet ex l. si superstite, C. de dolo, ex l. maioribus, C. cōmu. vtriusque iud. ex l. si quis cum aliter, ff. de verb. oblig. & ex alijs locis. Quare vt maximè iuramenta puberum contractū firment, ac corroborent, non tamen efficitur, aduersus talia iuramenta negandam esse minoribus restitutionē, si læsi fuerint. Nam sic argumentari licet. Minoribus læsis, ac deceptis iura subueniunt, ac in integrum restitutionem concedunt l. 1. l. minoribus, & toto ferè tit. ff. de mi-
D noribus, & ff. de in integ. restit. Ergo & minoribus ita deceptis subueniendum erit, licet iuramento contractū confirmauerint.

Non obstat iuramentum, quia illud facit, vt minori non liceat contractum inualidū rescindere; Veluti quando absque curatore suo rem distraxit, l. si curatorem habens, C. de in integrum restit. Vel si cum curatore rem immobilem distraxit. Neque enim valet alienatio absque decreto iudicis, vt dictum est suprà hoc eod. lib. c. 1. sed iuramentum operatur vt valeat, & seruandus sit contractus. Quare ad argumentum sumptum ex l. 1. & ex Authen. Sacramenta puberum, C. si aduersus vend. respondetur, iuramenta quidem puberum esse inuiolabiliter seruanda, nec legem esse causam perfidiæ, aut periurij, ad hoc scilicet, vt contractus rescindatur tanquam nullus; non autem, quò minus in integrum restituatur pubes grauiter læsus iuramenti scilicet absolutione obtenta, ad effectū (vt vocant) in integrū restitutionē petendi.

Sic enim statuo, non eam fuisse mentem Friderici in

N 3 d. Auth.

d. Auth. Sacramenta puberum, & Alex. in d. l. 1, vt vno verbo vniuersum in integrum restitutionis beneficium minoribus, qui læsi sunt, concessum, tollerent.

Quòd si quis secus esse dicendum putet, eam ob câm, quòd Imperator Alexander de in integrum restitutione loquatur, sicuti & natura tituli ostendit; huic respondetur, nullum esse verbum in d. l. 1. quo significetur minorem illum, qui iurauerat, læsum fuisse aut saltem enormiter læsum. Nam si læsus grauiter fuisset, non dixisset Imperator, se autorem illi perfidiæ non futurum; Minoribus enim ita deceptis, legibus est permissum, non exequi promissa, & aduersus ea restitutionem postulare.

Non me latet controuersiam esse non exiguam, an à tali iuramento peti possit absolutio, vt videre licet ex Iasone in d. Auth. Sacramenta puberum, nu. 42. & sequentibus alijs num.

Cæterum, eorum sententia magis probatur, qui affirmant peti posse, ea ratione, qua & aliàs argumentatus sum lib. 1. c. 16. Nempe iuramẽtum esse relaxandum, vbi seruari non potest absque peccato eius, cui præstitum est, vt in c. 1. & in c. debitores, de iureiur. Neque enim debet esse iniquitatis vinculum, sed tres Comites habere, Veritatem, Iustitiam & Iudicium.

Porro eum iniustè facere, & grauiter peccare, qui alterum contrahendo decipit, late docet Couuar. Variar. resol. lib. 2 cap. 4. num. 11.

Fundamentum contrariæ sententię in eo est positum, quòd leges, & Canones iubeant iuramenta inuiolabiliter seruari; Quid ni? Sed non sequitur inde, quod subdunt; nempe absolutionem peti non posse, quia etiam iuramentum de præstandis vsuris est seruandum, vt in c. debitores, de iureiur. & tamen nemo negat, quin absolutio peti, & impetrari possit, vt in c. 1. eod. tit.

CAPVT XV.

Vtrum fideiussor beneficium habeat excussionis, vbi iureiurando se obligauit.

Fideiussorem, qui iureiurando se obstrinxit, excussionis exceptionem non habere, censuerunt Baldus in c. Ex rescripto, de iureiur. & Anchar. ibidem in sexto notabili. Alex. in cons. 32. col. vlt. vers. Quarto principali fundamento, lib. 4. Capella Tholosana decis. 130. Marsilius in Rub. de fideiussorib. nu. 9. Gozadin. in consil. 32. nu. 24 Roncbegallus ad l. 3. §. vbi duo, nu. 127. ff. de duob. reis Ofascus decis. 43. nu. 4. & alij, vt per Seraphinum Senens. Priuileg. 88.

Horum fundamentum est pręcipuum in d. c. ex rescripto, vbi Summus Pontifex debitori, ac fideiussori mandat vt soluat, & quidem simpliciter & absolutè, non autem adhibita vlla distinctione, an principalis debitor excussus fuerit necne: *Ideoque mandamus*, inquit, *quatenus tàm Abbatem*, &c. *monere cureris, vt sicut iurarunt, eandem conuentionem faciant adimplere*.

Cæterum cõtrariam sententiam habuere idem Bald. sibi non constans in c. cum contingat, col. 10. de iureiur. Alexand. sibi contrarius in l. vlt. ff. si certum petatur, & ibidem Decius, & Iason, Felyn. in d. c. ex rescripto, Grãmaticus, consl. 170. Alciatus in d. c. cum contingat, num. 174. de iureiur. Couuar. in Relect. c. quamuis, in 1. parte, §. 4. num. 4.

Fundamentum est, quia iuramentum sequitur naturã actus, super quo interponitur, l. vlt. C. de non nu. pecun. Sed natura obligationis fideiussoriæ est, vt conueniri nõ possit ante principalem debitorem. Ergò, &c.

Et hanc sententiam ego arbitror probabiliorem esse. Nec obstat text. in d. c. ex rescripto, quia non dicit ibi Sũmus Pontifex, fideiussorem amittere beneficiũ legis, vt scilicet principalis debitor inprimis conueniendus sit; Et licet fideiussori mandet, vt soluat, id mandat ẽt debitori. Nec tollit legis beneficium. Quod si iuramentum id efficeret, necessè erat id exprimere. Sicuti aliàs Summus Pontifex solet, cùm aliquid statuit propter iuramentum, quod legibus repugnat, vt patet ex c. cum contingat, de iureiur. ex c. quamuis, de pactis, lib. 6. & alibi.

Huc accedat, ꝙ excussionis beneficium, & exceptio summa nititur æquitate, adeò, vt pium esse dicat Imperator in Nouella 4. *Fideiussoribus, & id genus hominib. auxilium ferre.* Consequenter cum ius Canonicum equitate potissimum nitatur, haudquaquam verisimile est, illud auferre iuranti beneficium, de quo agitur.

Alia quædam à Seraphino in medium afferuntur, sed leuiora quàm vt confutatione egeant.

CAPVT XVI.

Vtrum Emphyteuta, qui Canonem Emphyteuticum se soluturum iureiurando promisit, cadat iure suo, si uno duntaxat anno cessauerit in solutione.

Controuertitur, & illud inter Doctores circa vim & efficaciam iuramenti, Vtrum Emphyteuta, qui iuramento promisit se Canonem soluturum, & primo anno non soluit, statim expelli possit, etiam triennio non expectato, quod tempus à lege constitutum est, vt expelli possit, si cessauerit, l. 2. C. de iure Emphyt.

Et sunt multi qui affirmant, Non pauci etiam qui negant.

Affirmant Baldus in c. querelam, de iureiur. Alexand. in cons. 85. lib 1. Ripa in c. 2. col. 5. de rescrip. Marsil. Singul. 226. Castellanus Cotta in verbo *Emphyteuta*. Rota pro maiori parte Duorum apud Cassiodorũ decis. 2. titu. de iureiur. Alios citat Seraphinus de priuileg. iuram. priuileg. 84. quibus adde Aurel. Corbulum de iure Emphyteutico, cap. 15. Amplia. 40.

Fundamentum est in d. c. querelam, de iureiur. vbi priuatur Ecclesiæ, quam obtinebat regimine, is, qui iurauit soluere, & non soluit. Item in l. si quis maior, C. de transact. vbi is, qui iuramentum non seruat, priuatur omni commodo & emolumento contractus.

Negant autem Curtius senior, in d. l. si quis maior, nume. 30. Addcotes ad Alexãd. in cons. 85. lib. 1. Couuar. in Relect. c. quamuis, de pactis, lib. 6. in 1. par. §. 4. num. 5. & alij à Seraphino relati loco proximè citato.

Horum fundamentum est, quia lege constitutum est, vt Emphyteuta ita demum à iure suo cadat, si per trienniũ in solutione cessauerit, l. 2. C. de iure Emphyt. Quod autem si iurauerit, & non soluerit, statim priuetur, nulla lege cautum est, Vnde iuramentum sequi debet naturã contractus, argumento l. vlt. C. de non num. pecun.

Hæc posterior sententia mihi sanè ęquior, & probabilior videtur. Non obstat c. querelam, quia periurus excluditur ibi ab Ecclesiæ administratione, nos verò loquimur in contractu, in quo non ita cautum est, vt periurus in plus teneatur, quàm lex & natura contractus postulet, vel vt ius suum amittat aliter, quàm lege caueatur.

Nec quicquam facit l. si quis maior, tum quia de Transactione specialiter loquitur, ac intelligenda est, vt aliàs disputatum est, tum quia nihil aliud vult, quàm iurãtem carere commodo contractus, id est, actione, quam habebat ex contractu. Est enim iniquum, vt quis velit sibi seruari fidem, quam ipse violauit. Sed in proposito, ita lege cautum est, vt Emphyteuta non obseruans fidem, & sic in solutione cessans, non statim ius suum amittat, sed ita demum, si per triennium cessauerit, ergo nõ potest hoc iure priuari propter periurium; quia illud facit quidem, vt magis peccet, & ideo etiam Deum, quem offendit, vltorem habeat, iuxta l. 2. C. de reb. cred. non autem, vt ante triennium, contra legis decreta, expellatur. Quę enim erat difficultas Legumlatori ita decernere, si voluisset? Non igitur nobis licet interpretatione nostra nouam legem condere, qua uetus abrogetur in aliquo casu, de quo nulla fit mentio in iure Ciuili, uel Canonico.

CA-

CAPVT XVII.

An iuramentum efficiat, vt obligatus ad factum, præcisè compelli possit.

COmmnniter receptum est, eum, qui ad factũ obligatus est, præcisè compelli non posse: Sed soluendo id, quod interest aduersarij, liberari: quam sententiam deducunt, ac probant Doctores ex l. stipulationes non diuiduntur, ver. Celsus, ff. de verbor. oblig. & ex alijs locis, de quibus nunc non disputo.

Cæterum est controuersia, an si promissioni iuramentum accesserit, idem statuendum sit, an verò propter iuramentum is, qui promisit, compelli præcisè possit. Et quidem compelli posse docuerunt Glossa in l. si pecunia. ff. de condi. causa data. Iason & alij eo loco, & plures alij quos commemorant Couuar. in Relect. c. quamuis, in 1. parte. §. 4. num 6. de pactis, lib. 6. & Seraphinus Senensis de priuileg. iuramenti, priuileg. 74.

Sed contrariam sententiam habuerunt Corneus in consi. 246. lib. 4. Io. de Anan. in c. querelam. Ne prælati vices suas, &c. Decius in cap. primo. nu. 23. de Iud. Afflict. decis. 295.

Quorum illud est fundamentum, ꝙ iuramentum sequitur naturam contractus, seu obligationis, cui adijcitur l. vlt. C. de non num. pec. cum similibus.

Sed mihi magis probatur prior sentẽtia, quæ communior, æquior & tutior est. Nam is, qui iurauit, tenetur seruare iuramentum. Nemo autem negat, quin magis dicatur seruare iuramentum is, qui præcisè facit, quod promisit. Cum potest id facere, quam is, qui nõ facit, sed præstat, quanti stipulatoris interest. Vt ergò iuramentum aliquid operetur, quod alioqui robur maius addere obligationi consueuit, existimarem promissorem esse præcisè compellendum ad factum: Præsertim cum & alias fauore libertatis specialiter sit constitutum, vt obligatio facti sit præcisa. l. qui Romæ, §. Flauius, ff. de verb. oblig. Item & fauore Reipublicæ, vt in l. Fideicõmissa, §. vlti. de leg. 3. Cur ergo non idem sit statuendum fauore religionis iurisiurandi.

Quod autem obiicitur ex l. vlt. C. de non num. pecun. nihil obstat, quia iuramentum non obligat eum, qui iurauit, præter eius consensum, vt ibi, sed hic consensus adest, exceptio nulla est, Iuris tantum quædam subtilitas obijcitur, quæ causa religionis cedere debet. Atque ita puto.

CAPVT XVIII.

Vtrum fideiussores dotium iureiurando obligentur.

NE fideiussores dotium restituendarum dentur, cautum est l. 1. & 2. C. ne fideiussores dotium dentur: Sed vtrum, si fuerit datus fideiussor, & is iureiurando se obligauerit, teneatur, non vsq; adeò exploratum est.

Et quidem non teneri, neque conueniri posse, atque hac in parte iuramentum nihil derogare legibus, docent Bartol. in l. si quis pro eo, nu. 9. ff. de fideiuss. Alciatus in c. cum contingat. nu. 5 12. de iureiur. & alij vt per Seraphinum, Priuileg. 69.

Argumentũ illud est, ꝙ cũ lex prohibeat dari fideiussores, is peccare videatur, qui aduersus legem facit, iuxta illud: *Qui Principi non obedierit, morte moriatur.* c. 2. de Maior. & obed. Item quia videtur esse contra bonos mores, quo casu iuramentum non est obligatorium. ca. non est obligatorium, de reg. iu. lib 6.

Esse contra bonos mores ex eo patet, quod lex fideiussores dari vetuit, ne inter coniuges perfidiæ occasio oriatur, absurdum enim censuit dotem datam ei non tuto credi, cui persona committitur & creditur.

Contrariam sententiam secuti sunt Baldus Nouellus

A de dote, parte 6. priuileg. 21. limitatione 12. & Couuar. alios citans in Relect. c. quamuis, in 2. par. §. 2. circa finẽ, de pactis lib. 6.

Et hæc sententia mihi probabilior videtur. Nam iuramentum hoc in casu non repugnat iuri diuino aut naturali, nec vllum continet peccatum, & licet iustas ob causas lex vetuerit dari fideiussores, non tamen efficitur, quin iuramento accedente, illud seruandum sit; vt in simili docet summus Pontifex d. c. quamuis, & in ca. cum contingat, de iureiurando.

Non obstat quod dicitur eum peccare, qui contra legum prohibitionem facit. Nam etsi contra legem faciat, qui fideiussorem exigit, iuramento tamen obligatur fideiussor, qui promittit: Sic & qui vsuras promittit, obligatur iuramento, licet contra legem faciat, vt in ca. debitores, de iureiur. Sic lex vetat fundum dotalem alienari, & tamen iuramentum alienationem confirmat, vt in d. ca. cum contingat.

B Non obstat, quod dicitur, esse contra bonos mores, quia id negatur. Neque enim quicquid iustas ob causas lege ciuili est prohibitum, statim contra bonos mores factum dici potest. Exemplum sit in specie d. c. quamuis, & d. c. cum contingat.

CAPVT XIX.

An stipulatio alteri facta iure canonico sit efficax, & quid si iuramento vallata sit.

ALteri stipulari nemo potest, l. stipulatio ista, §. alteri, ff. de verbor. oblig. sed vtrum id etiã iure canonico procedat, controuertitur. Nã iure canonico stipulationem alteri factam esse efficacem, censuerunt Glos. in c. quoties cordis oculus. 1. q. 8. Ant. Butr. in ca. si cautio. de fide instrum. Bald. in l. illud, C. de sacrosanct. Eccles. Couuar. in
C c. quãuis, de pactis, lib. 6. in 2. part. §. 4. nu. 9. vers. Decimò vt ad propositam.

Fundamentum est, quoniam iure ciuili ideo non valet stipulatio alteri facta, quia inuẽtæ sunt stipulationes, vt vnusquisquis sibi acquirat id, quod sua interest: vt in d. §. alteri. Hęc aũt ratio iure canonico nõ inspicitur, sed illa tantum, vt quis fidem seruet, quia ita ratio naturalis docet: Vnde & communis est sententia Canonistarum, in c. 1. de pactis, ex pacto nudo actionem oriri secundum ius Canonicum.

Contrariam sententiam secuti fuere Felyn. in Proœmio Gregoriano nu. 23. Abbas in d. c. si cautio. col. 3. de fide instrum. Io. Faber in §. Alteri, in Instit. de inut. stip. Imola, Romanus, Alexander, Ias. & Alc. in d. l. stipulatio ista, §. alteri, quibus & ipse assentior.

Probatur primo, quia non est inducendum aliquod discrimen inter ius canonicum & ciuile, nisi expressum sit, ut in c. 1. de op. no. nunc. sed nullibi iure canonico est
D expressum, alteri stipulationem factam valere contra iuris ciuilis regulas. Ergo non valet.

Secundum argumentum sumi potest, ex cap. quanquã de vsuris, lib. 6, quatenus ibi exigitur persona publica, vt stipulatio alteri fiat.

Tertium est ex eo, ꝙ etiam iure canonico valet exceptio illa; *Tua non interest*, cap. cum inter, de elect. cap. non solent. 2. q. 7. Sed vt alteri detur, stipulantis non interest, vt ait text. in d. §. alteri, Ergò stipulatio alteri facta etiam iure Canonico non valet.

Ad contrariæ sententiæ argumentum respondeo, illud non obstare, quia etiam iure ciuili proditum est, seruandam esse fidem, & tamen alteri stipulari nemo potest. Sunt enim certi modi, quibus aliquis obligetur. Alioquin si generalis illa regula inspiciatur, fidem seruandam esse, etiam minorum, & pupillorum, & Ecclesiarum contractus & promissiones erunt efficaces absque solennibus iure necessarijs, quod tamen est absurdum.

Quòd

Quòd vero dicitur: In pacto nudo actionem oriri, iure canonico verum non est, vt est dictũ supra lib. 1. c. 99.

Cæterum si iuramentum accesserit stipulationi, eam esse efficacem docuere Bar. in l. si quis pro eo. ff. de fideiusso. Glo. in d. c. quoties cordis oculus. 1. q. 7. Bald. in l. nam postea, §. iusiurandum, ff. de iureiur. Iason in d. l. stipulatio, §. alteri, ff. de verb. oblig. Couuar. in d. ca. quamuis, in 2. part. § 4. num. 11. Seraphinus de priuileg. iuramenti. priuileg. 24.

Argumenta sunt ista. Primum. stipulatio alteri facta valet, si pęna adijciatur, d. §. alteri. Ergo multo magis, si iuramentum accesserit.

Secundum. Ex stipulatione alteri facta nascitur saltē naturalis obligatio, quia promissio inest, l. 1. ff. de pactis. Ergo si iuramentum accesserit, efficacem producet obligationem.

Tertium. Iuramentum præstatur Deo. ca. Debitores. de iureiur. Deus autem partis præsentiam supplet, l. properandum, §. cum autem, C. de Iudicijs.

Quartum. Iuramentum confirmat contractus, & pacta alioqui iure ciuili inualida, c. quamuis, de Pactis, lib. 6. c. cum contingat, de iureiu. Ergo confirmabit etiā stipulationem alteri factam, quamuis iure ciuili nullam & efficacem.

Quintum. Vbi iuramentum obligationi adijcitur, ibi non inspicitur an intersit stipulantis, quia seruandum est iuramentum, vt patet ex c. debitores, de iureiur.

Posterioris autem sententiæ fundamentum est, ꝙ iuramentum sequatur naturam principalis obligationis, quod si illa non valeat, nec iuramentum aliquid operetur, l. non dubium, C. de legib. l. vlt. C. de non num. pec.

Huc accedat quod illa exceptio, *Tua non interest*, etiā iure canonico rectè obijcitur, vt dictum est supra ex ca. cum inter, de elect.

Sed mihi probabilior videtur prior sententia. Licet enim nullus textus iuris canonici de stipulatione alteri facta, cui iuramentum accesserit, loquatur; tamen cum illa non valeat ex solis iuris ciuilis regulis, certè iuramento accedente, valere debet, sicut & aliæ obligationes & conuentiones iuramento firmantur, quæ tamen iuris ciuilis regulis improbantur, Nec enim vlla ratio diuersitatis adferri potest.

Ad argumenta respondeo. Non prohiberi lege Cæsarea stipulationem alteri factam, sed efficaciam denegari. Ideo non ad rem pertinet regula. l. non dubium, C. de legib. Et licet iuramentum regulariter sequatur naturam actus, tamen id non procedit, vbi agitur de cōtractus iurati efficacia, quia licet absq; iuramento reprobetur, iuramento tamen adhibito valet, & seruandum est.

Quod vero dicitur exceptionem illam, *tua nō interest*, etiam iure canonico obtinere, nihil obstat, quin iuramētum erit seruandum, & salua nihilominus debitori, seu promissori exceptio erit seu reperino, postquam iuramentum obseruauerit, vt in simili habetur in d. c. debitores, de iureiuran.

CAPVT XX.

Qui promisit alienum factum sub pęna, utrum excusetur, si fecit quicquid potuit, & is, qui facere poterat, noluit facere.



EXcusandum omnino, neque pęnæ obnoxiū esse debere eum, qui omnem adhibuit diligentiam, vt alter faceret, si is noluit facere, licet factum alienum promiserit sub pœna, docuerunt Glo. in c. ex rescripto, de iureiur. & ibidem Felyn. Bart. in cons. 236. Martinus promisit. Federicus Senens. in cōs. 122. Dec. in l. impossibilium, de reg. iur. & in cons. 313. Afflictus decis. 295. alios citans. Couuar. in c. quamuis, in 2. par. §. 4. nu. 3. de pactis, lib. 6. & Menochius in cons. 239. nu. 13. lib. 3.

Fundamentum est in l. si vehenda, §. vlt. ff. ad l. Rhodiam de iactu, ibi. *Idem iuris erit, si tum ea conditione à te conduxisset, vt certam pœnam tibi præstaret, nisi ante constitutum diem merces tuas eò loci exposuisset, in quem deuehēdas eas merces locasses, nec per eum staret, quò minus remissa sibi ea pœna spectaret*, &c. Et quia difficultas excusat à pœna periurij, vt in cap. breui, de iureiur. & in c. significate, de pignoribus.

Contrariam sententiam amplexi fuere in l. si ita stipulatus fuero te sisti, §. possum, col. 2. ff de verb. oblig. Ias. in l. stipulatio ista, non procul a principio, ff. eod. & Zasius ibid. nu. 16. 17. Soc. sen. in cons. 288. lib. 2.

Argumenta sunt ista. Primum sumitur ex d. l. stipulatio ista, ff. de verb. oblig. ibi: *At si quis velit factum alienū promittere, pœnam, vel quanti ea res sit, promittere potest*, &c. Si pœnam promittere debet, ergo si non fiat, quod promissum est, præstanda erit: alioqui inutilis erit pœnæ promissio: etsi enim factum alienum non sit in potestate promittentis, est tamen in eius ptāte pęnæ solutio.

Secundum argumentum est ex l. qui autem, §. sed etsi quis, ff. de constit. pecun. vbi Vlpianus: *Sed etsi quis*, inqt, *tertiam personam fideiussuram pro se constituerit, nihilominus tenetur, vt Pōponius scribit.* Quid tñ *si ea persona nolit fideiubere? Puto teneri, eum qui promisit, nisi aliud actū est.*

Tertium sumitur est l. sancimus, C. de fideiussorib. *Sācimus*, inquit. *si quis pro alio spopōderit, quatenus eum intra certum tempus tradat*, &c. *Et tempore statuto iam effluente non poterit eum repræsentare, non statim pecunias pro eo stipulatas inferre: sed competere quidem post tempus elapsum omnimodo pœnalem actionem*, &c.

Quartum sumitur ex regula. Subueniendum non esse ei, qui propria voluntate se in necessitatem coniecit, l. si fideiussor, §. si necessaria, ff. qui satisd. cogantur.

Quintum est huiusmodi. Nam si promittens excusaretur, ille posset colludere cum eo, cuius factum promisisset, vt nempe diceret se nolle facere, vnde stipulatio eluderetur. Malitijs autem hominum aditus patefieri non debet, l. In fundo, ff. de rei vendic.

Nonnulli distinguunt, vtrum aliquis sub pœna promittat se facturū & curaturum, vt aliquis faciat: an verò directè promittat alienum factum. Vide Alciatum & Ruinum in l. 4. §. Cato. ff. de verb. oblig. ille nu. 113. iste nu. 57. & Couuar. loco proximè citato, post num. 4. Vers. Secundò est in hac controuersia. & nu. 5. vers. Septimò existimo.

Alij denique perpendunt, an quis promiserit se facturum, & curaturum vt aliquis faciat cum effectu, an vero simpliciter se facturum, & curaturum promiserit, sicuti autoritatibus adductis explicat ibi Couuar. nu. 6.

Ego, distinctionibus omissis, existimo eam sententiā veriorem esse, quæ affirmat pęnā cōmitti, negatq; excusationi locum esse. Nam vt dicebat Seraphinus Senensis de hac controuesia disputans, de priuilegiis iuramēti, priuilegio 77. num. 13. duo sunt genera difficultatum consideranda.

Vnum est illud, ꝙ promissor ipso promissionis tempore videre potest, ꝙ si videat, & nihilominus se in obligationem coniiciat, certa pęna adiecta, nihil proponitur cur excusari debeat propter difficultatem, quam præuidit: vt in proposita quęstione; Nam promissionis tempore promissor præuidere potuit, ac præuidit futurum forsan, vt is, cuius factum promisit, nollet facere. Quare si illud sub pœna promiserit, non debet excusari ea ob causam, ꝙ ille nolit facere. Quam sententiam planè euincunt argumenta superius allata.

Alterum difficultatis genus est, quod postea casu, vel aliam ob causam superuenit, nec à promissore præuideri potuit, ut in specie d. l. si uehenda, §. ult. ff. ad l. Rhod. de iactu. tunc excusatur quis à pœna propter eiusmodi difficultatem. Sic etiam canones loquuntur, ac intelligi debent quibus probatur, difficultatem efficere, ut quis in periurij pœnam non incidat, Ex quibus fundamentum prioris sententiæ corruit, & hanc, quam diximus, sententiam probabiliorem esse, constare potest.

CA-

CAPVT XXI.

Transactio de alimentis futuris, an valeat absque decreto Prætoris, si fuerit iuramento firmata.

NOn valere transactionem de alimentis testamento relictis absque decreto Prætoris, iustas sanè ob causas constitutum est, vt in l. cum hi, ff. de Transact. Sed an idem statuendum sit, vbi iuramento fuerit à transigentibus firmata, controuersi iuris est.

Affirmant idem esse statuendum Bartolus in d. l. cum hi. Baldus in l. pactum, q. pen. C. de collation. & quidem alij, eo argumento, quòd cum lex ciuilis eam Transactionem improbet, absque decreto Prætoris non possit iuramentum efficere, vt valeat, argumento l. non dubium, C. de legibus.

Istis ego non assentior, sed contrariæ sententiæ, quæ & verior, & communior est, eo argumento, quo in huiuscemodi quæstionibus perpetuò vtor, quòd scilicet iuramentum facit, vt iuris ciuilis rationes cessent, cum religio præponenda sit his regulis, vt in c. quamuis, de pactis, lib. 6. in c. cum contingat, de iureiur. & similibus, qui quidem canones legibus hac de re statuentibus præferendi sunt, cum de re spirituali agatur hoc in casu. Ita docent Imola, in c. cum contingat, nu. 95. de iureiur. Couuar. alios citans in c. quamuis, in d. 2. par. §. 6. nu. 4. Seraphinus priuileg. 101. quibus lubens subscribo.

CAPVT XXII.

Vtrum constitutio cap. quamuis de pactis lib. 6. locum habeat filia renunciante, & Monasterium ingressura.

REnunciatio hæreditatis paternæ facta à filia nuptui tradenda, si iuramento firmata fuerit, valet, vt in c. quamuis, de pactis, lib. 6. Sed an idem respondendum, si hæc fiat ab ea, quę velit ingredi Monasterium, non vsque adeò exploratum est.

Etenim nequaquam idem statuendum de filia ingressura Monasteriũ ex facto interrogati responderunt Felynus Sanderus, Bartholomæus Socinus, Philipus Corneus, & Carolus Ruinus, quorum responsa extant apud Ruinum in 1. vol. consl. 104. 205. 206. 207. eandem sententiam secutus est Franc. Becius, in consl. 74. nu. 12.

Argumenta verò sunt ista. Primum ex eo sumitur, quod non valet vlla conditio, pactum, aut aliud quiduis, quo animus à proposito ingrediendæ religionis abducatur, vt in Nouella 123. § si quis sub conditione; vel secundũ veterem translationem, in §. sed & hoc præsenti, in Authen. de Sanctissimis Episcopis. Sed talis renunciatio potest esse causa animum abducendi à proposito ingrediendi Monasterium, ergò non valet.

Assumptũ probatur, quia si filia non ingrediatur Monasterium, vel in eo non maneat, succedet patri in hæreditate, si verò ingrediatur, non succedet. Vt igitur hæreditatem consequatur, euenire potest, vt sententiam mutet, & abstineat ab ingressu religionis.

Secundum argumentum est ex eo, quod talis renunciatio locum habere intelligitur, si hæreditas fuerit renuncianti delata. Frustrà enim quis hæreditati renunciauerit, quam habiturus non est. Sed hæreditas hoc in casu non defertur filiæ, sed Monasterio, secundum cõmunem Doctorum sententiam, in c. in præsentia, de probatio. & per Alex. in l. 1. nu. 26. de vulgari, & pupill. ergo frustrà sit talis renunciatio, & nihil impedit, quò minus Monasterium, cui defertur hæreditas, succedere possit. Sicut renunciationem maternæ hæreditatis à filio factã patri, non obesse patri, in cuius potestate est filius, tradit Castren. in l. vlt. nu. 1. C. de bonis quæ liberis.

Sed contrariam sententiam veriorem esse puto, quã

A amplexus est Couuar. in d. c. quamuis, in 3. pàr. §. 2. nume. 2. & sequenti, Bartoli, & aliorum autoritate nixus, qui in cõmentarijs l. vlt. C. de pactis, censuerunt, talem renunciationem à filia ingrediente Monasterium factã, valere, si iuramento fuerit confirmata.

Fundamentum est firmissimum, in decisione d. c. quãuis, licet enim de filia matrimonio collocanda loquatur, ea tamen ratione nititur, quòd iuramentum sit seruandum: *Si nec vi, nec dolo præstitum sit, nec vergat in dispendium salutis æternæ, aut tertii præiudicium.* Quæ quidem ratio, quin & in proposita specie locum habeat, negari non potest. Quare cum Monasterium hoc in casu succedere non possit, nisi ex persona monialis, & illa iam exclusa fuerit renunciatione iurata, non video quo iure Monasterium eam hæreditatem vendicare possit.

Ad primum argumentum respondeo, frustrà hic timeri, ne animus à religione deterreatur, quoniam ea renunciatio argumento est animi planè deliberati, qui videli-

B cet omnibus bonis temporalibus valere iussis, Deo inseruire decreuerit.

Ad alterum argumentum patet responsio, quia hæreditas defertur quidem Monasterio, sed ex persona monialis. Ita enim fecit filia renuncians, vt nec ipsa succederet, nec Monasterium, sed hæreditas paterna, quæ alioqui ad se pertinuisset, si non ingressa esset Monasterium, vel ad Monasterium, ex persona sua, si non renunciasset, iam ad alios proximiores pertineat, qui à legibus post eam ad successionem vocantur.

Nec valet Castrensis traditio, quia filius patri suo, cuius in potestate constitutus est, præiudicare non potest, vt in d. l. vlt. Sed filia Monasterio quin præiudicare possit, nulla esse potest dubitatio. Facit enim renunciando, vt hæreditas ei non deferatur, sed alijs à lege vocatis, vt dictum est.

CAPVT XXIII.

C *Vtrum matris renunciatio iuxta formam c. quamuis, de pactis, lib. 6. noceat filijs præmoriente matre, quò minùs succedant in hæreditate aui.*

MAtris renunciationem præiudicare filijs, quò minus ex persona propria succedant auo, responderunt Ludouicus Roman. in l. qui superstitis, ff. de acquiren. hæred. Philippus Dec. in consl. 181. & in l. pactum dotali, C. de collation. Gulielmus de Benedictis in c. Raynutius, in verbo, Duas habens filias, nu. 181. de testam. Bellonus in consl. 15. nu. 5. Eugenius in consl. 98. nu. 6. Cassanæus in consl. 47. nu. 33. Surdus in consl. 133. nu. 11. & 12. lib. 1.

Fundamentum est, quia mater dote accepta renuncians, consecuta esse videtur hæreditatis partem sibi debitam, quia dos est loco hæreditatis. Satisfactio enim pro solutione habetur, l. satisfactio. ff. de solutio. Sed si

D mater successisset patri, proculdubio succedere non possent filij eius, quia mater eos præcessisset in gradu. Igitur idem statuendum videtur, vbi mater loco successionis dote fuit contenta, & satisfacta, quia est perinde, ac si hæreditatem habuisset. Præsertim verò si filij sint hæredes matris, & dotem maternam consecuti fuerint. Neque enim contra eius factum venire possunt, l. cum à matre, C. de rei vend. Aut bis idem exigere, vel tantundem, l. bona fides, de reg. iur.

Sed contrariam sententiam secuti fuere Bart. in d. l. qui superstitis, ff. de acq. hæred. Bal. in l. pactum dotali. in 2. quæstio. C. de collation. & ibidem Alexander, & alij quos refert, & sequitur Couuar. in dicto cap. quamuis, parte 3. §. 1. nume. 4. Crauetta, alios citans in consil. 703. lib. 4.

Fundamentum est, quia licet mater sit exclusa ob renunciationem, non tamen exclusi esse debent filij eius, qui ex persona propria succedunt, vt in simili habetur in l. si quis filio, ff. de iniusto rupto, & irr. test. Itẽ quia tacitã

habet

habet conditionem matris renunciatio, si hæreditas fuerit ei delata, d. l. qui superstitis. Cum itaque non matri præmorienti delata fuerit hæreditas: sed filius, nil eis obesse debet matris renunciatio.

Hæc posterior sententia videtur mihi verissima, quia vbi filia renunciat hæreditati paternæ, & dotem accipit, non dicitur accipere dotem hæreditatis loco, sed dote contenta, dicitur hæreditati adhuc sibi debitæ renunciare. Nam pater dotem filiæ tenetur dare, l. vlt. C. de dotis promiss. Et nihilominus filia patri succedit, conferendo tamen dotem, iuxta l. illam, C. de collatio. Ergo non videtur hæreditatem consecuta, seu loco hæreditatis dotem accepisse. Sed accepta dote nõ amplius succedere potest, quia renunciauit. Filij ergo eius, quibus hæreditas aui, ex persona matris, sed ex iure proprio defertur, eam vindicare possunt, cum neque renunciauerit, neque veniant ex persona renunciantis.

Et ideo ad argumentum respondetur, nec esse veram assumptionem, nec perinde statuendum esse, ac si mater successisset, quia dotem non accepit hæreditatis loco, sed dotem accepit sibi debitam à patre, hereditatem verò repudiauit, quam vltra dotem petere potuisset.

CAPVT XXIV.

Vtrum constitutio d. c. quamuis, de pactis lib. 6. locum habeat in eo casu, quo filia renunciauit hæreditati patris nulla accepta dote.



Aeterum, si filia sit diues, & maternam hæreditatem consecuta fuerit, vel alia bona, & gratis nulla dote accepta, renunciauerit paternæ successioni: Controuertitur, an sit locus Constitutioni d. c. quamuis. Et locum non esse responderunt Salicetus in l. pactum quod dotali, col. pen. C. de pactis, & Decius alios citans in l. pactum dotali, nu. 7. C. de collatio.

Fundamentum verò est, quòd dicta constitutio sit cõtra ius, & ideo restringenda ad eum casum, de quo loquitur. De eo autem casu loquitur, quo filia dotem accepit à patre, quando renunciauit.

Sed contrariam sententiam veriorem esse iudico, vnà cum alijs pluribus, quia semper illa ratio constitutionis viget. Seruandum esse iuramentum, quod absque dispendio salutis æternæ seruari potest, neque vergit in alterius detrimentum, & neque vi, neque dolo extortũ est, vt in ea constitutione habetur; Etenim & in proposita specie, in qua filia nullam dotem accepit, negari non potest, quin hæc ratio ex iuramenti religione petita, locum habeat.

Igitur communiorem sententiam sequi placet, ita docent Imola in l. qui superstitis, ff. de acquir. hæred. Alex. in l. stipulatio hoc modo, nu. 9. ff. de verb. oblig. Couuar. in cap. quamuis, in 3. par. §. 2. nu. 6. Ruinus in cons. 204. num. 6. lib. 1. Seraphinus priuileg. 20. post nu. 29. vers. Sed contra supradictam limitationem.

Non obstat argum. contrariæ sententię, quia licet verba constitutionis speciem istam non comprehendant, ratio tamen, quæ est anima, vt dicitur, ipsius legis, eam comprehendit, & hoc sufficit, vt locum habeat ipsa constitutio, argumento l. cum mulier, ff. soluto matrim. Ripa ad l. si constante, nu. 63. 64. ff. eod. tit.

CAPVT XXV.

Vtrum filia successioni paternæ renuncians, iuxta formam c. quamuis, de pactis, lib. 6. excludatur à legitima.



Iliam renunciantem paternæ successioni iuxta formam dicti c. quamuis, de pactis, lib. 6. à legitima non excludi responderunt Baldus ad Rub. ff. de iureiur. col. pen. vers. Non tamen credo. Romanus in l. qui superstitis, in 3. lim. ff. de acqui-

A renda hæred. Aretinus in l. 1. §. si quis ita, col. 5. ff. de verbor. oblig. Afflictus in c. si quis inuestierit, nu. 26. de feudo dato in vicem legis commissoriæ. Boerius decis. 3. nume 6. Grammancus decis. 57. nu. 26. & decis. 101. num. 6. Alios commemorat Gabrielius comm. concl. tit. de legitima, concl. 8. nu. 9. Menoch. cons. 71. lib. 1.

Fundamentum est præcipuum in l. si quando, §. & generaliter, C. de inoffic. testam. per quam legem probatur, per renunciationem generalem non censeri legitimæ renunciatum.

Sed contrariam sententiam magis probo, quam secuti fuere Castren. & Alexand. in l in ratione, ff. ad leg. Falcid. Bald. & Iason, in d. l. si quando, §. & generaliter, C. de inoffic. testam. Decius in cons. 26. Alexand. in cons. 181. lib. 5. & alij quos refert, & sequitur Didacus Couuar. in relect. d. c. quamuis, par. 3. §. 3. post nu. 3. & Seraph. priuileg. 70. nu. 10. & nu. 16. vers. Ego tamen.

B Probatur hęc sententia solido hoc fundamento. Nam legitima est pars successionis ab intestato, l. Papinianus, §. si quis mortis, ff. de inoff. testam. l. cum quæritur, C. eo. tit. In toto autem pars continetur, reg. In toto, de reg. Iur. lib. 6. Ergò in renunciatione successionis totius, continetur etiam hæc pars, nempe legitima.

Non obstat textus in d. §. Et generaliter, quia nihil aliud probat, nisi legitimæ non videri renunciatum à filio, quamuis legatum, quod erat minus legitima, simpliciter agnouerit, quæ res longè distat à proposita specie, in qua filia successioni in vniuersum renunciat. Verba textus hæc sunt: *Et generaliter definimus, quando pater minus legitima portione filio reliquerit, vel aliquid dederit, vel mortis causa donatione, vel inter viuos, sub ea conditione, vt hæc inter viuos donatio in quartam ei computetur: Si filius post obitum patris hoc, quod donatum, vel relictum est, simpliciter agnouerit, forte & securitatem heredibus fecerit, quod ei datum vel relictum est accepisse, non adijciens nullam sibi superesse de repletione quæstionem, nullum sibi*
C *filium facere præiudicium, sed legitimam partem repleri, nisi hoc specialiter siue in apocha, siue in transactione scripserit, vel pactus fuerit, quòd contentus relicta, vel data parte, nullam de eo, quod deest, habeat quæstionem.* Hactenus Imperator.

CAPVT XXVI.

Sequuntur matrimoniales controuersiæ, quarum prima est de ætate contrahendi sponsalia, an debeat esse annorum septem.



I malitia ætatem suppleat, etiam ante septimũ annum contrahi sponsalia posse, autores sunt Glossa in c. inuenis, de sponsalibus, & ibidem Præpositus. Io. Andr. Dominicus, & Francus in c. vno, de sponsalibus lib. 6. Bald. in cons. 44. lib. 4. & Didacus Couuar. in Epitome de sponsalib. c. 2.

D Horum fundamentum est; Quòd nulla sit ętas sponsalibus contrahendis definita, ideoq; effici possint, si modò id fieri ab vtraque parte intelligatur; vt dicebat Modestinus in l. in sponsalibus, 14. ff. de sponsalibus. Et licet annorum septem fiat mentio, illud est, quia ante septem annos vix aliquid homines intelligunt, quòd si quid agant, intellexerint, nihil prohibet, quin & ante dictum tempus, contrahi possint. Nam & matrimonia ante annum duodecimum contrahi non posse constitutum est in fœmina, & decimum quartum in masculo, vt in c. cõtinebatur, & in c. attestationes, de desponsat. impub. & tamen si malitia ætatem suppleat, etiam ante dictum tempus contrahi possunt, vt in c. de illis, & in c. vlt. eo. tit.

Sed contraria sententia mihi probabilior videtur, nullo modo ante septennium effici posse sponsalia, hanc secuti sunt Panormitan. in c. iuuenis, de sponsalib. Francus in Rubr. de testam. in 6. vers. Primò prohibetur, Brunellus de sponsalib. conclu. 4.

Fundamentum est firmum; quia Leges, & Canones requi-

requirunt septennium, neq; antè existimant quenquã intelligere, quid agat. Quòd si antè quispiam intelligat, id rarum est, & vix credibile, Ideoque ad eum casum non respiciunt, l. nam ad ea. ff de legibus. A

Tempus annorum septem, ad sponsalia contrahenda legibus Canonibusque requiri patet. Primum ex d.l. in sponsalibus, 14. ff de sponsalibus, vbi Modestinus dicit: *Quapropter & a primordio ætatis sponsalia effici possunt, si modò id fieri ab vtraque persona intelligatur, idest, si non sint minores, quam septem annis.*

Secundò id probatur ex c. literis, ex c. accessit, & ex c. ad dissoluendam, de desponsatio. impub. in illis verbis. *Quia desponsationes, & matrimonia ante septem annos fieri non possunt.* Et rursus ibi: *Pronunciamus inter iuuenem, & puellam, nec matrimoniũ, nec sponsalia, fuisse contracta: Cum constet puellam nondum ad septennium peruenisse.*

Ex his patet responsum ad argumentum contrariæ sententiæ.

CAPVT XXVII.

Secunda controuersia. Cum matrimonium præsumatur ex copula carnali, vbi sponsalia præcesserunt: Vtrum probatio in contrarium admittatur per confessionem partis.



CVm sponsalia præcesserunt, & subsequitur carnalis coniunctio, matrimonium præsumitur, cap. is qui fidem, de sponsalibus. Sed controuersi iuris est, an contra talem præsumptionem, probatio in contrarium admittatur ex confessione ipsarum partium: Et admitti existimarunt Panormitanus in d.c. is qui fidem, Felyn. in c. quanto, nu. 3. de præsumpt. Alciatus de præsumptionibus in secundo præmisso, nu. 8.

Fundamentum est illud, quòd contra præsumptionẽ iuris, probatio in contrarium admittatur, ex doctrina C Glos. in l. in contractibus, in verbo, *Nullo modo*, C. de nõ nu. pecun. & in c. attestationes, in ver. Euasisse, de despõsatio. impub.

Sed contrariam sniam sequor, quam secuti fuere Couuar. in Epitome de sponsalib. in 1. par. c. 4. §. 1. num. 4. & Menochius de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 1. nu. 12.

Probatur hæc snia duobus argumentis. Primum est ex d.c. is qui fidem, de sponsalibus, vbi Summus Pontifex ita dicit: *Is qui fidem dedit mulieri super matrimonio contrahendo, insuper carnali copula subsecuta, etsi in facie Ecclesiæ ducat aliam, & cognoscat, ad primam redire tenetur: Quia licet præsumptum primum matrimonium videatur, contra præsumptionem tamen huiusmodi non est probatio admittenda.*

Quibus verbis patet ita matrimonium ex copula præsumi, vt in contrarium probatio non admittatur. Quòd autem admittatur probatio ex confessione partis, nõ habetur in eo textu, nec alibi. D

Et quamuis Glossę iuris, & alij & Doctores velint probationem admitti, quæ prouenit ex confessione partis, non tñ in hac specie loquuntur, sed in alia longè diuersa.

Cur autem in hac specie non idem sit dicẽdum, ea est ratio, quòd confessio coniugum, quatenus ad matrimonium infirmandum spectat, non valet, vt statim dicam in sequenti argumento.

Alterum igitur est argumentum, q; in matrimoniali cã confessioni coniugum non creditur, vt in c. super eo, de eo qui cognouit consanguineam vxoris suæ. ibi. *Tua Fraternitati respondemus, quod propter eorum confessionẽ tantum, vel rumorem viciniæ, separari non debent, cum & quandoque nonnulli inter se contra matrimoniũ velint colludere.* &c. Etsi.n. Pontifex loquatur, vbi matrimonium iam est contractum, & de eo dissoluendo agatur, tñ & in proposita specie cõtractũ esse dr, quia ita lex præsumit, & credit, quare talis cõfessio ipsum matrimoniũ infirmaret.

Ad argumentum sentẽtiæ diuersę iam responsum est.

A

CAPVT XXVIII.

Vtrum sponsalibus præcedentibus, & secuta copula carnali per metum mortis illatum, præsumendum sit matrimonium.



TErtia est controuersia, Vtrum ex carnali copula subsecuta præsumatur matrimonium, sponsalibus contractis: si sponsus, & sponsa metu mortis illato, coacti sint coire. Et matrimonium esse præsumendum, Hostiensis censuit, in c. is qui fidem, de sponsalib. Petrus de Palude, in 4. Sentent. dist 29. q. 1. art. 4. & ibid. Dominicus Sotus, art. 3. col. pen. vers. Sed quia, Didacus Couuar. in Epitome de sponsalib part. 1. c. 4. §. 1. nu. 11.

Contrarium responderunt Abbas, & Præpositus in c. consultationi, de sponsal, Antonius Butrius, & Henric. Boic. in d.c. is qui fidem, eod. tit. Parisius in cons. 58. nu. B 69. lib. 4. D. Antoninus in Summa, in 3. par. tit. 1. c. 7. ad finem, Durandus in 4. Sentent. dist. 29. quæst. 2. & Martinus Nauarrus in Manuali Confessariorum, c. 22. num. 51. vers. Tertium.

Tertia est sententia Menochij, lib. 3 de præsumpt. pręsumpt. 4. nu. 31. distinguendum esse inter sponsum, & sponsam. Nam si sponsus coactus fuerit coire cum sponsa, matrimonium erit præsumendum, secus autem si spõsa fuerit coacta.

Prioris sententiæ argumenta sunt ista. Primum, quia si matrimonium hoc in casu non præsumeretur, fornicatio esset præsumenda, & sic mortale peccatum. Sed peccatum non est præsumendum, Ergò matrimonium præsumi debet. Minor patet. Maior autem probatur, quia metus illatus à peccato non excusat, c. Sacris, de his quæ vi, vel metus causa fiunt.

Secundum argumentum. Voluntas coacta, aliquo modo est uoluntas, c. meritò is, quæst. 1. l. si mulier, §. si metu, ff. de eo quod metus causa. Ergò etsi metus intercesserit, matrimonium tamen erit præsumendum. C

Tertium argumentum. Nam talis non est metus cadens in constantem virum, qui matrimonium impedire solet, c. veniens, & c. Consultationi, de sponsalib. Nam si sponsus dicat, se fornicandi animo coiuisse, peccat. Debet autem quis mortem potius eligere, quam vt peccato mortali consentiat.

Secundæ opinionis fundamentum est, quia matrimonium debet esse liberum, & si metu contrahatur, nullius est momenti, c. cum locum, de sponsalib. Cum igitur hic metus interueniat, quo ad coniunctionem impelluntur sponsus, & sponsa, matrimonium non videtur præsumendum.

Tertiæ autem sententiæ fundamentum est, quòd in sponso metus considerari non possit, quia is impediret desiderium, sine quo frustra est conatus.

Ego eorum sententiam amplector, qui negant matrimonium esse præsumendum, & moueor authoritate textus in c. cum locum, de sponsalib. vbi Summus Pontifex ita dicit. *Cum locum non habeat consensus, vbi metus, vel coactio intercedit, necesse est, vt vbi assensus cuiusque requiritur, coactionis materia repellatur. Matrimonium autem solo consensu contrahitur, & vbi de ipso quæritur, plena debet securitate ille gaudere, cuius est animus indagandus; ne per timorem dicat, sibi placere, quod odit, & sequatur exitus, qui de inuitis solet nuptiis prouenire.* D

Ad primum argumentum respondeo; Illud locum habere, cum res est in obscuro, vel si sponsus, & sponsa fateantur, se animo contrahendi matrimonij coiuisse, At secus, ubi constat metum illatum, & is, qui metum passus est, contrarium asserit.

Ad secundum respondeo. Esse quidem aliquam volũtatem eam, quæ coacta est, sed non talem, qualis in matrimonio contrahendo requiritur, quia debet esse prorsus libera, & plena securitate gaudere.

Ad tertium respondeo, metum mortis esse talem, qui

in conſtantem virum cadat, l.7.& 8.ff.de eo quod metus cauſa, & licet nõ debeat quis peccare mortaliter propter mortis periculum, non tamen hic directè ad peccatum inducitur, ſed ad copulam carnalem matrimonij cauſa. Cum autem matrimonium pendeat ex libera hominis voluntate, non poteſt ex copula per vim & metum ſubſecuta induci.

Ad argumentum poſtremæ opinionis reſpondetur, Accidere poſſe, vt poſt illatum metum prouocetur copulæ deſiderium, ac in id potius conſentiat ſponſus, quam vt occidatur.

CAPVT XXIX.

Vtrum matrimonium præſumatur ex copula ſecuta cum ſponſa incerta, puta ſi vnam ex tribus puellis quis promiſerit ſe accepturum in coniugem, & alteram carnaliter cognouerit.



QVarta eſt controuerſia, vtrum matrimoniũ præſumatur ex copula carnali cum incerta ſponſa. Vt puta, ſi quis ex tribus puellis iurauerit, ſe vnam vxorem ducturum, & vnam ex eis cognouerit.

Duplex eſt Doctorum ſententia, Altera matrimoniũ non præſumi. Autores ſunt Ioan. Andr. Ant. Butr. Henric. Boic.& Cardinalis in c.ex litteris, 2.de ſponſalib. poſt Gloſ. ibi.

Et fundamentum eſt, quòd talia ſponſalia, tanquam incerta, nullius eſſe momenti videantur, argum. textus in cap.1.§.vlt. de ſponſalib. lib.6.ibi. *Cum ex ſponſalibus conditionalibus ante conditionem extantem, ſicuti conſenſum non habentibus, & incertis, nulla publica honeſtatis iuſtitia oriatur.*

Altera eſt ſententia matrimonium præſumi. Autores ſunt Hoſtienſis, & Abbas, in d.c.ex litteris. D. Antoninus in Summa, par.3. tit.1.c.18. col.2. Pierius in Summa, in verbo, Matrimonium, 1.quæſt.11. Couuar.in Epitome de ſponſalib. par.1.c.4.§.1.nu.17. & Menochius de Præſumpt. lib.3. Præſumpt.1.nu.13.

Fundamentum eſt: quoniam is, qui ſic promiſit, vnam ex dictis puellis in vxorem ducere tenetur: Eam ergò, quam cognouit, præſumitur vxorio, & maritali affectu cognouiſſe, ad tollendam fornicationis pręſumptionem, vt in c.is qui fidem, de ſponſalib.

Et hæc ſnĩa videtur mihi probabilior. Nec obſtat textus in argumento allatus, quia loquitur de ſponſalib. ſub conditione factis, nec prorſus negat eſſe valida, ſed non oriri ex eis publicæ honeſtatis iuſtitiam.

CAPVT XXX.

Vtrum, ſi poſt contracta ſponſalia, non ſequatur copula carnalis; ſed nixus ad copulam, matrimonium præſumatur.



QVinta controuerſia, Vtrum matrimonium præſumatur, ſi poſt ſponſalia contracta, nõ ſequatur copula carnalis, ſed tantum nixus ad ipſam.

Et præſumendum eſſe cenſuerunt Io. Calderinus, & Præpoſitus, in c.vlt. de ſponſalib.

Quorum fundamentum eſt, quia nixus ille præſumẽdus eſt maritali affectu ſecutus, vt ſic mala peccati ſuſpicio euitetur. Vndè, quemadmodum ſecuta copula, matrimonium præſumitur, vt in c.is qui fidem, de ſponſalibus ita præſumendum videtur ex tali nixu ad copulam.

Altera eſt ſententia, vera & cõmunis, nõ eſſe matrimonium præſumendum, ex tali conatu. Ita docuerunt Abbas, in c.vlt. de ſponſalib. Io. Andr. Dominicus, & Francus, in c.1. §.idem quoque, de deſponſatio. impub. lib.6. Syueſter Pierius, in verbo, Matrimonium, 2.q.16. Aretinus in conſ.142.nu.5. Alciatus de præſumpt. reg.3.præſumpt.38. Couuar.in Epitome, de ſponſalib.par.1.cap.4.

A §.1.num.19. & Menochius de præſumpt. lib.3. præſumptio.1.num.48.

Probatur hæc ſententia ex c.vlt. de ſponſalib. vbi Sũmus Pontifex Gregorius IX. ita dicit. *Adoleſcens, qui de ſponſatam ſibi per verba de futuro, licet ſæpe niſus fuerit, carnaliter non cognoſcens, cum alia poſtmodum per verba de præſenti contraxit, non primam, cum qua nec fuit verum matrimonium ex forma contractus, nec præſumptum, cum conatus non habuiſset effectum, ſed ſecundam debet habere coniugem.*

Non obſtat, ſi dicatur in ea ſpecie conatum non habuiſſe effectum ob ætatis defectum, quia non hoc ibi dicit Summus Pontifex, & contrarium eſt credendũ, quia is adoleſcens dicitur, qui eſt pubes, l. Aurelio, §.1. ff.de libertate legata.

Ad argumentum reſpondetur, cum carnalis copula ſequitur, matrimonium præſumi, non tam vt ſiniſtra peccati præſumptio tollatur, quàm ex eo, quod ipſa carnalis
B copula matrimonij propria eſt, & illud maximè indicare videtur, quæ ratio in ſolo conatu non habet locum.

CAPVT XXXI.

Vtrum ex deductione in domum ſponſi, matrimonium præſumatur, vbi ſponſalia præceſſerunt.



SExta controuerſia, Vtrum matrimonium ex præcedentibus ſponſalibus, & traductione in domum ſubſecuta præſumatur. Et præſumi reſponderunt Io. Andr. in c.vlt. de ſponſalib. Angel. in §.vlt. in Authen. Quibus modis naturales efficiantur legitimi. Decius in c.iurauit, colum.1. de probatio. Illuſt.& Reuerend. Cardinalis Palcotus, in tract. de Nothis, & Spurijs, c.19.nu.6.

Fundamentum eſt in l.mulierem, ff.de ritu nupt. ibi. *Mulierem abſenti per litteras eius, vel per nuncium poſſe nubere placuit, ſi in domum eius deduceretur*, &c. Et rurſus
C ibi. *Deductione enim opus eſſe*, &c. Et in l.Seia, ff.de donatio. inter uir.& vxo. quæ tamen nihil facit, & in l.cui fuerit, ff.de cond.& demonſtr.

Cæterum, non præſumi matrimonium hac in ſpecie reſponderunt, Ioã. Calderinus, Antonius Butrius, Abbas, & Præpoſitus, in c.vlt. de ſponſalib. Aretinus in conſil.142.nu.6. Baldus Nouellus, de Dote, par.11. in ſecundo membro, num.18.

Fundamentum eſt, quòd in iure Canonico, quod tamen maxime inſpiciendum eſt in materia iſta matrimonij, cum ſit ſpiritualis, nullus ſit locus, quo deduci poſſit, ex traductione in domum, matrimonium præſumi, tantum enim præſumitur, ex copula ſubſecuta, vt in c.is qui fidem, de ſponſalib.

Tertia eſt ſententia Alciati, de præſumpt. reg.3.præſumpt.38. nu.1. vt ſi quidem certum ſit, copulam ſecutã non eſſe, poſterior ſententia uera ſit, ſecus ſi ſit dubium,
D quia tunc præſumitur ipſa copula, iuxta illud:

A iuuene & cupido credatur reddita virgo?

Quarta eſt ſententia Couuar. in Epitome de ſponſalibus, par.1.cap.4 §.2. in principio, matrimonium induci ex traductione in domum duobus in caſibus. Primus eſt, quando eſt dubium, an ſponſalia præceſſerint per verba de præſenti, an verò per verba de futuro, tunc enim præſumuntur eſſe contracta per verba de præſenti ex traductione in domum. Secundus caſus eſt, cum ſponſa in domum ſponſi eſt deducta, cum eo apparatu, & pompa, qua mulieres verè nuptæ deduci ſolent.

Poſtrema eſt ſententia Iacobi Menochij, de præſumptio. lib.3. præſumpt.1.num.55. Iure Ciuili matrimoniũ præſumi, ex deductione in domum mariti, ſecus autem iure Canonico.

Ego ſanè eorum ſententiæ magis adſtipulor, qui matrimonium præſumendum ſtatuerunt, Nam experientia rerum magiſtra nos docet, non ſolere domum deduci ſponſas, niſi vt matrimonium conſumetur, & tatis hęc ſententia probatur ex d.l.mulierem, ff.de Ritu nupt. &

l.quæ-

l. quęſitum eſt, de ſponſalib. Nec contrarium iure Canonico eſt conſtitutum, quod potiſſimum inſpiciēdum eſt, vbi de re ſpirituali agitur, veluti de matrimonio, & ſimilibus: attamen & ius ciuile, quòd attinet ad ea, quæ ex facto colligi, & præſumi debent, repudiandum non eſt, vbi Canones non aduerſantur.

CAPVT XXXII.

Vtrum, ſi ſponſalia præceſſerunt per verba de præſenti inter impuberes, & adueniente pubertate, ſequantur actus coniugales, veluti oſcula, amplexus, & ſimilia, non tamen copula, matrimonium inducatur. Controuerſia ſeptima.

VEra & communis eſt ſententia præſumi matrimonium, ita docent Gloſ. in c. 1. §. illud, de deſponſatio. impub. lib. 6. Henric. Boich, in c. atteſtationes, eod. tit. Bald. in conſ. 194. lib. 3. & alij, quos refert, & ſequitur Menochius de præſumpt. lib. 3. c. 1. nu. 64.

Fundamentum eſt firmiſſimum in d. c. 1. §. 1. de deſpōſatio. impub. lib. 6. vbi Summus Pontifex ita dicit: *Idem quoque ſi pubes, vel impubes, vel duo impuberes non proximi pubertati, et in quibus ætatem malitia non ſupplebat, per verba contraxerint de præſenti, ſponſalia enim illa, quæ iuris interpretatione tantum fuerunt ſponſalia, de futuro (licet verba conſenſum exprimentia de præſenti haberent, & matrimonium contrahere intenderent) contrahentes, per aduentum pubertatis, in matrimonium non tranſeunt, de præſenti, nec matrimonium (quod vt matrimonium ætate non tenuit prohibente) per lapſum dicti temporis conualeſcit, niſi per carnis copulā ſubſecutam, vel aliquem modum* (hæc verba faciunt ad rem noſtram) *alium contrahentes eoſdem cum eiuſdem perſeuerantia voluntatis ad pubertatis tempora perueniſſe conſtiterit euidenter.*

Huic ſententiæ refragatur Couuar. in Epitome de ſpōſalib. par. 1. c. 4. §. 2. nu. 3. bis argumentis. Primum, quia hæc ſponſalia intelliguntur eſſe de futuro, & facilius diſſoluuntur, quàm ſponſalia, quæ re & verbis futurum cōſenſum præſeferunt, vt probatur in c. de illis, de deſponſa. impub. Ergò non debent facilius hęc, quàm illa in cōiugium tranſire. Illa enim in coniugium tranſeunt, per copulam duntaxat, vt in c. is qui fidem, de ſponſalib.

Reſpondeo, facilius in coniugium tranſire, quia ſunt ſponſalia de præſenti, licet enim iuris interpretatione in ſponſalia de futuro reſoluantur, tamen ſi perſeuerantia voluntatis appareat, ex copula, vel aliquo alio modo, duplex conſenſus oritur. Vnde duplex funiculus magis ligat.

Secundum argumentum. Matrimonium poſt ſponſalia non datur, niſi ex conſenſu denuò expreſsè præſtito, vel tacitè præſumpto, per copulam, ſimileue ſignum, atque ita vrgentem coniecturam, c. vlt. de ſponſalib. Ergò ex amplexibus, oſculis, & ſimilibus, præſumi non debet.

Reſpondeo, immò eſt præſumendum. Nam quis negauerit oſcula, & amplexus actus eſſe coniugales, & ex quibus voluntatis in matrimoniū conſtantia maximè apparet? Sufficit aūt voluntatis perſeuerantiam apparere, ſiue ex copula, ſiue ex alio aliquo modo, vt docet Summus Pontifex in d. c. 1. §. 1. de ſponſa. impub. lib. 6.

Tertium argum. Summus Pontifex in c. 1. §. 1. de deſponſatio. impub. lib. 6. vt conſenſus hoc in caſu pręſumatur, copulam requirit, vel aliud ſimile. Abſurdum autem videtur oſcula, & amplexus copulæ comparare.

Reſpondeo; Non eſſe abſurdū in hac ſpecie, quia alius modus præter copulam, quo conſenſus demonſtretur, vix reperietur probabilior, cum tales actus non niſi inter coniuges honeſtè exerceri poſſint.

Quartum argum. Canon requirit, vt de conſenſu conſtet euidenter alio modo, quàm per copulam, vt in d. c. 1. §. 1. Nullibi autem iure Canonico probantur tales coniecturæ, quæ oriuntur ex amplexibus, & oſculis.

Reſpondeo. Etſi nō expreſsè probatæ ſint iure Canonico, non tamen improbantur, aut improbabiles exiſtūt. Nam & ex coniugali affectione fieri videntur, & ita præſumendum eſt, vt peccati præſumptio euitetur.

Illud non inficior, ꝙ Couuar. docet alium eſſe modū, quo euidenter appareat voluntatis, & conſenſus perſeuerantia, præter copulam, & actus iam dictos, nempe ſponſæ traductionem ad domum ſponſi, vel ſubarrationem.

CAPVT XXXIII.

Vtrum ſponſalia diſſoluantur propter ſponſi abſentiam, ita tamen vt iuris ciuilis diſtinctio ſit ſeruanda.

OCtaua controuerſia. Sponſalia diſſolui propter ſponſi abſentiam ſatis conſtat, ea diſtinctione adhibita, vt exſpectari per trienniū debeat, l. 2. C. de Repudijs. Vel per bienniū, ſi in eadem ſit prouincia, l. 2. C. de ſpōſalib. niſi iuſtum impedimentum illum abeſſe cogat, quia tunc expectandus eſt, donec impedimentum ceſſet, l. Sæpè, ff. eod. tit.

Iam controuerſia eſt, an hæc diſtinctio locum habeat etiam inſpecto iure Canonico. Et locum habere reſponderunt Ioan. Andr. Hoſtienſ. & Antonius Butrius, in c. de illis, de ſponſalib. Syluester Pierius in Summa, in verbo, ſponſalia, q. 10. Abbas in c. ſicut, de ſponſalib.

Fundamentum eſt, quòd ea diſtinctio iure Canonico non improbetur. Quod autem iure Ciuili conſtitutū eſt, etiam Canones imitantur, niſi contrarium ſtatuant, c. 1. & 2. de oper. noui nunc.

Cæterum, contrariam ſententiam habuerunt, idem Abbas, Cardinalis, & Præpoſitus in d. c. de illis, Didac. Couuar. in Epitome de ſponſalib. in 1. p. c. 5. nu. 7.

Et hæc ſententia mihi probabilior videtur. Nam quid ſit hac de re Sacris Canonibus conſtitutum, habetur in d. c. de illis, in hæc verba: *De illis autem, qui præſtito iuramento promittunt ſe aliquas mulieres ducturos, & poſtea eis incognitis dimittunt terram, ſe ad partes alias transferentes, hoc tibi volumus innoteſcere, quòd liberum erit mulieribus ipſis, ſi non eſt amplius in facto proceſſum, ad alia ſe vota transferre, recepta tamen de periurio pœnitentia, ſi per eas ſteterit, quò minus fuerit matrimonium conſummatum.*

Hic non adhibetur vlla temporis, aut loci diſtinctio, ſed Summus Pontifex liberum eſſe vult mulieri ad alia vota tranſire. Non ergò vlla diſtinctione opus eſſe videtur, ſi verſemur in ea ſpecie, de qua ipſe Pontifex ibi loquitur, nempe, de illis, qui poſt contracta ſponſalia ſe ad alias partes transferunt. Nam ſi in eadem prouincia reperiantur, & aliquo iuſto impedimento cogantur abeſſe, non puto à iuris Cæſarei diſtinctione recedendum.

Ex his patet reſponſum ad argumentum in contrarium.

CAPVT XXXIV.

Si pubes ſponſalia contraxit cum impubere, per verba de præſenti, an aliam ducere vxorem poſſit, poſteaquam ſciuit, impuberem, iam factum puberem, matrimonio conſenſiſſe.

NOna controuerſia. Pubes cum impubere matrimonium contraxit per verba de præſenti, poſteà impubes adulta ætate ſuperueniente, conſentit matrimonio, vtrum poſtquam id ſciuit, aliam ducere vxorem poſſit. Et non poſſe reſpondit Syluester Pierius in Summa, verbo, Matrimonium, quinto, quæſtio. 8. & Gozadin. in conſil. ſecundo, numero 11. 27. & 28.

Fundamentum eſt; Quia pubes à ſponſalib. ita contractis recedere non poteſt, vt in c. de illis, 2. de deſponſatione impuber. Ergò cum ſciat alterum iam factū puberem

de nouo consentire, non potest aliam ducere in vxorem. Neque enim consensus nouus ex parte ipsius puberis requiritur, licet ex parte impuberis requiratur.

Sed contrariam sententiam amplexi fuere Baldus in cons. 194. & 200. lib. 3, Ruinus in cõs. 203. lib. 1. Couuar. in Epitome de sponsalibus, in prima par. c. 5. §. 1. nu. 7 8. quibus & ipse assentior.

Probatur hæc sententia ex c. vnico, §. 1. de desponsatione impub. lib. 6. cuius hæc sunt verba: *Idem quoque si pubes, & impubes, vel duo impuberes non proximi pubertati, & in quibus ætatem malitia non suppleat, per verba contraxerint de præsenti. Sponsalia enim illa, quæ Iuris interpretatione tantum fiunt sponsalia de futuro, licet verba consensum exprimentia de præsenti haberent, & matrimoniũ contrahere intenderent contrahentes, per aduentum pubertatis in matrimonium non transeunt de præsenti. Nec matrimonium, quod vt matrimonium, ætate non tenuit, prohibente, per lapsum dicti temporis conualescit. Nisi per carnis copulam subsecutam, vel aliquem alium modum contrahentes eosdem cum eiusdem perseuerantia voluntatis ad pubertatis tempora peruenisse constiterit euidenter.*

Respondet Pierius illa verba, *Contrahentes eosdem*, intelligenda esse eo in casu, quo ambo contrahentes impuberes existant. Nam si unus sit pubes, eius nouus consensus non exigitur.

Confirmatur hęc interpretatio ex verbis sequentibus textus: *Contrahentes eosdem cum eiusdem perseuerantia voluntatis ad pubertatem peruenisse*, quæ quidem verba locum sibi vendicant in duobus impuberibus, vt patet.

Sed durum est contra stimulum calcitrare. Ait enim tex. in princ. *Idem quoque, si pubes & impubes, vel duo impuberes*, &c. Et sic loquitur expresse ac disertè, cũ pubes cõtrahit matrimonium cũ impubere, & tandem in fine requirit, vt ambo in eadem voluntate perseuerent, ibi: *Eosdem cum eiusdem perseuerantia voluntatis*, &c.

Non obstant illa verba, *ad pubertatis tẽpora peruenisse*, quia non excludunt alium casum, cum scilicet alter tantum ad pubertatem peruenit, quoniam & hunc casum in princ. S. Pont. inseruit. Itaque illa verba: *Eosdem ad pubertatis tempora peruenisse*, intelligenda sunt de ambobus, si ambo fuerint impuberes, vel de altero tantum, si alter eorum tantum impubes extiterit.

Ad argumentum Pierij respondeo, illud hoc in casu locum non habere, cũ scilicet pubes contrahit sponsalia cum impubere. Nam cum ex parte impuberis necessaria sit perseuerantia, videtur etiam necessaria, ex parte puberis, quia solus ille consensus ex parte puberis, qui primò interuenit, non sufficit ad inducendum matrimonium, neq. n. matrimoniũ cõtrahitur ex consensu vnius tantũ.

Vt ergo matrimonium contrahatur, perseuerantia requiritur ex vtriusque parte. Neque enim licet puberi effecto allegare alterum ex antiqua promissione obligatũ sibi fuisse, cum ipse illi non esset obligatus. Et quoniam Iuris interpretatione, quæ gesta sunt, sponsalia de futuro intelliguntur, vt docet Summus Pontifex, necessariò inde efficitur nouo vtriusque consensu opus esse.

CAPVT XXXV.

Vtrum ex cohabitatione viri, & mulieris matrimonium præsumatur, ad hunc effectum, vt filij habeantur pro legitimis, vbi discutitur: an filius in dubio præsumatur legitimus, nec ne.



DEcima controuersia. Vtrum ex cohabitatione viri, & mulieris matrimonium præsumatur, quoad hunc effectum, vt filij nati legitimi sint censendi.

Duæ sunt contrarię Doctorum sententię, Altera affirmans. Altera negans.

Affirmantis autores sunt Panorm. in c. Lator, qui filij sint legitimi. Felyn. in c. per tuas, de probatio. Dec. in c. Ecclesia, nu. 39. de Constit. Curt. iun. in cons. 52. col. 1. Ia-

A son in cons. 168. lib. 4. Aleiatus de præsumpt. regula 2. præsumpt. 5. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 1. n. 77.

Negantis autem sententiæ autores sunt Henric. Boic. in d. c. Lator, qui filij sunt legit. Alciatus de præsumptio. Regula 3. præsumpt. 1. nu. 12.

In eandem sententiam propendet Couuar. in Epitome de sponsal. in 2. par. c. 1. post nu. 5.

Atque eidem sententiæ adstipulantur tacitè omnes, qui docent filium in dubio non præsumi legitimum, sed spurium. Ita Natta in cons. 421. nu. 9. & 473. nu. 33. Dec. ad l. si emancipati, nu. 9. C. de collatio. Ruin. in cons. 63. nu. 5. lib. 2. D. Cephal. in cons. 593. nu. 2. lib. 4. Menoch. in cons. 60. nu. 12. lib. 1.

Quemadmodum & priori sniæ tacitè adstipulantur, qui putarunt filium in dubio legitimũ præsumi. Ita Bald. in cons. 437. Tirius, lib. 5. Io. Faber in §. vlt. in Instit. de Adoptio. Cepolla Cautela 118, Quis in dubio. Ruin. in cons. 109. num. 37. lib. 3. Marianus Socin. sen. in cons. 23.
B nu. 19. lib. 1. Berous in cons. 19. nu. 10. lib. 2. Cotta in Memorial. in verbo, *Filius præsumitur*. Illust. & Reuerẽdiss. Cardinalis Paleotus in tract. de Nothis, & Spurijs, c. 19. nu 3, Menoch. de præsumpt. lib. 6. præsumpt. 54. nu. 20.

Prioris sententię argumenta sunt ista. Primum, cum necesse sit aliquem nasci ex licito, aut ex illicito concubitu, præsumendus est potius natus ex licito, quàm ex illicito. Nam vbi duæ tales præsumptiones oriri possunt, illa, quæ delictum excludit, obtinere potius debet, quam contraria, ex traditis per Bar. in l. non solum, §. sed vt probari, nu. 5. ff. de oper. no. nunc.

Secundum est ex c. Lator, qui filij sunt legitimi, vbi patet illi onus probandi incubuisse, qui obiecit filium non esse natum ex legitimo matrimonio.

Tertium est ex l. miles, §. defuncto, ff. ad legem Iuliã, de Adult. vbi patet filium ex viro, & vxore natum præsumi, licet uxor adulterium aliquando commisisset.

Quartum est ex c. accedens, de purgatione Canonica,
C vbi Innocentius respondit, eum, qui ad sacros ordines promoueri cupit, se legitimè natum probare debere, si fama sit eum non fuisse ex legitimo matrimonio natum. Ergò cessante tali fama, præsumi videtur natus ex legitimo matrimonio, nec tenetur id probare.

Quintum. Spurij dicuntur esse manci, & imperfecti, c. 3. Sapientiæ. Ergò nullus talis est præsumendus.

Postremum argum. illud est, quòd spurij videntur esse infames, tanquam nati ex concubitu illicito, quare in dubio nemo est spurius pręsumendus, quia nec in dubio delictum pręsumendum, l. meritò, ff. pro socio.

Posterioris sniæ argum. duo sunt pręcipua. Primũ est, quia vt filius sit legitimus, necesse est eũ ex legitimo matrimonio natum esse, l. filium definimus, ff. de his qui sui vel alieni Iuris sunt. Matrimoniũ ergò est probandum, quia ex facto procedit, quod quidem factũ non pręsumitur, l. in bello, §. factę, ff. de capt. & postlim. reuers. Si ergò non probetur, filius pręsumitur illegitimè natus.

D Alterum argum. est ex c. aliter, 30. q. 5. in illis verbis; *Ita peracta, legitima scitote esse cõnubia, aliter verò præsumpta, non connubia, sed adulteria, vel cõtubernia, vel stupra, aut fornicationes potius, quàm legit. cõiugia esse, nõ dubitatur.*

Respondent contrariæ sniæ autores; Matrimoniũ quidem non præsumi, quoad ipsos cohabitantes, sed pręsumi quoad filios. Contrà Henric. Boic, id fieri non posse, contendit, quia vt filius legitimus esse pręsumatur, debet etiam pręsumi legitimum matrimonium.

Ego priorem sententiam probabiliorem esse iudico. Et ad argumenta contrarię opinionis sic respondeo.

Ad primum respondeo, matrimoniũ quidem esse facti, sed tñ & concubitum illicitum esse facti. Cum ergò alterutrũ sit præsumendũ, nempe aliquẽ esse natũ ex legitimo matrimonio, vel ex illegitimo cõcubitu, existimo benigniorem sniam amplectendam potius, quam cõtrariam, cum in dubio delictum pręsumendũ non sit, & illa pręsumpt. sit potior, quę delictum ipsum excludit.

Ad secundum argumentum respõdeo, textum in d. c. aliter,

aliter, 30.q.5.nō illud velle, vt filius præsumatur spurius, A vel turpis ac illicitus concubitus, in dobio, sed hoc tantùm, vel legitimum sit coniugium, si vxor petatur, & à parentibus & proximioribus sponsetur, & dotetur, & suo tempore à Sacerdote benedicatur; Aliter verò, si quis audeat, seu præsumat, non illud esse legitimum coniugium.

Cæterùm, si nec primum nobis constet: Nempe, ita legitimè peractum esse, nec secundum; Nempe, si nec constet, ea non fuisse peracta, quæ Summus Pontifex commemorat, vtrum in obscuro sit à nobis potius præsumendū, eum, qui dicitur esse natus ex Titio & Seia, natum fuisse ex illicito concubitu, quàm ex licito, in eo loco Summus Pontifex non decidit. Præsumit quidem in deteriorem partem, vt Glos. ibi dicit, sed non in dubio.

Verùm eo in casu, de quo loquitur; Nempe, vbi solennia, quæ recenset, non interuenerunt, Et sic in casu certo. Si enim non appareat, matrimonium fuisse celebratum ijs, quæ sæpius adhibentur, & à lege exiguntur modis, non illud legitimum esse coniugium Pontifex existimat; B Et rectè. Sed nostra disputatio est, cùm versamur in dubio, ita vt neutrum appareat, vel adhibita scilicet, vel non adhibita fuisse solennia, & dicimus potius legitimum coniugium, quàm contrà, præsumendum; quia hæc præsumptio malum excludit, & filijs fauet, altara verò contraria, odium & delictum continet, & filijs nocet.

CAPVT XXXVI.

Si matrimonium contrahatur inter eos, inter quos canonicum subest impedimentum sub conditione, si summus Pontifex dispensauerit; an dispensatione secuta, statim sit verum matrimonium absque nouo consensu?

VNdecima controuersia. Si matrimonium inter duos contrahatur, inter quos legitimum sit impedimentum, sub ea conditione, si summus Pontifex dispensauerit: an obtenta dispensatione statim matrimonium esse dicatur absque nouo consensu?

Affirmant Io. Calderinus, Antonius Butrius & Prępositus, in c. super eo, de cond. appos. quorum sentētiam consuetudine receptā esse testatur Boerius decis. 264. nu. 27.

Fundamentum est in communi Doctorum sententia, quæ dictat, matrimonium sub condițione contractum, eueniente conditione, statim perfici absque nouo consensu, vt tradunt Innocent. & Abbas, in c. de illis, de conditio. appos. & alij, quos commemorat Couuar. in Epitome, de Sponsal. in 2. par. c. 3. nu. 5. Quæ quidem sententia probatur ex ea Ioris Regula; Contractum sub conditione factum eueniente conditione perinde habendum, ac si purè factus esset, l. vlt. §. 1. ff. de Vulg. & ibi Angelus notat. Decius in l. pecuniam, in 2. notabili, ff. si cert. pet. Tiraq. de retractu consang. § 1. Glos. 2. nu. 27.

Contrariam sententiam habuerunt Innocentius, Cardinalis, & Abbas in d. c. super eo, de cōd. appos. Syluester D in Summa, in verbo, Matrimonium, 3. q. 9. Henricus in c. vlt. de cond. appos. Aretinus in cons. 142. col. 4. alios citat Couuar. loco proximè citato, nu. 7. & videtur ipse in hanc sententiam propendere.

Fundamentum est: quia conditio impossibilis matrimonio adiecta, pro non scripta habetur, ipsaque vitiatur, & non vitiat: & ideò matrimonium purè contractum intelligitur, c. vlt. de cond. appos. sed ista conditio: Si summus Pontifex dispensauerit, impossibilis reputatur, quia consensum Principis requirit, argumento l. inter stipulantem, §. Sacram, ff. de verb. oblig. & l. continuus, §. Eū qui, ff. eod. tit. & l. apud Iulianum, §. Constat, de leg. 1.

Mihi hæc posterior sententia prima specie videbatur probabilior, non quidem eo argumento, quod proximè retuli, illud enim confutat Couuar. loco annotato, quia non impossibile reputatur illud, ad quod obtinendum consensus Principis requiritur, nisi quando id concedere Princeps nō solet, vt probatur in d. §. Cōstat, & in l. inter cidit, ff. de Cond. & demonst. & in l. quidam relegatus, ff. de reb. dub. Pontifex autem solet dispensare in eiusmodi impedimentis matrimonij, vbi iusta subest causa, vt notum est.

Sed alio argumento verior mihi videbatur posterior sententia, nempe, ex c. super eo, de condit. appos. vbi Summus Pontifex declarat matrimonium sub conditione contractum, etiam per verba de pręsenti, habendum non esse pro matrimonio de præsenti. *Cùm huiusmodi consensus*, inquit, *non sit de præsenti habendus, licet per verba de præsenti euidentius exprimatur, qui in alieno arbitrio non habito, sed habendo, consistit.* (erat enim ea in specie ita matrimonium contractum, si pater consentiret) Itaque patre consentiente, is, qui promisit, cogi potest ad contrahendum matrimonium, vt ibi dicit textus. Consequenter matrimonium eueniente conditione nouiter est contrahendum per verba de præsenti, & consequenter nouo consensu est opus.

B Nec obstare videbatur illa communis sententia, qua prior sententia nititur, quia reprobatur à Theologis, vt demonstrat Couuar. loco annotato paulò antè nom. 6.

Quod verò dicebatur; Iuris Regulam hoc velle, vt cōditionalis contractus eueniente conditione pro puro habeatur, locum habere posse videbatur, quantum ad hunc effectum, vt non sit locus pœnitentiæ, non autem quoad hoc, vt contractus habeatur pro perfecto, ita vt nouus consensus non requiratur, vt in d. c. super eo.

Sed tamen penitius re considerata, prior sententia verior videtur. Nam communis illa sententia, ex qua fundamentum habet, verissima est, quicquid obijciat Couuar. ex d. c. super eo, Neque enim illius Canonis sensus est, Matrimonium per verba de præsenti sub conditione contractum, non intelligi esse de præsenti, sed de futuro, sed sensus est, Matrimonium sub ea conditione contractum, consumandum non esse, nisi pater consentiat: Ita dicit ibi Summus Pontifex.

C Posteà tacitę obiectioni respondet: Nam sponsalia sub conditione facta, firmiter obseruanda sunt, etiam conditione deficiente, si alterum interuenerit, consensus de pręsenti, vel carnalis copula, vt in c. de illis, eo. tit. Sed in proposita specie adest consensus de præsenti, quia contractū fuit matrimonium per verba de præsenti, Ergò licet conditio deficiat, cogendus est ad matrimonium consumandum ille, qui consensit.

Respondet Summus Pontifex, negando assumptionem, scilicet, in ea specie cōsensum esse de præsenti, *Quia in alieno arbitrio*, inquit, *non habito, sed habendo, consistit.*

Sed reddamus verba summi Pontificis, quo res clarior existat. Sic aūt ait: *Super eo verò, quod postulasti, vtrum ille, qui in quandam mulierem consensit, si pater eius suum præstaret assensum, sit ad consummandum matrimonium compellendus. Respondemus, quod cum consensus liber dici non possit, qui alieno arbitrio reseruatur, ac conditionem ipsam Canonica non improbent instituta, nisi voluntas patris* D *postmodum intercedat, nequaquam cogendus est ad matrimonium contrahendum, Nam licet Alexander Papa respōderit, quod Sponsalia interposita conditione contracta ipsa non impleta, si consensus de præsenti intercedat, vel carnalis copula subsequatur, dissolui non debent, sed firmiter obseruari, nequaquam est nostræ definitioni aduersum, cum huiusmodi consensus non sit de præsenti habendus, licet per verba de præsenti euidentius exprimatur, qui in alieno arbitrio nō habito, sed habendo consistit.* Hactenus ille.

Hoc igitur vult Summus Pontifex: In sua specie, non esse cōsensum de præsenti, quemadmodum in specie, de qua respondit Alexander Papa, sed quia matrimonium sit absq; nouo consensu, si consensus patris accedat, non negat ibi Pontifex, qui propterea quærit, an consensu patris accedente, is, qui sic contraxit, ad consummandū matrimonium sit cogendus? Et cogendum esse respondet: Et licet dicat, nisi voluntas patris postmodū accedat, nequaquam cogendus erit ad matrimonium contrahendū, tamen illud verbū, *Contrahendū*, est idem S. Pontifi-

ci, ac verbum, *Conſummandam*, quo in quæſtione vſus A eſt, vt ſic reſponſum congruat quæſtioni propoſitæ.

At Couuar. ſic argumentatur. Matrimonium ſine con ſenſu non contrahitur, Hic autem conſenſus non eſt: Ergò nec matrimonium eſt. Probatur Minor, quia non eſt à principio talis cõſenſus, qui ad matrimonium ſufficiat, cùm ſit conditionalis. *Nec obeſt*, inquit, *conditionis euentus. Nam ſi diſſenſerint contrahentes ante euentum conditionis, euentus conditionis nihil operatur.*

Reſpondeo; Id nego: nempe, ſi ante conditionis euentum contrahentes diſſentiant, nihil operari euentum cõditionis. Nam vbi ſub conditione contractus geritur, nõ licet conditione pendente, alteri pœnitere, l. hæc venditio, ff. de contrah. empt. Alex. in conſil. 40. in principio, lib. 5. Nec contrarium probat Couuar.

Non obſtat id, quod dicit, cõditionem de futuro id efficere, vt conſenſus expreſſus per verba de præſenti, dicatur eſſe pendens de futuro, & ideo ante impletam conditionem non ſit ſufficiens. Etenim id concedo. Sed dum B ſubdit, *Conſenſum autem pendere in futurum, in virtute eſt eſſe de futuro*, id nego, niſi intelligatur in virtute eſſe de futuro, quatenus conditionis euentus expectatur, vt conſenſus effectum habeat. Sed conditione impleta iam conſenſus effectum obtinet, non aliter, atque ſi initio nulla fuiſſet adiecta conditio.

Cæterum, cum hodie ex Sacroſancti Cõcilij Trid. Decretis Seſſ. 24. multa fuerint ordinata, quę huic ſententiæ noſtræ forſitan aduerſentur, conſultum fuit Conſtitutioni Sacroſanctæ inhærere, nulla ratione habita huius noſtræ opinionis. Video enim opus eſſe nouo conſenſu ob formam introductam ab eodem Concilio circa matrimonia contrahenda, propter ſolennitates ab eo requiſitas; & ob pœnam conſtitutam in eos qui intra gradus prohibitos ſcienter contraxerint, vt in d. Seſſ. 24. c. 5. quãob rem ſeruanda erit dicta forma; nec præter eam euagari licebit. C

CAPVT XXXVII.

Vtrum matrimonium ea lege contrahi poſsit, vt non intercedat copula carnalis.

DVodecima controuerſia. Vtrum matrimonium ea lege contrahi poſſit, vt non intercedat copula carnalis?

Cõtrahi poſſe affirmant Paludanus in 4. Sent. diſtinct. 30. q. 2. Concl. 2. Io. Imolenſis in l. Vbi ita donatur, ff. de donatio. cauſa mortis. Andreas Siculus, in cap. vlt. de Precario.

Fundamentum: quia matrimonium non vitiat perpetua continentia, qualis etiam fuit inter beatam Virginem & Ioſephum, inter quos tamen perfectum fuit ac perpetuum coniugium, c. coniunx, 27. q. 2.

Sed contraria ſententia videtur mihi probabilior, quã ſecuti ſunt D. Thomas, in 4. Sentent. diſtinct. 28. q. vlt. in D fine. Adrianus q. 9. de Matrimonio. Syluester, in verbo, Matrimonium, 4. q. 6. Abbas in c. commiſſum, de Sponſalib. Couuar. in Epitome, in 2. parte, c. 3. §. 1. nu. 4. & 5.

Probatur hæc ſententia ex c. vlt. de Conditionibus appoſ. vbi Gregorius IX. ita dicit: *Si conditiones contra ſubſtantiam coniugij inſerantur: Puta ſi alter dicat alteri. Contraho tecum ſi generationem prolis euites, vel donec inueniã aliam honore & facultatibus ditiorem, aut ſi pro quæſtu adulterandam te tradas, matrimonialis contractus quantumcunque ſit fauorabilis, caret effectu.* Hactenus Gregorius.

Ad contrariæ ſententiæ argumentum reſpondetur. Conſiſtere quidem matrimonium poſſe, licet coniuges perpetuam ſeruent caſtitatem, ſed tamen id in pactum deduci non poſſe, quia eſt contra ſubſtantiam matrimonij. Neque verò pactum tale fuit inter beatiſſimam Virginem & S. Patriarcham. Nec eſt nouum, vt aliquid impediat matrimonium contrahi, quod non dirimat contractum. c. rurſus, qui clerici vel vouentes, &c.

CAPVT XXXVIII.

Quid ſi non ambo contrahentes matrimonium, in eam conditionem conſenſerint, quæ contra ſubſtantiam matrimonij eſt, ſed vnus tantùm, deinde copula carnalis intercedat; an matrimonium præſumatur?

DEcimatertia controuerſia. Cùm matrimonium non valeat, vbi conditio adijcitur, quæ contra ſubſtantiam eius eſt, vt in d. c. vlt. de condit. appoſ. Si non contrahentes ambo in eã conditionem conſenſerint, ſed alter tantùm, deinde copula carnalis intercedat, vtrum in vim ſponſaliorum, quæ per copulam ſubſecutam matrimonium inducant, contractus valeat, controuerti ſolet.

Nam id affirmant Hoſtienſis, Innocentius, Abbas, & Præpoſitus, in cap. vlt. de Cond. appoſ. Rubeus Alex. ad l. Non ſolum, §. Morte, nu. 590. ff. de oper. noui nunt. Syluester, in verbo, Matrimonium, 4. q. 5.

Fundamentum eſt in c. aliquando, 32. quæſt. 2. in illis verbis: *Si ambo tales ſint, coniuges non ſunt, & ſi ab initio tales fuerunt, non ſibi per connubium, ſed per ſtuprum potius conuenerunt. Sin autem ambo non ſunt tales, audeo dicere, aut illa quodammodo eſt mariti meretrix, aut ille adulter vxoris.*

Contrariam ſentẽtiam ſecuti ſunt Adrianus, in 4. Senten. quæſt. 9. de Matrimonio. Imola, in l. Vbi ita donatur, ff de donatio. cau. mor. Aretin. in l. 1. §. Sed ſi mihi. col. 3. ff. de verbor. oblig. & Couuar. in Epitome de ſponſalibus parte 2. c. 3. §. 1. nu. 11.

Fundamentum eſt, quia is, qui conditionem adiecit matrimonio, non ſimpliciter conſenſit, ſed ſub conditione. Sponſalibus autem nullo modo conſenſit. Quoties autem ex contrahentibus alter ſub conditione, alter purè conſenſit, nulla inter eos oritur obligatio, l. 1. §. ſi quis ſimpliciter, ff. de verb. obligat.

Sed mihi prior ſententia videtur longè probabilior, non quidem eo argumento, quod proximè relatum eſt, quia textus in d. c. aliquando, de alia ſpecie longè diuerſa loquitur; Sed eo argumento, quòd cùm intercedit copula carnalis, is, qui conditionem illam adiecerat, ab ea receſſiſſe videtur, cùm intelligat alteram non conſenſiſſe in eam conditionem. Hoc probari poteſt argumento ſumpto ex c. per tuas, de cond. appoſ. in illis verbis: *Conſultationi tua taliter reſpondemus, quòd cùm liquidò conſtet, quòd poſt contracta ſponſalia carnalis eſt inter eos copula ſubſecuta, pro matrimonio eſt præſumendum, quia videtur à conditione appoſita receſsiſſe.* Sic igitur & in propoſita quæſtione dicendum videtur.

Non obſtat argumentum in contrarium, quia licet diuerſitas obligationis à principio fuerit inter contrahentes, poſtea tamen ex interuallo præſumuntur prorſus cõſenſiſſe, propter copulam carnalem, ad tollendam peccati præſumptionem. Et quando diuerſitas reſponſionis ſtipulatori placet, alia ſtipulatio contracta eſſe intelligitur. vt in d. l. 1. §. ſi quis ſimpliciter, ff. de verb. obli. Et licet tex. ibi requirat, vt *illico placeat*, tamen in ſtipulatione loquitur, quę non admittit temporis interuallum. At in contractu matrimonij, nihil obſtat temporis interuallum, dummodo adſit conſenſus, vt patet ex d. c. per tuas, de cond. appo. & ex c. is qui fidem, de ſponſalib.

CAPVT XXXIX.

Vtrum matrimonium ſub conditione contractum, quæ omninò extitura eſt, valeat, perinde ac ſi purè contractum eſſet.

DEcimaquarta controuerſia. Si matrimonium ſub conditione fiat, quæ omninò extitura ſit, vtrum ſtatim valeat, an verò expectanda ſit conditio?

Non ſtatim valere, ſed conditionis euentum expectandum,

dum, sensit Glos. in c. per tuas, in verbo, Præsumendum, A in fine, de conditio. appos. Ioan. Andreas, & Antonius Butrius ibidem.

Quorum illud fundamentum puto, quòd regulariter ita sit constitutum, vt matrimonium sub conditione factum, non valeat, antequam conditio eueniat, vt in c. super eo, de cond. appos.

Iason autem in l. impossibilis, col. vlt. ff. de verb. oblig. ita distinguit, vt si quidem sit certum, conditionem exituram, & simul etiam tempus, quo extitura sit, tunc matrimonium purè contractum intelligatur, secus verò, si tempus, quo extitura est, incertum sit, quia tempus incertum, pro conditione habetur, l. 1. l. dies incertus, l. quibus diebus, §. quidam Titio, ff. de cond. & demonstr. Glos. in l. in omnibus obligationibus, de reg. iur. Bartolus in l. ita stipulatus, in 2. quæst. ff. de verbor. oblig.

Sed mihi eorum sententia probabilior videtur, qui existimant hoc in casu matrimonium purè contractum videri, ita docuerunt Hostiensis Cardinalis, Abbas & Præ- B positus, in d. c. per tuas, de cond. appos. Syluester, in verbo, Matrimonium, 3. quæst. 2. & alij, quos refert & sequitur Couuar. in Epitome de Sponsalibus, in 2. parte, c. 3. §. 2. num. 10.

Probatur hæc sententia. Nam qui sub conditione stipulatur, quæ omninò extitura est, purè videtur stipulari, l. pupillus, §. 1. ff. de Nouation. l. quod si ea, ff. de condiction. indeb.

Non obstat id, quod dicitur; Diem incertum pro conditione haberi, quia id procedit in testamentis & vltimis volũtatibus, l. dies incertus, ff. de cond. & demõst. Ratio est, vti declarat optimè Castrensis, in l. 1. nu. 6. ff. eod. tit. quia non est certum, debitum iri. Nam si legatarius decederet, non transmittere, quod in cõtractibus & alijs actibus inter viuos dici non potest, Quare si tempus sit incertum in specie, de qua agitur, moram potius matrimonio, quàm conditionem iniectam esse existimo, sicuti alibi Iurisconsultus docet, in l. hæres meus, ff. de cond. & demon- C str. ibi: *Non conditione, sed mora suspenditur*, &c.

CAPVT XL.

Vtrum valeat matrimonium, vbi quis metu coactus fuit illud contrahere cum vna ex pluribus fæminis, puta cum vna ex filiabus Sempronij.



Ecimaquinta controuersia. Contraxit quis matrimonium metu coactus cum vna ex filialibus Sempronij, vtrum valeat?

Et valere docuerunt Abbas in c. cùm terra, de electio. Zochus, & Præpositus, in cap. cùm locum, de sponsalibus. Fely. in c. in præsentia, nu. 37. de Probatio. Iason in l. Titia, nu. 6. ff. de verb. oblig. Ioannes Lup. in c. per vestras, in 3. notab. §. 2. de donatio. Sylua nuptialis, lib. 2. nu. 119.

Fundamentum est: quia non videtur sublata libertas D hoc in casu, quod probatur à simili. Nam consuetudo nõ valet, quæ libertatem aufert electionis, c. cùm terra, de electio. Et tamen illa valet consuetudo, quæ facit, vt ex certo personarum genere electio fiat, cap. cùm dilectus, de consuet.

Contrariam sententiam probabiliorem esse puto, quã secuti fuere Baldus in consil. Schismatis, col. 4. Fortunius in tract. de vltimo fine, Illatione 21. Decius in c. licet, col. pen. de elect. & alij, quos refert & sequitur Couuar. in Epitome de Sponsalib. in 2. parte, c. 3. §. 5. post nu. 7. versic. Secundò procedit.

Fundamentum est firmissimum: quia ad matrimoniũ contrahendum libertas summa requiritur, c. cùm locum, de sponsalib. Nec valet vbi metus intercedit, c. veniens, 2. eod. tit. c. significauit, de eo qui duxit vxorem, &c. Sed in hac specie libertas non est, quia metus interuenit, Ergò matrimonium nullius est momenti. Assumptio patet: quia quis cogitur accipere vnam ex illis mulieribus in A vxorem, cùm tamen vel nullam accipere vellet, vel fortè etiam vxorem non ducere.

Ad argumentum à simili respondeo, magnam esse dissimilitudinem, quia consuetudo illa, vt electio fiat ex certo personarum genere, summa ratione introduci potuit; Quare debet eius vigore quis vnam eligere ex dictis personis. Sed vt quis vnam ex certis fœminis vxorem ducere compellatur, id perquam iniquum est, cùm summam libertatem matrimonialis contractus exigat, nec vlla ratio suppetere possit, qua quis cogi ad illud contrahendum possit, vel eum certo personarum genere. Sed res mihi videtur longè clarior, quàm vt maiori egeat disputatione.

CAPVT XLI.

Sitne matrimonium contractum illis uerbis: Habebo te in uxorem: Vel, Iuro ac promitto me in legitimam uxo- B *rem te habiturum.*



Ecimasexta controuersia. Promisit quispiam in hunc modum mulieri. Habebo te in vxorem, vel, Promitto ac iuro me in vxorem te habiturum. Vtrum matrimonium contractum esse intelligatur; An verò sponsalia de futuro?

Et matrimonium contractum videri responderunt Glos. in c. ex parte, de Sponsalibus, & in c. si quis diuinis, 30. q. 5. Abbas & Decius, in c. iurauit, de Probat. Præpositus in d. c. ex parte, & alij magis communiter.

Argumenta sunt tria. Primum ex c. ex parte, de Sponsalibus in illis verbis. *Andreas iuramentum præstitit, quòd eam ab eo tempore pro coniuge teneret*, &c. quibus verbis Pontifex præsupponit matrimonium contractum.

Secundum est ex d. c. si quis diuinis, 30. q. 5. *Si quis diuinis*, inquit textus, *tactis scripturis, iurauit mulieri, legitimam se eam vxorem habiturum*, &c. *Fit illa legitima v-* C *xor, quamuis nulla dos, nulla scriptura alia interposita fit.*

Tertium est huiusmodi. Qui vult antecedens, velle intelligitur & consequens, l. illud, ff. de acquir. hæred. Igitur si vult eam in futurum vxorem habere, necesse est, vt illis verbis matrimonium contraxisse intelligatur. Vide pro eadem sententia Iacobum Menoch. de Præsumpt. lib. 3. c. 3. num. 3.

Cæterùm, non matrimonium contractum videri, sed sponsalia de futuro, responderunt quidam Doctores antiqui, quorum facit mentionem Glos. in d. c. ex parte, Magister Sententiarum, & alij, quos refert & sequitur Couuar. in Epitome de Sponsalib. parte 2. c. 4. §. 1. nu. 5.

Fundamentum est: quòd illa verba futurum tempus respiciunt, vt patet, nec necessariò consensum important de præsenti, quare potius sponsalia de futuro contracta esse intelliguntur, quàm matrimonium de præsenti.

Ad textum in d. cap. ex parte, respondent; Verba contrahentium in ea specie tempus præsens respicere: *Iu-* D *rauit*, inquit textus, *quod eam ab eo tempore pro coniuge teneret.*

Ego quidem in hanc posteriorem sententiam essem procliuior, sed vt illi non adhæream, illud facit, quòd illa verba ita possunt intelligi, vt consensum in matrimoniũ de præsenti contineant: Et licet etiam ita possint intelligi, vt importent sponsalia de futuro, tamen illa interpretatio præualere debet, quæ matrimonio fauet, autoritate textus in d. c. si quis diuinis, 30. quæst. 5. Ait enim textus: *Si quis iurauit mulieri se eam vxorem legitimam habiturum, fit illa legitima vxor.* Ego intelligo; fieri ex ea promissione seu iuramento, non autem ex futuro consensu & contractu.

Ad contrarium argumentum responsio patet, quia etsi ad futurum tempus illa verba referantur, includunt tamen consensum de præsenti in matrimonium, quasi is, qui sic promisit, eam mulierem iam duxerit in vxorem, & ideo illam pro tali se habiturum dixerit, seu iurauerit.

CAPVT XLII.

Sed quid ſi dixerit. Non habebo aliam vxorum niſi te: Sitne contractum matrimonium, vel ſponſalia.



Ecimaſeptima controuerſia. Sed quid ſi dixerit: Non habebo aliam vxorem, niſi te, an intelligatur matrimonium contractum, vel ſponſalia?

Et matrimonium contractum videri reſponderunt Cardin. Abbas, & Præpoſitus in c. Ex parte. de ſponſalibus. Alex. in conſ. 152. lib. 5. Syluester in verbo Matrimonium. 2. quæſt. 10. Iaſon & Curtius iunior, in l. Actione, C. de tranſact. Menoch. de Præſumpt. lib. 3. cap. 3. num. 8.

Fundamētum eſt, quia dictio, *Niſi*, negationi poſtpoſita, affirmat. Quamobrem eſt perinde, ac ſi dicatur, Non habebo aliam vxörem, quàm te, & habebo te in vxorem, Ergò matrimonium inducitur.

Sed contrariam ſententiam amplector vnà cum Caldetino, Butrio & Zocho, in d. c. ex parte, Cepolla in conſil. 1. Ciuilium, in 3. col. Alciato, in d. l. Actione, C. de tranſact. & Couuar. in Epitome de ſponſalibus, in 2. parte, capit. 4. §. 1. num. 1.

Fundamentum mihi videtur ſolidiſſimum, quia talis oratio ita eſt accipienda, vt ſi quis vxorem ducere voluerit, illam, & non aliam ducere teneatur, non autem vt ſe obliget ad illam vxorem ducendam. Quid enim, ſi vitam cælibem ducere maluerit? Veluti, ſi quis dixerit, promitto me non alienaturum extra familiam prædium, non idcirco promittere videtur, ſe intra familiam alienaturum, ſed ſenſus eſt, vt ſi alienare voluerit, non extra familiam alienet.

Huic interpretationi fauet textus in l. ſi ſterili, §. pen. ff. de act. empt. *Sed etſi fundum*, inquit, *ita vendidero, vt nulli alij, quàm mihi, cum venderes, actio eo nomine ex vendito eſt, ſi alij vendideris.* Et ſic non dicit Iuriſconſultus, agi poſſe, vt mihi vendas, ſimpliciter & abſolutè, quamuis fortè nolis alicui vendere.

Adſtipulatur etiam textus in l. Titia, §. vlt. ff. de Manumiſſis teſtam. in illis verbis: *Oneſiphore, niſi rationes reddideris, liber ne eſto. Potius adimit libertatem, quàm dare.*

Ergo dicto illa, *Niſi*, affirmationis vim habet, ſed in eū ſenſum, de quo dictum eſt, id eſt, Non habebo aliam vxorem, quàm te. Et te habebo in vxorem, ſi vxorem ducere in animum induxero, non autem ſimpliciter & abſolutè.

CAPVT LXIII.

Filius an in dubio præſumendus ſit naturalis, hoc eſt, natus ex concubina, an verò ſpurius, hoc eſt, natus ex coitu damnato & punibili.



Ilium in dubio naturalem eſſe præſumendū, non autem ſpurium, reſponderunt Bald. in conſil. 448. nu. 4. lib. 1. Crauetta in conſ. 138. nu. 1. & 166. nu. 1. Alciatus in conſ. 58. nu. 13. lib. 9. & 158. nu. 3. eod. lib. Simon Petrus in conſ. 127. nu. 8. Dominus meus Cephalus in conſil. 608. nu. 10. lib. 4. Hyppol. Riminal. in conſ. 157. nu. 109. lib. 2. Couuaru. in Epitome de Sponſalibus, in 2. parte, cap. 8. §. 3. in principio.

Fundamentum eſt: quia delictum non eſt præſumendum, l. meritò, ff. pro ſocio. Eſt autem maius delictum ex coitu damnato & punibili, quàm ex concubinatu lege Ciuili non prohibito.

Sed contrarium reſponderunt; Nempe ſpurium potius eſſe præſumendum. Natta in conſ. 421. nu. 10. Alciatus de Præſumpt. Regula 2. Præſumpt. 5. nu. 4. & reſponſo 123. nu. 10. & 268. nu. 2. & 269. num. 1. Menochius de Præſumpt. lib. 6. Præſumpt. 54. nu. 2. & in conſil. 60. numero 12. libro 1.

Fundamentū eſt: quia vt iuſtus ſit concubinatus, multa requiruntur. Primum, vt mulier non ſit vilis conditionis.

A Deinde, vt in ſchemate concubinæ retineatur. Tertiò, vt ſit ſola, nec cum alio rem habuerit. Poſtremò, vt proteſtatio præceſſerit, vt per Grammaticum omnia diligenter explicantem, Voto 4. Omnis autem, qui nec ex legitimo matrimonio naſcitur, nec ex tali concubinatu, appellatur ſpurius, vt declarat Bart. ad l. vlt. ff. de his quib. vt in dig. Cagnol. in l. ſi qua Illuſtris, C. ad Orfician. num. 3. Hæc igitur omnia probanda ſunt, non pręſumenda, ergò filius non præſumitur in dubio naturalis, ſed ſpurius.

Ego verò priorem ſententiam æquiorem ac benigniorem eſſe iudico & amplector, vt ſcilicet minus malum ſit præſumendum, & quod leuiorem infamiæ maculam adſpergit, argumento l. ſi Præſes, ff. de Pœnis. Et præſertim, quia nouiſſimè Rota Romana hanc ſententiam eſt ſecuta, vt patet ex deciſ. 808. in 1. parte.

Confirmari poteſt ex c. 2. de filijs presbyteror. & ex c. veniens, de Accuſatio. quibus in locis dicitur, non præſumi quempiam genitum eſſe in ſacerdotio, licet ſacerdotis

B filius exiſtat. Idem habetur in c. inter cæteras, eod. tit. de filijs presbyteror.

Ex hoc argumentum ſumitur, Iuris præſumptionem eſſe procliuiorem in eam partem, quæ benignior eſt, & grauioris criminis tollit ſuſpicionem.

Huc accedat, quòd loquendi vſum ſpectemus, & ſententiam iure Canonico receptam, vt filius ſit naturalis, ſufficit eum natum ex his, inter quos matrimonium contrahi poterat. Vide Couuaru. de ſponſalib. in 2. parte, c. 8. §. 4. in principio. Et Sarmientum ſelectar. interpret. lib. 1. cap. 7. num. 2.

Vnde argumentum contrariæ ſententiæ facilè refellitur, pręterquam quòd, vt ex ſtupro vel adulterio, aut aliàs damnato coitu quis præſumatur natus, multa etiam in facto requiruntur, quæ quò grauiora & turpiora ſunt, eò minus præſumenda videntur.

Nec obſtat, ſi dicatur; Mulierem in dubio virginē præſumi, ex traditis per Abbatem, in c. 1. de adult. & Clarum

C in §. Stuprum, verſ. Sed pone. Et conſequenter præſumitur ſtuprata, & ſic ex ſtupro natus filius; Quia Panormitanus & Clarus loquuntur, vbi mulier ſe virginem fuiſſe aduerſus ſtupratorem allegat, tunc enim in odium & pręiudicium delinquentis, præſumitur eſſe virgo. Sed de hac ſpecie noſtra non eſt diſputatio.

CAPVT LXIIII.

Vtrum filius exhæredari à patre poſſit, ſi vxorem ducat abſque eius conſenſu.



Iliumfamilias abſque patris conſenſu matrimonium contrahere poſſe, certi ac indubitati Iuris nunc eſt ex Concilio Tridentino, Seſſ. 24. In decreto de matrimonijs clandeſtinis. Vide Cardinal. Robertum Bellarminum in 2. Tomo Controuerſiarum fidei, de Matrimonij Sacramento, lib. 1. c. 19.

Illud nonnihil controuerſum eſt, an filius eam ob cau-

D ſam exhæredari à parente poſſit.

Affirmat enim Caſtrenſis in l. ſi filiam, C. de inoff. teſt. autoritate textus in Auth. Sed ſi poſt, eod. tit. Verba hæc ſunt: *Sed ſi poſt viginti quinque annos te differente filiam marito copulare, in ſuum corpus peccauerit, vel ſine conſenſu tuo, marito ſe, libero tamen, copulauerit, eam exhæredare non potes.* Ex his verbis patet à contrario ſenſu filiam exhæredari poſſe, ſi marito ſe copulauerit abſque conſenſu patris, quando non eam diſtulit parens marito copulare.

Secundò, autoritate text. in l. 3. §. ſi emancipatus, ff. de bonor. poſſeſſ. contra tab. in illis verbis: *Nā etſi tàm ignominioſam duxerit vxorem filius, vt dedecori ſit tàm ipſi, quàm patri talem mulierem habere, dicemus & ex ea natum ad bonorum poſſeſſionem admitti, cùm poſſit auus iure ſuo vti, eumque exhæredare.*

Et licet iure Canonico inſpecto matrimoniū à filiofa. contractum abſq; cōſenſu patris valeat, nihil tamen hoc obſtat, quia ius Canonicum diſponit de matrimonio, non autem de iniuria illata parenti. Sic & mulier ſecun-

tendò nubendi liberam habet iure Canonico potestatem, c. cum secundum, de secund. nupt. & tamen legum pœnis est obnoxia, excepta infamiæ pœna, quoniam ex communi sententia non sunt illa sublata, quæ in fauorẽ prolis ex primo matrimonio susceptæ aduersus secundò nubentes mulieres sunt constitutæ.

Cæterum diuersam alij multi sententiam habuerunt: Nempe, eo duntaxat in casu exhæredari posse filium vel filiam, quo indigno nubit. Ita glos. in c. de raptoribus, 36. q. 1. Baldus in l. nec filium, C. de nupt. & in l. si pater, C. de sponsalibus Ant. Butr. in c. accedens, de Procur. Anchar. in cons. 21. Parisius in cons. 29. lib. 3. Bald. Nouell. de dote in 6. par. priuileg. 16. nu. 6.

Fundamentum est in d. l. 3. §. si emancipatus, ff. de bonor. possess. contra tab. ibi: *Nam etsi tam ignominiosam duxerit uxorem*, &c.

Tertia est sententia vera & communis; Filios nubentes absque consensu patris, licet grauiter peccent, exhæredari tamen non posse. Ita docent Abbas & Host. in ca. 1. de sponsalib. & in cons. 12. lib. 1. Ioan. Lupus, in ca. per vestras, de donat. in 3. not. §. 9. Dec. ad l. nuptias, de regu. iur. & in cons. 231. Ias. in Auth. Sed si post, C. de inoff. testam. Felyn. in c. Ecclesia, n. 59. de constit. Vasquius de success. creation. lib. 1 §. 10. nu. 628. Couua. in epito. de sponsa. in 2. par. c. 3. § 8. nu. 5. Hypp. Rimin. in cons. 133. lib. 2.

Probatur hæc sententia regula generali. Quod fit iure permittente, pœnam non meretur, l. 4. C. de adult. c. cum secundum, de secun. nupt. Item, quia matrimonium debet esse liberum, c. cum locum, de sponsalib. c. Gẽma, eo. tit. & habetur in Concilio Tridentino, Sess. 24. ca. 9. Ergò neque directè, neque indirectè impediri debet. Videretur autem impediri, si filius exhæredari posset, quoniam exhæredationis metu non eam, quam vellet, vxorem duceret.

Et quidem quod ad filium attinet, etsi olim exhæredari potuerit, iuxta l. 3. §. si emancipatus, ff. de bonor. possess. contra tab. tamen Iustinianus inter iustas exhæredationis causas hanc non recensuit in Nouella 115. Et certũ est, eas tãtummodo causas, quas Iustinianus commemorat, iustas esse, & iam obtinere, omnibus alijs, quæ in antiquis legibus continebantur reiectis, vt ipse statuit.

Quod verò attinet ad filiam nubentem absq; consensu patris, nihil mirũ videri debet, si olim exhæredari potuerit. Nam cum iure ciuili matrimonium non valeret absq; patris consensu, filia nubendo sine patris consensu videbatur stuprum admittere, non autem matrimoniũ contrahere. Stuprum verò iustam esse exhæredationis causam ex eo manifestũ est, q̃ Iustinianus dicit in d. Nouella 115. *Filiam scilicet in corpus suum peccantem exhæredari posse, nisi pater eam elocare distulerit.* vt ibi. Cum autem, iure Canonico inspecto (est autem in hac materia & similibus præcipuum) matrimonium absq; patris consensu valeat, iam cessat illa ratio stupri, & dum puella nubit etiam absque patris consensu, verum contrahit matrimonium.

Ex quibus ad argumentum Pauli Castr. responsio patet, quod nitebatur autoritate d. Auth. Sed si post, & d. l. 3. §. si emancipatus, quibus est responsum. Vide etiã hac de re Cuiac. lib. 3. Obseru. c. 5. & Duaren. ad tit. sol. mat. & ad tit. de inof. test. c. 3.

CAPVT XLV.

Vtrum pater dotem dare teneatur filiæ, quæ nupsit absque eius consensu.



SEd & non leuis est controuersia, vtrum pater filiæ nubenti absq; eius consensu, dotẽ dare teneatur. Negant enim Bart. in l. obligamur, ff. de act. & oblig. Bal. & Salicet. in l. q liberos, ff. de ritu nupt. Ale. in cõs. 33. li. 4.

Argumenta sunt ista. Pater dotem dare tenetur suæ filiæ, vt possit nubere. Nam absque dote non facilè mari-
A tum inueniret. Sed talis filia iam nupsit, & maritum inuenit, ergo dotem ei dare non tenetur.

Secundò. Dos est loco alimentorum, vnde sicut ei debentur alimenta, qui non habet aliunde, l. si quis à liberis, ff. de lib. agnosc. ita & dos. Hic autem filia iam nupsit, vnde videtur habere unde sealat, nec dote indigere.

Tertiò, matrimonium valet absq; dote, nec potest vxorem is, qui eam duxit, expellere ob eam causam, q̃ dotem non habeat. §. sic itaque, in Auth. de nuptiis. Ergo sibi imputet & filia & maritus eius, si non procurarunt dotem à patre habere.

Postremò, filia nubens absque consensu patris, facit illi maximam iniuriam, vt patet, Ergo pater non tenetur ei dotem dare.

Contrariam sententiam habuerunt Abbas, in ca. 1. de despons. impub. & in cons. 12. lib. 1. Campegius de dote, in 1. par. q. 13. Ias. in Auth. res quæ, C. commu. de leg. & ibi. Bal. Ang. & Castrens. Dec. ad l. nuptias, de reg. iur. Alios
B commemorat Ripa, in l. 1. nu. 55. ff. sol. matr.

Fundamentum est, quia pater ad hæc duo est obligatus, vt nubat filiam, & vt ei dotem det, l. qui liberos, ff. de ritu nuptiar. ibi: *Coguntur in matrimonium collocare & dotare.* Si ergo filia nupsit, ea obligatione solutus est, sed non altera, dotem dandi.

Tertia est sententia sic distinguens: Aut filia nupsit digno, & pater tenetur eam dotare, aut indigno, & non tenetur. vbi tamen maritus est ita diues, vt possit eam alere. Ita Couuar. in Epitome de sponsalib. in 2. parte, cap. 3. §. 8. nu. 7. vbi alios citat.

Quarta est sententia patrem teneri, licet nubat indigno, ita Imolensis, in c. accedens, de Procur. Alex. ad l. 1. nu. 32. ff. sol. matr.

Et ego in eam sententiam sum procliuior, quæ patrẽ indistinctè ad dotandum obligat, etsi enim olim exhæredari filia potuerit, eam ob causam, q̃ indigno nupsisset, vt in l. 3. §. si emancipatus, ff. de bon. poss. contra tab. tamen
C hæc inter alias veras & legitimas causas à Iustiniano nõ connumeratur in Nouella 115. Et meritò, præsertim verò iure Canonico inspecto, ex quo matrimonium valet, & plena dẽt libertate gaudere, adeò, vt filius, qui cõcessa sibi à lege potestate vtitur, nulla pęna dignus esse videat'.

Et ideò sic argumẽtor: Pater filiam dotare tenetur, ẽt si diues sit, & bona propria habeat. l. vlt. C. de dotis promiss. Nulla vero est lex, quæ dote debita illam priuet eam ob causam, de qua agitur, ergò non est priuanda; Argumento text. in §. Optimè, in Auth. de non elig. secundo nub. ibi; *Nec est lex tale quid dicens.* &c. Quam ob rem occurrit, quod Iurisconsultus dicebat in l. etsi quis, §. Diuus ff. de relig. & sumpt. funer. *Non rectè facere*, inquit, *pœnã tamen in eum statutam non esse.*

Ad primum, secundum ac tertium argumentum contrariæ opinionis respondeo, locum habere, si filia nubẽs dotem non promittat, & maritus eam acceperit absq; dote, tunc enim dotem petere non potest, aliàs secus, quia
D licet maritum inuenerit, & ab eo alatur, non tamen dotem sibi debitam amisit, nec ab ea est excludenda, sed pater suo tenetur officio satisfacere, l. vlt. C. de dot. promiss.

Ad vltimum argum. respondeo, filiam non rectè facere, & peccare grauiter, sed non rectè colligi eam dote priuandam esse, quam ex legibus parens ei dare tenetur.

CAPVT XLVI.

De confiscatione bonorum raptoris, vtrum mulieri raptæ sint applicanda, si matrimonium cum eo contraxerit.



IVstinianus statuit eum, qui mulierẽ rapuit, bonis multandum, eaque mulieri raptæ applicanda, l. 1. C. de raptu virginum. Cęterum si matrimonium cum raptore contraxerit, alia Constitutione decreuit, bona non esse mulieri applicanda, vt in Auth. de rapta muliere, quæ raptori nupsit.

Iam

Iam cõtrouersia oritur, quia iure Canonico valet matrimonium inter raptorem & raptam, c. vlt. de raptorib. nisi eo tempore sit contractum, quo mulier rapta, est in potestate raptoris, vt in Concilio Tridentino, Seff. 24. Oritur inquam controuersia; vtrum nihilominus bona raptoris mulieri sint applicanda? A

Et applicanda esse censuerunt Glos. in c. de puellis, 36. q. 2. Ioan. Lup. in cap. per vestras, 3. not. §. 20. nu. 8. de donatio. inter vir. & vxor. Abbas, Aret. Felyn. & Dec. num. 34. in c. Ecclesia, de constit. Federic. Senensis in consi. 36. Couuar. in Epitome de sponsalib. in 2. p. c. 3. §. 9. n. 1. & 2.

Fundamentum est, quia Iustinianus Imperator ideo lucrum ademit mulieri nubenti bonorum ipsius raptoris, qui illi prohibuit, ne raptori nuberet, vt in Auth. de Rapta muliere, quæ raptori nubit, vers. Quia enim tale stare matrimonium, &c. Cum ergo iuris Canonici autoritate (quod quidem in hac materia iuri Cæsareo anteponendum est) nubere raptori possit, inde videtur inferri posse, tale lucrum bonorum raptoris iam ordinatum, illi B auferendum non esse.

Sed contrariam sententiam habuerunt Anton. Butr. in c. 1. de Sponsalib. Felynus, ibid. nu. 15. Io. Andr. Anchar. & Dominicus, in c. cum secundum, de hæreticis, lib. 6. Ioannes de Anania, in c. pen. de Raptorib. Salicet. in l. vnica, nu. 13. C. de raptu virginum.

Fundamentum est: quia bona raptoris à lege deferuntur mulieri raptæ ea conditione, si raptori non nupserit; Igitur si nupserit, lucrum delatum non obtinebit. Et licet Canones matrimonium permittant, nihil tamen amplius, quod ad tale lucrum attinet, disponunt.

Hæc videtur mihi probabilior sententia. Aut enim ex iure Ciuili sibi tale lucrum mulier vendicat, & non potest, quia non defertur, vbi matrimonium inter raptam, & raptorem contrahitur; Aut ex iure Canonico, & multò minus, quia Canones non illud deferunt.

At inquiunt, matrimonij libertatem impediri, si mulier tale lucrum nubendo amittat, quia sic non libenter C nubet raptori, ne illud amittat. Non rectè: quia non defertur illud lucrum absolutè mulieri, sed ea lege, ne nubat. Poterit ergò nubere raptori, si voluerit, sed lucrum non habebit. Hinc aũt matrimonij libertas non impeditur magis, quàm si quis dixerit, quia mulieribus nubentibus præmium non est à lege constitutum, matrimonium impediri, seu libertatem matrimonij.

At, inquit Couuar. lucrum iam absque conditione vlla constitutum fuerat à lege, quia illa absolutè bona raptoris mulieri raptę applicauit sine vlla conditione. Non rectè: quia Imperator ipse miratus est aliquos ita legem suam fuisse interpretatos. *Sed mirati sumus*, inquit, *quòd conati sunt aliqui dicere, raptam mulierem, siue volentem, siue nolentem, etsi raptoris sit amplexa matrimonium contra nostra Constitutionis tenorem, debere tamen eam raptoris habere substantiam, vel quasi legis præmium*, &c. Et statim subdit: *Qui enim talia dicere præsumpserunt, is prædicta legis seriem intelligere non potuerunt, quia enim tale* D *stare matrimonium, etsi rapta voluerit, prohibuimus*, &c. *Quomodo raptas mulieres raptorum eligentes connubium præmiis honoraßemus rapta datis mulieri?* Hactenus Imperator, qui apertè indicat, se nunquam illud præmium simpliciter & absolutè detulisse mulieri, sed ita demum, si raptori non nuberet.

CAPVT XLVII.

Vtrum fructus rerum mobilium dotis, soluto matrimonio statim ad mulierem pertineant, an verò intra annum ad hæredes mariti.



SOluto matrimonio ad restituendam dotem, si in rebus mobilibus consistat, anni tempus viri hæredib. est concessum, l. vnica, §. exactio, C. de rei vxor. act. Sed an fructus, qui ex rebus mobilibus percipiuntur, seu accessiones, lucrentur A etiam ipsi hæredes, eius videlicet anni, controuersia est nonnulla.

Antiquiores interpretes affirmant, nempe, Bartolus, Castrensis, Aretinus, Albericus, & alij, Iasone teste, in l. diuortio, nu. 18. ff. sol. matr.

Argumenta sunt ista. Hæres videtur esse eadem persona cum defuncto, nec ex eius persona conditio obligationis immutatur, l. 2. §. ex his, ff. de verb. oblig. sed maritus viuens fructus lucratur anni à lege constituti ad restituẽdam dotem, l. si constante, ff. sol. matr. l. si mulier, §. rerũ, ff. rer. amot. Ergò & hæredes illius.

Secundò, hæredes tenentur alere mulierem viduam intra annum, vt docet Glos. in l. vnica, §. exactio, C. de rei vxor. act. Ergò & commodum habere debent ipsorum fructuum, qui ex rebus mobilibus percipiuntur, intra illud tempus.

Tertiò, mulier vidua intra annum videtur esse in primo matrimonio, l. vlt. C. de bonis matern. Ergò sicut B maritus fructus rerum dotalium haberet, si viueret, ita & eius hæredes habebunt.

Sed contrariam sententiam veriorem censeo vnà cũ Zasio, lib. 2. Singularium Responsorum, cap. 3. ad quem videtur se remittere Couuar. de sponsalib. parte 2. cap. 3. §. 9. ante num. 9.

Probatur satis clarè ex d. l. vnica, §. exactio, In illis verbis: *Fructibus videlicet immobilium rerum parti mulieris ex tempore dissoluti matrimonij præstandis. Similique modo pensionibus, vel vecturis nauium, siue iumentorum, vel operis seruorum, vel quæsta ciuilium annonarum, & aliis, quæ sunt eis similia parti mulieris restituendis.*

His verbis Imperator idem statuit de fructibus rerũ immobilium, quod de fructibus mobilium, vt nimirum ex tempore soluti matrimonij ad mulierem pertineant. Idem probatur in l. diuortio, §. non solum, ff. sol. matr.

Confirmatur hæc sententia. Nam ad eum fructus spectant, qui rei est dominus, l. & ex diuerso, §. 1. ff. de rei C vend. Et qui sciens alienam rem possidet, fructus restituere tenetur, l. certum, C. de rei vend. l. 3. C. de cond. ex lege. Sed mulier soluto matrimonio est domina rerum dotaliũ, unde & eas uendicat, l. in rebus, C. de iure dot. Et id sciunt hæredes uiri, uel scire debent, l. leges sacratissimæ, C. de legib. Ergò fructus ei sunt restituendi.

Ad primum argumentum, nego maritum fructus lucrari eius anni, qui ad dotis restitutionem indulgetur. Neque id leges in argumento allatæ dicunt.

Ad secundum respondeo, Glossam in d. §. exactio, nõ ita dicere, sed ita, si mulier aliundè non habeat vnde se alat, alendam esse apud hæredes mariti, qui dotem habent, quod summam habet ęquitatem.

Ex fructibus ergò alenda erit, uel ei dos restituenda, si quid præter alimenta ex fructibus supererit, id ad ipsam, non autem ad hæredes mariti pertinebit.

Ad tertium nego consequentiam, Dum enim uidua est mulier, videtur quo ad aliquid esse in eodem matri- D monio, Et tamen absurdum esset affirmare toto uiduitatis tempore eam esse priuandam fructibus rerum dotalium, & hæredum lucro cedere.

CAPVT XLVIII.

Vtrum maritus expellere Vxorem possit, si non soluatur dos promissa.



VXorem expelli posse à marito, si non ei dos promissa præstetur, censuerunt Abbas, in c. per vestras, de donatio. inter vir. & vxor. & ibidem Ioannes Lup. in 3. notab. Paulus Castr. & Alex. ad l. in insulam, §. vsuras, ff. sol. matr. Salic. in l. quod in vxorem, C. de negot. gest.

Fundamentum est in d. c. per vestras, in illis verbis: *Ne occasione dotis detenta, vxor à viro dimissa, seu vir, qui dimisit vxorem, adulterij reatum incurrat.* Et in l. vlt. C. ad Velleian. in illis verbis; *Neque enim ferendũ est, quasi fortu-*

fortuito casu interueniente, mulierem fieri indotatam, & sic à viro forsan repelli, & distrahi matrimonium, &c,

Sed contrariam sententiam habuit Couuaru. quam & ipse sequor ac probo, in Epitome de spósalib. in secunda parte c.7.n. 2. *Si Christus*, inquit, *summus humani generis redemptor, prohibet vxorem dimitti, excepta fornicationis causa, & tunc iudicio Ecclesiæ dimittenda vxor est, cur Doctores ita liberè ob non solutam dotem maritis dimittere propria autoritate vxores permittunt? quod lege diuina prohibitum est. Rursus lege quidem naturali, & diuina vir tenetur cohabitare cũ vxore, cur ergo ab hac obligatione eximitur dote non soluta?*

Ad textum in c. per vestras, respondetur, Pontificem eo in loco id non permittere, vt vir expellat vxorem propter dotem oon solutam, sed tantum dicit, periculum esse, ne vir eam expellat, intellige de facto, & inde adulterij committendi oriatur occasio

Et hæc responsio valet ad l. vlt. C. ad Velleian. potius enim ibi periculum Imperator indicat, ne matrimoniũ distrahatur, quam distrahi permittat.

CAPVT XLIX.

Vtrum pater duodecim liberorum, immunis existat ab oneribus patrimonialibus.

PAtrem duodecim liberorum ab oneribus patrimonialibus immunem esse docuerunt. Bartol. Ioan. de Platea, & Lucas de Penna, io l. si quis Decucurio, C. de Decurion. libro decimo. Guido Papæ, quæstio. 301. Aret. in Institu. de excusatio. tutor. in princip. numero 4. Ioan. de Anania, in cons. vlt. col. 1. & 2. Viuius, Communium opinionum, verbo, Pater habens duodecim liberos. Rolandus à Valle, in cons. 52. lib. 2.

Fundamentum est in d. l. si quis Decurio, C. de decurionibus. lib. 10. vbi text. ita dicit: *Si quis Decurio pater sit* C *duodecim liberorum, honestissima munerũ quiete donetur.*

Sed contrariam sententiam amplexi fuere Bald. & Rebuff. ad dictam l. si quis Decurio, & alij, quos refert & sequitur Couuar. in Epitome de Sponsalib. in 2. par. c. 8. nõ procul à principio.

Et hæc sententia videtur mihi probabilior. Pobatur enim primò ex l. 2 ff. de Vacat. muner. *Quæ patrimoniorũ* (ait tex.) *onera sunt, numero liberorum non excusantur.*

Secundò ex l sunt munera, ff. eo. tit. *Sunt munera* (inquit text.) *quæ rei propriæ cohærent, de quibus neque liberi, neque ætas, neque merita militiæ, neque vllum aliud priuilegium iure tribuit excusationem.*

Tertiò ex l. rescripto, §. quæ munera, ff. de muneribus & honor. *Quæ munera* (inquit text.) *patrimoniis iniungun tur, &c. talia sunt, vt neque ætas ea excuset, nec numerus liberorum, nec alia prærogatiua*

Quartò ex l. 5. C. de munerib. patrimon. lib. 10. *Neque tempore ætatis*, inquit, *neque numero liberorum à munerib.* D *quæ patrimoniorum sunt, excusationẽ quis habere potest.*

Quintò ex l. 1. C. de his, qui numero liberorum, &c. lib. 10. *Numerus liberorũ* (ait Imperator) *ab onerib. nõ excusat.*

Respondent contrariæ sniæ autores, has leges accipiẽdas esse de numero quinq; liberorum, non autem duodecim, ne pugnent cum d. l. si quis Decurio. Non rectè, quia absolutè loquuntur de numero liberorum. Deinde, quod ineptum esset dicere; Numerum liberorum nõ excusare, si excusaret numerus duodecim liberorum; Deberet enim excipi in ipsis legibus dictus numerus duodecim liberorum.

Tertiò, quia nulla est repugnantia inter dictas leges, & l. si quis Decurio, Nam ad l si quis Decurio, respondetur primum, eam loqui de Decurionib. deinde non loqui de muneribus patrimonialibus, Id patet: Nam in Codice Theodosiano sic legitur. *Qui pater sit duodecim liberorũ, non modò ad Curiam non vocetur, verum etiam, si sit Decurio, honoratissima quiete donetur.* Illa verba *honoratissima*

A *quiete*, conueniunt oneribus personalibus, & sensus est, vt Decurio & pater duodecim liberorum quiescant ab oneribus, quæ personæ iniunguntur, vt liberorum educationi operam dare valent, vt non solum non vocetur, sed etsi vocetur, non teneatur ire, si sit simul Decurio & pater duodecim liberorũ. Neq; ẽt rectè dicitur, cum quiescere, quia à solutione iniuncta patrimonio est immunis.

Confirmatur hæc interpretatio ex loco simili Iurisconsulti in l. semper, §. demonstratur, ff. de iure immun. vbi, loquens de patre sedecim liberorum, ait, talem numerũ filiorum ad excusationem municipalium munerum prodesse, vt filiorũ educationi vacare possit. Verba sunt ista; *Etsi non ab omnibus muneribus dimittit patrem natorũ numerus, tamen quia sexdecim pueros habere te per libellum notificasti, non est irrationabile, vt concedamus filiorum educationi remitti tibi munera.* Ex quibus patet, sexdecim liberorum numerum excusare à muneribus generaliter, non autem duodecim. Videas hac de re Ferdinan. Paez.

B in tract. de Excusatione parentis à muneribus ob numerum liberorum, & Anton. Tessaurum nouissimè in decisio. Pedemont. 267.

CAPVT L.

De legitimatione filiorum per subsequens matrimonium controuersia, sit ne necesse, vt matrimonium inter virum & vxorem contrahi potuerit tempore conceptionis, an verò sufficiat, si natiuitatis tempore poterat contrahi.

T*Anta est vis matrimonii, vt qui antea sunt geniti, post cõtractum matrimonium legitimi habeantur, si autem vir viuente vxore sua aliã cognouerit, & ex ea prolem susceperit, licet post mortem vxoris eandem duxerit, nihilominus spurius erit filius*, &c. vt in c. tanta, qui filij sint legitimi.

C Ex hoc loco conclusio desumitur, per subsequens matrimonium filios antea natos, legitimos fieri, vbi matrimonium inter virũ & vxorẽ cõtrahi poterat, aliàs secus.

Controuersia est in eo, an sit necesse, vt cóceptionis tẽpore matrimonium contrahi possit, an verò sufficiat, si tẽpore natiuitatis filiorum contrahi potuisset.

Et quidem istud præcisè requiri, vt matrimonium cõceptionis tempore contrahi potuerit, responderunt Salicet. in l. filium, C. de suis & legit. hæred. & Anton. Rosellus de legitimatione, col. 8. & 9.

Argumenta sunt ista; Primum ex l. Paulus, ff de statu hom. vbi tempus conceptionis filiorum inspicitur, quo ad eorum statum, licet eis non sit vtile. Paulus enim respondit: *Eum, qui viuente patre, & ignorante de conceptione filia, conceptus est, licet post mortem eius natus sit, iustum filium ei, ex quo conceptus est, esse non videri.*

Secundum est ex l. etsi contra, & ibi Glos. C. de nupt. Nam cum textus dicat matrimonium, quod erat inualidum, nouo consensu confirmari. Ideoq; liberos postea D susceptos legitimos esse, quærit Glos. quid si ante liberi essent suscepti, & respondet non esse legitimos, argumento d. l. Paulus, ff. de statu homin.

Tertium est ex l. ex libera, C. de suis & legiti. hære. vbi dicitur, natum ex seruo & libera, esse spurium, quamuis postea patri libertas superueniat, & natalium restitutio, quod noo alia ratione fieri potest, nisi quia primum tempus est inspiciendum.

Contrariam sententiam secuti sunt Hostiens. Io. And. Ant. Butr. & Cardin. in d. c. tanta, Couuar. in Epitome de sponsalib. in 2. par. c. 8. §. 1. nu. 2. quib. & ipse assentior.

Probatur hæc sententia: quia ita iure constitutum est, vt natiuitatis vel conceptionis tempus inspiciatur, quatenus filiorum legitimitati magis expedit. Quod patet primum ex l qui in vtero, ff. de statu homin. *Qui in vtero est* (inquit text.) *perinde est, ac si in rebus humanis esset. Custoditur, quandiu de commodis eius agitur.* Si ergo de incommodis eius agatur, secus erit, & sic eo casu habendus erit

pro non nato, & natiuitatis eius tempus inspicietur. A

Secundò ex l.5.ff.eod.tit.vbi text.ita dicit: *Ingenui sunt qui ex matre libera nati sunt. Sufficiet autem liberam fuisse eo tempore, quo nascitur, licet ancilla conceperit. Et e contrario, si libera conceperit, deinde ancilla pariat, placuit eum, qui nascitur, liberum nasci.* Idem habetur in §. sufficit, in Instit.de Ingenuis.

Tertiò id patet ex l.nuper, C.de natur.lib. in illis verbis: *Et generaliter definimus, & quod super huiusmodi casibus variabatur, definitione certa concludimus, vt semper in huiusmodi quæstionibus, in quibus de statu liberorum est disputatio, non conceptionis, sed partus tempus inspiciatur. Et hoc fauore facimus liberorum, vt editionis tempus statuamus esse inspectandum, exceptis iis tantummodo casibus, in quibus conceptionem magis approbari infantium conditionis vtilitas expostulat.*

Ad primum argumentum respondeo; Non inspici tēpus conceptionis in specie d.l.Paulus, quia nec eo tempore inspecto, filij legitimi esse poterant. Nam matrimoniū B fuerat contractum à filiafam. sine consensu patris, quo casu erat inualidum, Nec patre mortuo validū efficiebat.

Ad secundum respondeo, glos.in d.l.etsi contra, nihil amplius probare, quam l.Paulus, ff.de statu hom. ad quā legem se refert, cui iam responsum est.

Ad tertium: Nil pertinere ad rem nostram textum in d.l.ex libera, quia nostra disputatio est, an tempus conceptionis sit inspiciēdū vel natiuitatis, eo iam supposito, quod per matrimonium filij legitimentur, vt in d.ca.tanta, At in specie d.legis statuitur, filios iam natos non effici legitimos, ex eo, quod pater libertatem & natalium restitutionem consequatur.

Sed post hæc scripta vidi Franciscum Sarmientum lib.1.Select.interpret.c.5.aduersus hanc sentētiam multa adserentem.

Inprimis texum in d.l.Paulus. Nec obstat quod dicitur ibi nullo tempore matrimonium constitisse. Nam cōstitit post mortem patris filiæ nuptæ, licet enim contra le- C gum præscripta sit contractum matrimonium, si tamen in eadem voluntate perseuerent coniuges, validum efficitur.l.etsi contra, C.de nupt.l.si quis in Senatorio, ff. de ritu nupt.

Confirmatur, quia si matrimonium validum effici nō potuisset, frustrà ibi quæreretur de filiis, an essent iusti & legitimi.

Et cum delictum committatur in coitu, & sic conceptionis tēpore, ridiculum esse videtur inspicere tempus natiuit. Leges verò, quæ dicunt tēpus vel natiuit. vel cōceptionis esse inspiciendum, prout filijs est magis cōmodum, loquuntur, quantum ad libertatem & seruitutem, non autem ad effectum legitimitatis.

Iis nil morantibus à priori sentētia, non recedo. Nā quod attinet ad d.l.Paulus, ita respondet Couua.loco annotato. Non obstat l.Paulus, quia in eo casu nec tempore natiuitatis matrimonium erat legitimum. Nam etsi potuit tunc contrahi, tamen contractum prius eo tempo- D re, quo minimè licebat, non fuit nouo consensu legitimè confirmatum. Itaque ad Sarmientum pertinet onus probandi matrimonium in ea specie fuisse nouo consensu confirmatum, neque enim id constat.

Nec valet illa ratio, alioqui frustra quæri, an filij essent iusti & legitimi. Nam ratio dubitandi fuit, quia post mortem patris contrahi matrimonium potuit, seu contractum nouo consensu confirmari, qua ratione non obstāte, contrarium decidit ibi Iurisconsultus, nimirum, filiū natum legitimum nō esse, quia matrimonium validum non fuit. Quid autem Iuris, si nouo consensu celebratū & confirmatum fuisset, non decidit eo loco Iurisconsult.

Et licet peccatum commissum sit in coitu, tamen inspiciendum esse natiuitatis tempus, quoad filiorum statum, probat l.nuper, C.de naturalib.lib. vbi Imperator id expreisè statuit, & loquitur nominatim quo ad effectum, de quo agitur, nempe, legitimitatis filiorum. Idem docet Nouella 89.§.tel iquum est, vers.multoque magis. Vt merità refellatur id, quod postremo loco Sarmientus dicit, leges se restringere ad statum seruitutis & libertatis.

CAPVT LI.

Vtrum legitimentur filij per matrimonium subsequens etiam absque dotalibus instrumentis.



IVre Canonico filios per subsequens matrimonium legitimari constat ex c.tanta, qui filij sint legit. Sed quoniā iure Ciuili ad hoc instrumenta dotalia requiruntur, l.cum qs, C.de naturalibus lib.§.vlt.in Inst.de nuptijs; Controuersia est: an tales filij pro legitimis habeantur etiam in foro Cæsareo, vbi dotalia instrumenta non interuenerunt ad hoc, vt in hæreditate paterna succedere possint.

Negant Ange.in cons.29.Bald.in l.si qua illustris, C. ad Officia. Luc.de Pen.in l.4.C.de his, qui sponte munera subeunt.lib.10.Soc.iun.in cons.52.lib.1.Curt. iun. in cōs.136.col.2.& ante hos Præpositus, in d.c.tāta, cōl. 15.

Fundamentum est: quia nemo succedere potest in locis Imperio subiectis, nisi Imperiali seu Ciuili lege vocetur ad successionem, l.Lege obuenire, ff.de verb. sig. toto tit.de hæred.ab intest.veniēt. Sed tales filij à lege non vocantur ad successionem, intellige absolutè, tanquam legitimi, ergò nullo modo succedunt.

Si dicatur, sunt legitimi, ergò succedunt, nego consequentiam, quia fieri potest, vt filius sit legitimus, & tamen non succedat. Id patet in filio deportato, & exhæredato, & similibus.

Contrariam sententiam habuerūt Alex.in l.ex facto, §.si quis rogatus, nu.19.ff.ad Trebel.Ias.in l.generaliter, §.cum autem, col.pen.C.de instit.& substit.Ruin.in consil.xii.col.2.lib.1.Parisius in cons.13.nu.49.lib.2.Couuar.in Epito.de sponsalib.in 2.par.c.8.§.2.nu. 8. nouissimè alios citans Anton.Tessaurus decis.Pedemon.83.

Fundamentum est: quia secundum Canones, (quibus in hac materia parendum est etiam in foro Cæsaris) filij sunt legitimi, nec requiruntur dotalia instrumenta. Latè Decius, in cons.155. Ergò absolutè tanquam legitimi succedere debent; Est enim matrimonium Sacramentum, & ideo res spiritualis, vnde quo ad ipsum, & effectus eius, Sacrorum Canonum est disponere ac statuere, quos nō dedignabitur Imperator sequi, atque eis se subiicere.

Et hæc sententia videtur mihi probabilior; Nam filij sic legitimati, à lege vocantur ad successionem, non directè, sed per remotionem obstaculi, in hunc modum; Iure ciuili matrimonium non consistit sine dotalibus instrumentis hoc in casu. Iure Canonico consistit, quod præualet etiam in foro Cæsareo, quia agitur de re spirituali, Ergo filii sunt legitimi, etiam sine dotalibus instrumentis. Si sunt legitimi, ergò ad successionem vocātur. Nihil enim aliud extrinsecus obstat, sicut ingratis & deportatis liberis, & id genus: Quare, si filius, ergo hæres.

CAPVT LII.

Vtrum filij per subsequens matrimonium legitimentur, si eorum parens fuerit clericus in minoribus ordinibus constitutus Ecclesiastica beneficia habens.



AFfirmant Io.And.in Reg.Sine culpa, de reg.iur.lib.6.Bald.in c.1.§.naturalis, si de feudo fuerit controuersia inter dom.& agna. Præpositus in d.c.tanta, col.9.Couuar.de sponsalib.in 2.parte, c.8.§.2.nu.5.

Fundamentum est: quia talis clericus potest vxorem ducere. Neque enim voto castitatis est adstrictus aut aliter impeditus, consequenter videtur inter eum, & mulierem quam cognouit, matrimonium contrahi potuisse quo casu filios legitimari constat, ex c.tanta, qui filij sint legitimi.

Cæterum, negant Barto.in l.pen. ff. de Concubinis,

Luduuic,

Ludouic. de Sardis de legitim. in 2. par. §. de legitimatione per subsequens matrimonium, q. 3. Anton. Rosellus lib. 1. de legit. col. 4. Io. Lup. in c. p vestras, §. 21. nu. 21. de donat. inter vir. & vxor. Franciscus Sarmientus lib. 1. Select. intepret. cap. 5. nu. 7.

Fundamentum est: quoniam inspecto præsenti statu, inter Clericū & mulierem matrimoniū esse nō poterat, Consequenter, filij non sunt legitimi, vt in d. c. tãta. Nec habetur ratio, q alio tēpore esse potuerit, quia huius futuri euentus ratio haberetur, etiamsi quis vxorem haberet, & mulierem cognosceret, ex eaque liberos susciperet, illi essent legitimi per subsequens matrimonium, quia vxore mortua, poterat esse matrimonium inter illum & mulierem, quod tamen est contra textum in dicto cap. tanta.

Sed priori sententiæ vt accedam, magis animus inclinat, quia etiam inspecto præsenti statu, Clericus in minoribus ordinibus constitutus, infrà videlicet Subdiaconatum, matrimonium potest contrahere, licet beneficio Ecclesiastico priuetur, vt in c. 1. & in cap. quod à te, de Clericis coniugatis.

CAPVT LIII.

Quid si matrimonium honestè contrahi non poterat inter virum & mulierem, quia videlicet erat illa minus digna, et vir nobilis; vtrum filij per subsequens matrimonium legitimi efficiantur.

NEgant Angelus in §. sed & aliud, in Authen, quibus mod. natur. effi. leg. & sui. Curt. iun. in cons. 136. nu. 9. 10. Ruin. in cons. 21. nume. 5. lib. 1. & Paulus Picus in l. Titia cum testō, §. Titia cum nuberet, nu. 52. de leg. 2.

Fundamentum est in d. §. sed & aliud, ibi: *Neque dignam eam existimauit legitimo quodam nomine.*

Cæterum affirmant Nicolaus de Vbaldis, de success. ab intest. num. 61. Ias. in cons. 234. lib. 2. Couuar. alios citans, de sponsalib. 2. parte, c. 8. §. 2. nu. 9. Et huic adhæreo sententiæ, quia matrimonium inter has personas valet, licet altera sit vilis & indigna, c. inter opera, de sponsalib. toto tit. de coniugio seruorum. Si consistit matrimoniū, sequitur filios legitimari ex eo, vt in c. tanta, qui filij sint legitimi.

Quod verò in cōtrarium adfertur, ex d. §. sed & aliud, non magna indiget confutatione, quia Canones hac in re sunt præferendi legibus, quoniam spiritualis est, & ex matrimonio, quod est Sacramentum, pendet.

CAPVT LIIII.

Vtrum requiratur consensus ipsorum filiorum, vt per matrimonium subsequens efficiantur legitimi.

NOn requiri consensum filiorum, vt per matrimonium sequens legitimi efficiantur, autores sunt Angelus, in cons. 17. col. 2. Salicet. in disputatione, incipiente. Mediolanensis quidā, in 2. dub. art. 3. Præpositus, in cap. tanta, q. 11. qui filii sint legitim. Io. Lupus, in c. per vestras, tertio not. §. 21. num. 17. de donat. inter vir. & vxo. Couuar. de sponsalib. part. 2. c. 8. §. 2. nu. 13. Franciscus Sarmientus lib. 1. select. interpret. cap. 8. post principium.

Argumenta sunt duo præcipua. Primum. Nam publicè interest filios legitimari per subsequens matrimoniū, c. inter cætera, 22. q. 4. Ergo non possunt iuri suo renunciare, argumento c. si diligenti, de foro compet.

Secundum est argumentum; quoniam non patris voluntas, sed lex facit, vt per sequens matrimonium filij legitimentur, vt in d. c. tanta, qui filij sint legitimi, Ergò filii nequeunt suo dissensu hanc legis voluntatē impedire, l. nemo potest, de leg. 1.

A Contrarium docent Alberic. Bald. & Castrens. in l. Scire leges, ff. de legib. Boerius decis. 160. & alij, quos Antonius Gabrielius commemorat Communium concl. tit. de legitimatione, Concl. 1. nu. 16. versic. Contrarium. Et his ego assentior.

Probatur hæc sententia ex § generaliter, in Authen. Quib. mod. nat. eff. sui. Cuius hæc sunt verba: *Generaliter autem in omnibus, qui per prædictum modum deducuntur ad legitimum ius, tunc id volumus obtinere, cùm & filii hoc ratum habuerint. Nam si soluere ius patriæ potestatis inuitis filiis non permissum est, Patribus multò magis sub potestatem redigere inuitum filium & nolentem, siue per oblationem ad Curiam siue per instrumentorum celebrationem, siue per aliam quamlibet machinationem, tanquam fortem metuentem paternam, iustum non est, neque Imperio & legislatoris ponimus proprium.*

Respondent contrariæ sententiæ autores, illum textum locum habere secundum ius ciuile, quo instrumenta B dotalia requiruntur, quæ ex facto & consensu patris fiunt, non ex legis præscripto. Sed nihil valet hæc responsio: Licet enim instrumenta dotalia requirantur, & ea pendeant ex facto patris, legis tamen dispositio & voluntas facit filios legitimos; Et matrimonium contrahere, ex voluntate & facto patris pendet, & tamen statim intrat legis illa definitiò, qua filij legitimi efficiuntur.

Et cum iure Ciuili text. satis clarum habeamus, nec contrarium iure Canonico sit sancitum, tacitè vel expressè, huic inhærendum puto, sicut enim leges non dedignantur sacros Canones imitari, ita & sacrorum statuta Canonum Principum Constitutionibus adiuuantur, vt in c. 1. de oper. no. nunc.

Ad primum argumentum respondeo; negando publicè interesse, & quidē principaliter, vt filij per subsequens matrimonium legitimentur, neque id dicit text. qui allegatur in d. c. inter cætera, 22. q. 4.

Ad secundum respondeo, ex legis quidem voluntate C legitimationem filiorum oriri, sed nego consequentiam: Nam quod in mei commodum lex statuit, ego repudiare possum secundum antiquam iuris regulam, Omnibus licere ijs, quæ pro se introducta & constituta sunt, renunciare, l. pen. C. de pactis.

CAPVT LV.

Vtrum filij per matrimonium sequens legitimentur, si nati sint ex eis, inter quos matrimonium contrahi non poterat, puta ex soluta & coniugato, altero tamen ignorante, & in bona fide existente.

AFfirmant glos. in ca. tanta, qui filii sint legitimi, in ver. Aliam. Præpositus, in c. quod nobis, col. 3. eo. tit. Anto. Rosell. de legitimatione, par. 1. c. pen. Hostiensis, in d. c. tanta, Dominicus in cons. 66. Ludo. de Sardis, de legi D timatione fol. 9. col. 2. Curt. iun. in cons. 27. num. 8. Rota Romana apud Cassiodorū, Decis. Vnica, tit. de spōsalib.

Fundamentum est in c. ex tenore, qui filij sint legitimi, vbi dicitur: filium natum ex coniugato & soluta, altero ignorante, & in bona fide existente, legitimum esse.

Contrariam sententiam habuerunt Io. And. & Anto. Butr. in d. c. tanta, & ibid. etiam Panormit. Henric. Boic. in d. c. ex tenore, Socin. iun. in cons. 31. nu. 41. lib. 2. Couuarru. de Sponsalib. in 2. par. c. 8. §. 2. nu. 17. & Franciscus Sarmientus alios citās, Selectar. Interpretationū li. 1. c. 6.

Quæ snia videtur mihi probabilior. Primum, ex d. ca. tanta, vbi summus Pontifex inter bonā & malam fidem non distinguit, sic. n. ait: *Si autem vir viuente vxore sua aliam cognouerit, & ex ea prolem susceperit, licet post mortē vxoris eandem duxerit, nihilominus spurius erit filius, &c.*

Deinde hac ratione. Cum quis operam dat rei illicitæ, non inspicitur eius opinio, sed rei veritas l. eum qui nocentem, §. si iniuria, ff. de iniur. l. aut qui aliter, §. si quis dum putat, ff. quod vi aut clam, c. inebriauerunt, 15. q. 1.

Sed

A

Sed mulier soluta dum patitur se cognosci, dat operā rei illicitæ, vt patet, ergò eius opinio & existimatio inspiciēda non est, sed rei veritas, quòd scilicet inter eam & illū, à quo fuit cognita, matrimonium esse non poterat.

Non obstat text. in c. ea tenore, qui in contrarium adfertur, quoniam in ea specie matrimonium præcessit bona fide ea parte mulieris contractum, quamobrem illa putabat se vxorem esse, & consequenter se cognosci posse à viro: At in quæstione nostra mulier nouerat se peccare dū cognosceretur, & sic operam dabat rei illicitæ, licet putaret virum esse solutum, vnde latum est discrimen.

Facit pro confirmatione sententiæ nostræ text. in c. cū inhibitio, §. si quis verò, de clandestina desposatione, vbi dicitur filios natos ex clandestino matrimonio in gradu prohibitio contracto, licet ignoranter, legitimos nō esse. *De parentum ignorantia* (inquit text.) *nullum habitura subsidium* (Proles) *cum illi taliter contrahendo nō expertes sciētiæ, vel saltem affectatores ignorantiæ esse videantur*. Hactenus textus.

B

Vbi vides, quia coniuges sunt in culpa, clā matrimonium contrahendo, quod est iure prohibitum, eorum ignorantiam nō inspici, sic & in casu nostro, quoniam mulier se cognosci permittit contra canones, eius ignorantiæ ratio habenda non est.

CAPVT LVI.

Vtrum filio mortuo ante matrimonium secutum, nepotes ex eo legitimentur per matrimonium postea contractum.



NEgant Alber. & Bald. in l. Benignius, ff. de legib. Castr. in l scire leges, ff. eo. & in l. 1. §. cæterum, ff. de acqu. hær. Alex. in l. Gallus, §. si eius, ff. de lib. & posthu. Ias. in l. si is qui pro empt., nu. 121. ff. de vsucap. Marsi. singu. 121.

C

Fundamentum est, q ex persona filiorum legitimatio in nepotes descendat. Si ergo filius sit spurius, non possunt ea eius persona nepotes esse legitimi, quia videlicet medium est inhabile. l. 1. §. cæterum, ff. de acq. poss.

Huc accedat tex. in l. si is qui, ff. de adopt. vbi dicitur, non posse quempiam adoptari ex filio iam mortuo, quia scilicet deficit habilitas extremi à quo, quo in casu fictio non procedit, ex traditis in d. l. si is qui pro emptore.

Contrariam sententiam habuerunt Barthol. Soc. in l. Gallus, §. si eius, ff. de lib. & postu. Alc. in 1. par. præsump. in fine, & lib. 3. Paradoxor. cap. 16. Guliel. de Benedictis, in c. Raynut. de testamentis, vers. Et vxorem. num. 181. Bald. in c. innotuit. col. pen. de elect. Couuar. de spōsalib. par. 2. c. 8. §. 2. nu. 19.

Et hæc sententia mihi videtur probabilior. Primum, ex l. si filium, ff. de gradib. vbi dicitur. *Si filio meo mortuo Titium adoptauero, videri eum defuncti fratrem fuisse*, si adoptatus filius censetur frater filij iā mortui. Igitur & filij nati ex eo, qui iam est mortuus, legitimi esse videntur.

D

Probo consequentiam. Nam sicut in specie ista deficit habilitas extremi à quo, quia f. filius est mortuus ante matrimonium contractum, ita etiam deficit in d. l. si filium. Et sicut ibi adoptatus pro fratre habetur, quia si tunc alter filius viueret, eius frater esset, ita ēt hi nepotes pro legitimis habendi sunt, quia si tunc viueret eorum parens, esset ipse legitimus, & consequenter ex eo nati.

Secundo probatur hæc sententia. Nam icirco filius per subsequens matrimonium legitimatur, quia lex fingit matrimonium contractum fuisse antequā filii nascerentur, & sic matrimonium ipsum in fauorem filiorum retrotrahit, sed si initio matrimonium contractum esset, filius mortuus iam legitimus esset, & nati ex eo, ergo, etsi postea contractum fuerit, erit idem iudicium.

Ad primum argum. respondeo dato, q nepotes suam ex filio consequantur legitimitatem, non tamen sequitur filio mortuo medium esse inhabile.

Primo, quia licet filius sit mortuus, non est tamen inhabilis, iuxta l. si filium, ff. de gradib.

A

Sc dō, quia sufficit habilitatem extare respectu matrimonij, quod est principale, ex quo descēdit filiorum legitimatio, & nepotū. Illud aūt extremum est habile, quia matrimonium fingitur ab initio esse cōtractum, vt dixi.

Ad l. si is qui, ff. de adopt. respondeo, nō dicere id quod in argumento habetur, sed hoc dicit: non posse aliquem vt nepotem ea filio adoptari, nisi nominatim dicatur ex quo filio, puta ex Luc. Tit. vt patet in tex.

CAPVT LVII.

Filius ex coitu damnato, & nefario natus, si Rescripto Principis legitimetur; an absolutè ac per omnia legitimus efficiatur, & sic utrum sit dispensatio, an autem uera legitimatio.



B

DIspensationem esse, non autem legitimationem responderunt Bald. in l. 1. C. de natur. lib. Castr. in cons. 30. lib. 1. Curt. sen. in cons. 73. in 4. Dubio. Syluanus in cons. 45. nu. 43. Barbatia in cons. 58. nu 5. lib. 2. Dec. in cons. 264. nu. 3. & 610. Socin. iun. in cons. 120. nu. 19. lib. 2. Parisius in cons. 2. nu. 23. Gozadinus in cons. 85. nu. 6.

Fundamentum est; quia filius hoc in casu natus est ex iis personis, inter quas matrimonium esse nō potest, Vnde ex legitimatione imago esse non potest matrimonii.

Huc accedat tales filios spurios esse, & nulla Principis clementia dignos, vt in §. vlt. in Auth. quib. mod. nat. eff. sui, siue iuxta Holoandri translationem in Nouella 74. circa fin. *Eos enim*, inquit, *qui semel ex odibilibus nobis, & propterea quoque prohibitis nuptiis procedunt, neque naturales vocari neque participanda eis vlla clementia est*. Et secūdum versionem Iuliani. *Primum quidem*, inquit, *omnis, qui ex complexibus aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit, iste neq; naturalis nominatur, neq. alendus est à parētibus neq; hēbit quoddam ad præsentē legē particip.ū.*

C

Adde quod appellatur dispensatio in c. per venerabilē, qui filij sint legitimi.

Contrariam sniam habuerunt Alber. in rub. de Decretis ab ordine facien. nu. 20. Soci. ad l. Gallus, §. si eius, col. 3. ff. de lib. & posthum. Ias. in cons. 11. col pen. & cons. 40. col. 2. lib. 3. Ruin. in cons. 87. nu. 12. lib. 3. Alciat. ad Rubr. de lib. & posthum. nu. 21. Couuar. in Epit. de sponsalib. in 2. parte, cap. 8. §. 8.

Fundamentum est, quia hæc sunt ex iure positiuo, vt vocant; Hæc enim differentia inter legitimum & spuriū ex iure procedit, Natura enim omnes filij sunt legitimi. Princeps igitur ius illud potest auferre, §. sed naturali, in Inst. de iure natur. gent. & Ciu.

Quod verò non possit esse matrimonium inter eos, ex quibus filius est procreatus, nil referre videtur, neque enim legitimus efficitur, quasi fingatur ex legitimo natus matrimonio, sed ex Principis clementia & gratia.

D

Et licet Imperator dicat tales filios eius clementia dignos non esse, non tamen eos legitimari posse negat, ex speciali quadam ipsius Principis voluntate & beneficio.

Porrò q dispensatio appelletur in c. per venerabilem, nil mirum, cum legitimatio sit quædam dispensatio, quatenus videlicet is, qui est alioqui spurius & illegitimus, efficitur legitimus & ad succedendum idoneus.

Ego posteriorem hanc sententiam veriorem esse opinor; quia cum spurius talis à Principe scienter legitimatur, & natalibus restituitur, in consequentiam legibus derogatur, quæ eum indignum esse omni clementia dicunt. Ita enim Princeps vult & verè potest, ex quibus duobus mediis omnis actio nostra perfectionem suscipit. Principem velle, patet ex rescripto. Posse verò patet ea eo, quod hęc iuris ciuilis & positiui esse cōstat. Argumenta in contrarium iam sunt resutata.

CA-

CAPVT LVIII.

Vtrum Princeps legitimare possit alterius subditum, ita, vt succedat etiam in ijs bonis, quæ sunt in alterius territorio, si legitimati pater consentiat, & alij, quorum interest.



Affirmant Bald. in prooemio Cod. col. pen. Nicolaus de Vbaldis de success. ab intest. parte 1. nume. 106. Dec. in cons. 55. nu. 7. Rosel. de legitimatione lib. 2. c. 2. Ang. in cõs. 350. nu. 9. Crotus ad l. Gallus, §. & quid si tantum, col. vlt. de lib. & postum.

Fundamentum est: quia actus legitimationis pertinet ad voluntariam Iurisdictionem. §. generaliter, in Auth. quib. mod. nat. eff. sui. Consequenter coram quocunque Iudice, & omni in loco fieri potest, l. 2. ff. de off. procons. l. 2. C. de emancipatis liberis. Præsertim, quia nemini fit præiudicium hoc in casu, cum pater consentiat, is enim bona sua vel in mare, vt dicitur, proijcere posset, & sic multo magis consentire, vt filius legitimetur, & successionis eius capax efficiatur.

Confirmatur hæc sententia. Nam vel à Pontifice maximo quis legitimatur, vel ab Imperatore. Si à Summo Pontifice, valere debet legitimatio, quia is habere dicitur casualiter iurisdictionem in omnibus locis, vt habetur in cap. per venerabilem. Qui filij sint legitimi. Si verò ab Imperatore, idem, quia si non actu, at saltem habitu is dicitur esse dominus mundi, l. deprecatio, ff. ad l. Rhod. de iactu.

Negant autem magis communiter Doctores Petrus Ancharan. in cons. 120. Abb. in d. c. per venerabilem, nu. 23. & ibi. But. col. 4. Alex. in cons. 67. lib. 1. Couuar. de spõsalibus secunda parte, cap. 8. §. 8. num. 14. Syluester Aldobrandinus, inter consil. Iacopini Riminal. consil. 717. nu. 12. lib. 4.

Et hæc sententia videtur mihi probabilior, duobus potissimum argumentis. Primum ex l. vlt. ff. de iurisdict. omnium iudicum. *Extra territorium nulla est iurisdictio.* Secundum est ex dicto capit. per venerabilem, qui filij sint legitimi, vbi Summus Pontifex ait, legitimare se filios Regis Franciæ, quoniam id facit absque alterius iniuria, cum Rex Franciæ nemini sit subiectus. Ergo si legitimetur aliquis, qui sit alicui Principi subiectus, absque talis Principis consensu, iniuria illi videtur fieri, & sic de iure non licet.

Ad primum argumentum, concedo legitimationem voluntariæ Iurisdictionis esse, Neque enim aliquis inuitus legitimari potest. Sed nego eam coram quocunque Iudice fieri posse. Ad probationem, dico illas leges loqui, quando is, qui consensit, Iurisdictionem illam prorogare potest, vt quia is, cuius prorogatur Iurisdictio, est sub eodem Principe, & de bonis agitur, quæ sunt in territorio eius, cuius prorogatur Iurisdictio.

Ad alterum argumentum respondeo, licet nemini fiat præiudicium, non tamen inifertur Iurisdictionem acquiri in eos, qui non sunt subditi. Neque enim priuatorum consensus iudicem facit, l. priuatorum, C. de iurisdict. omn. iud.

Ad tertium respondeo, legitimatum à summo Pontifice succedere posse in bonis positis in eius ditione temporali. Licet enim iurisdictionem vbique, etiam temporalem habere dicatur casualiter, eam tamen ipse profitetur, se nolle exercere cum alterius iniuria, vt habetur in d. c. per venerabilem.

Et quod attinet ad Imperatorem, ille dicitur esse mundi dominus, quoad protectionem, actu verò multi alij sunt Principes, qui eum in suis ditionibus, vti superiorem, non agnoscunt, vt notum est.

A

CAPVT LIX.

Vtrum filius Clerici legitimari possit à Principe laico, vt in bonis patris succedat.



Filium Clerici à laico Principe legitimari nõ posse respondit Dominicus à S. Geminiano, in c. vlt. de iudic. in 6. & Parisius in consil. 2. nu. 23. lib. 2. atque ita in Senatu Parisiensi anno 1562. constitutum fuit, filium Sacerdotis Regijs Codicillis legitimum fieri non posse, teste Gregorio Tholosano lib. 10. Syntag c. 4. in fine.

Fundamentum est illud, quia ad legitimationem filij patris consensus requiritur, vt in Auth. quib. modis naturales eff. sui. & declarat optimè Decius, in consil. 338. nu. 9. Clericus autem in laicum consentire non potest, c. si diligenti, de foro compet.

Præterea clericorum bona à laicorum iurisdictione sunt exempta, c. Ecclesia S. Mariæ, & ibidem Abbas, col. B pen. de Constit. Ergo Princeps Laicus aliquem ita legitimare non potest, vt in eis succedat.

Contrariam sententiam habuerunt Socinus senior, in cons. 47. lib. 4. Calderin. in cons. 3. tit. qui filii sint legitimi. Cæsar Lambertinus de iure Patronatus, lib. 1. in 2. parte, q. 2. art. 29. nu. 17. & alij, ut per Couuar. de sponsalib. in 2. parte, c. 8. §. 8. nu. 10. Isti docent filium Sacerdotis posse legitimari à Principe laico, ad effectum vt succedat in bonis patris sui, scilicet temporalibus seu patrimonialibus, non autem Ecclesiasticis.

Et mihi videtur sanè probabilior sententia. Primum ex §. illud, in Auth. quib. modis natur. eff. sui. in illis verbis: *Quid enim, si ad Sacerdotium alter eorũ ascendat,* &c. His enim verbis indicat Imperator, Sacerdotis filium à se posse legitimari.

Deinde hac ratione. Nam nullum subest hic impedimentum: Non ex parte personæ, quia laicus est qui legitimatur. Non ex parte bonorum, patrimonialiũ quia sunt C temporalia, non Ecclesiastica, Vide Stephanum Aufreriũ de Potestate Principis secularis circa bona Ecclesiastica & personas Ecclesiast. & quę tradit Andręas Geyll, lib. 1. Obseru. 37. nu. 4.

Ad primum argumentum. Respondeo, non hic vllam prorogari Iurisdictionem à Clerico. Nam consentit duntaxat, vt filius legitimetur, quod absque Principis præsentia facere potest, non ideò consentit, vt Principis Iurisdictionem proroget, quam ipse Princeps iam habet in filium eius laicum, & bona eius, sed consentit pro suo iure & præiudicio, ne scilicet inuitus hæredem & successorem habeat.

Ad alterum argumentum. Respondeo, bona quidem Ecclesiastica exempta esse à Iurisdictione laicorum, non autem temporalia, nisi quo ad hoc, vt Tributis, seu Collectis sint obnoxia. Neque enim Clericorum bona, laicorum Collectis sunt obnoxia, vt bene declarat Cardinal. Robertus Bellarminus de Controuersijs fidei, in 5. Con D trouer. lib. 1. cap. 28. Propo. 4. In alijs nulla lex inuenitur, quæ illa eximat. Vide Geyll. & Aufreriũ locis annotatis.

CAPVT LX.

De legitimatione filij nati ex adulterino coitu, Controuersia vna.



Legitimationem filij ex adulterino coitu susceptu, quando vterque, vir & mulier vinculo matrimoniali tenentur, nõ valere, si Principi legitimanti simpliciter narretur, eum, qui legitimandus est, ex adulterino concubitu susceptum esse, sed præterea illud exponendum, nempe, duplex peccatum adulterij fuisse commissum, tam videlicet à patre, quàm à matre, eo quod ambo essent vinculo matrimonij obstricti, respondit Oldrad. in cons. 247. Alberic. ad Rubr. C. de natur. lib. Præpos. in c. per venerabilem, qui filij sint legit. Dec. in cons. 55. nu. 4. & 338. nu. 7. Couuar. de sponsalib. in 2. parte, c. 8. §. 9. nu. 3.

P Funda-

Fundamentum est: quia rescriptum gratiæ videtur A subreptitium, & ideo non valet, cum ea non narrantur Principi, quę eum ad gratiam concedendam reddere possunt difficiliorem, c. Dudum, de elect. c. super litteris, ca. postulasti, de rescript. Sed videtur reddi difficilior, si intelligat adulterium tam ex parte viri, quam ex parte mulieris admissum fuisse, longè inquam difficilius videtur concessurus gratiam, quam si simpliciter intelligat, filium ex adulterio natum esse, quia existimare potest ex parte tantum unius ex parentibus admissum fuisse, Ergo talis legitimatio, vti subreptitia, non valet.

Contrarium respondit Angelus in cons. 204. Cuius sẽtentia videtur mihi probabilior: Nam certum est adulterium ex parte mulieris nuptæ, maius esse delictũ, quã ex parte viri, Grauius est enim crimen, *vbi celebrati coniugii iura violantur, & vxoris pudor soluitur*, inquit text. in c. Nemo, 32. quæst. 4. Princeps igitur intelligere potest ex eo, quod narratur filium ex adulterio natum esse, adulterium à muliere nupta commissum esse, consequenter B etsi nesciat virum, qui eam cognouit, similiter vxorem habuisse, & sic iura coniugij sui quoque violasse, parum referre videtur, Neque enim ex parte viri propriè adulterium dicitur, nec tanquam adulter punitur, vt notatur in l. 1. C. de adulr. Guid. Papæ, in cons. 153. & alij, vt per Rolandum à Valle, in cons. 74. nu. 12 lib. 1.

Vnde ad argumentum contrariæ sententiæ responsum patet: quia non est verisimile Principem difficilius consensurum, etsi intellexisset, virum fuisse cõiugatum. Cum iam id, quod grauius erat, intellexerit: Nempe mulierem adulterium admisisse, & ex tali adulterino coitu filium procreatum.

CAPVT LXI.

Vtrum valeat filij spurij legitimatio, vbi ipsa species spurietatis nominatim Principi exposita non sit. C



Filij Spurij legitimationem factam valere, licet Principi legitimanti ipsa species spurietatis nominatim exposita non fuerit, autores sunt Bald. in l. si qua illustris, C. ad Orfician. & in c. 1. §. naturales, Si de feudo fuerit controuers. inter dom. & agnat. Præpositus, in c. per venerabilem, in 4. quæst. qui filij sint legitimi. Dec. in consil. 55. Io. And. in c. vlt. de filiis presbyter.

Fundamentum est in regula vulgari, & planè brocardica, Cogitatum in genere sufficit. l. qui iure militari, ff. de testam. milit.

Sed contrariam sententiam amplexi sunt Anto. Butr. in d. c. per venerabilem, col. 15. Dec. in cons. 579. Cagnol. in d. l. si qua Illustris, nu. 25. C. ad Orfician. Couuar. de sponsalib. in 2. par. c. 8. §. 9. nu. 4.

Et hæc sententia videtur mihi probabilior, quia quanto magis turpis & damnatus est coitus, ex quo filius est D procreatus, tanto maius est crimen, & filius magis odibilis, vt in §. vlt. in Auth. quib. mod. natur. effi. sui. Ergo qualitas & species ipsius spurietatis exponenda est Principi.

Probatur hæc collectio, quia Principi exponẽda sunt omnia, quæ ad gratiam concedendam ipsum retrahere aut reddere difficiliorem possunt, c. postulasti, de rescrip. Illa vero qualitas spurietatis potest esse tam mala, vt Princeps à gratia concedenda retardetur. Igitur exponenda esse videtur ea qualitas spurietatis.

Nec ad rem facit, quod est in d. l. qui iure militari, ff. de militari testam. Ibi enim, siue in genere, siue in specie, vt loquuntur nostri, de filio posthumo fuerit à milite cogitatum, idem est effectus, vt scilicet testamentum non rumpatur.

CAPVT LXII.

Quis sit sensus Regulæ Cancellariæ 48. Legitimationem fieri debere sine præiudicio venientium ab intestato.



Duplex est Doctorum sententia hac de re. Altera, hunc esse sensum dictorum verborum vt legitimatus non ab intestato succedat, si liberi extent, vel collaterales, vel alij coniuncti vsque ad quartum gradum, immo etiam alij in infinitum. Ita Baldus inter consilia Angeli, in consil. 265. Aretinus ad l. Gallus, §. & quid si tantum, nu. 26. ff. de lib. & postum. Corneus in cons. 3. lib. 1. & 93. lib. 2. Socin. in d. §. & quid si tantum, nu. 8. & in cons. 95. nu. 39. & 41. lib. 4. Capra in cons. 157. Cepolla in consil. 66. nu. 23. Curtius sen. in consil. 74. num. 27. Vbaldus de success. ab intest. num. 117. Io. Dilectus, de Arte testandi, lib. 3. Cautela 18. Decius, in cons. 338. & 610. Ruinus, in consil. 19. num. 4. lib. 3. Socin. iun. in cons. 120. num. 16. lib. 2. Couuar. de sponsalib. in 2. parte, c. 8. §. 10. Vasquius, lib. 3. de successio. progress. §. 2. nu. 92.

Fundamentum est in eo, quod hæc sit dictorum verborum sententia: *Sine præiudicio venientium ab intestato*, vt nullum prorsus præiudicium venientibus ab intestato inferatur. Ab intestato autem veniũt non solum filij, sed etiam fratres & cæteri cognati, vt patet ex toto tit. de hæred. ab intesta. venien.

Altera est sententia sensum esse, vt filijs duntaxat non præiudicetur; Cæterum, si alij extent proximiores, cum ijs legitimatus succedat. Ita responderunt Angelus in cõsil. 264. Anchara. in consil. 153. Alexand. in consil. 187. & 188. lib. 5. Socinus senior, in cons. 41. num. 6. lib. 3. Ias. in cons. 110. col. vlt. lib. 4. Alciatus, ad Rub. ff. de liber. & posthum. & alij, quos refert & sequitur Franciscus Sarmiẽtus, lib. 1. Selectarum Interpr. c. 8. nu. 7.

Fundamentum est. quia nisi hæc interpretatio valeret nihil ipsa legitimatio prodesset quoad successionem: Nã semper aliqui extarent proximiores, & omnibus deficiẽtibus, ad fiscum pertinet successio.

Vt autem nil prodesse debeat legitimatio, vix concedi posse videtur, quoniam legitimati nihil à legitimis differunt, & vna cum alijs succedunt, vt in §. sit igitur licentia. In Auth. quib. mod. natur. effi. legit. & in §. Sit igitur, in Auth. quib. mod. natur. efficiantur sui.

Ego vero priorem sententiam magis probabilem existimo tum ex verbis regulæ, tum ex ratione eius. Verba sic se habent. *Voluit quod in dispensationibus super defectu natalium, quod possint succedere in bonis temporalibus, ponatur clausula, quod non præiudicetur illis, ad quos successio bonorum ab intestato pertinere debeat.*

Hæc sanè verba non solum de filijs accipienda sunt, ad quos successio bonorum ab intestato pertinet, verum etiam de alijs, quia sunt generalia, & omnes comprehendunt.

Ratio verò legis est: quia gratiæ & fauores Principum alijs pręiudicium inferre non debent, l. 2. §. merito, ff. ne quid in loco pub.

Quod vero dicitur hac interpretatione recepta, nullum emolumentum allaturam esse legitimationem, nihil mouet; Primum, quia multum adferret emolumenti, eam ob causam, quod filius erit successionis & aliorum bonorum capax ex testamento. Deinde, quia nullis proximioribus extantibus, non fiscus, sed ipse ad successionem vocabitur, Neque enim est credẽdum ea reseruatione Principis, habitam fuisse fisci rationem, argumento l. primæ. C. de secundis nuptijs.

CA-

CAPVT LXIII.

Vtrum mater, quæ ad secunda vota transiuit, legitimæ supplementum petere possit in bonis filij ex primo matrimonio suscepti, qui minus legitima portione ei reliquit.



SI filius primi matrimonij matri suæ secundò nubenti testamento condito certam relinquat quantitatem, quæ pro legitima non sufficiat, eam supplementum petere non posse responderunt Soc.iun.in cons.97.lib.4.& Augustinus Berous in cons.34.lib.2.

Mouentur autoritate text.in §. Hic nos, in Auth. de nuptijs, in illis verbis: *Si igitur legitimè filius testatus fuerit, & reliquit matri substantiam, siue partem eius aliquam, hanc illa accipiat per scripturam, quia vbique custodire morientium volumus voluntates, et habeat, quod dimissum est aut datum, & secundum proprietatem. & secundum vsum,* &c. Quibus verbis Imperator significat: matrem contentam esse debere eo, quod ei est relictum à filio. Nam si repletionem legitimæ petere posset, non vtique voluntas testantis filij custoditetur, vti voluit Imperator.

His adstipulatur eorum sententia, qui docent matri secundò nubenti legitimam non deberi ex bonis filiorum primi matrimonij; Ita docuit Bald. in Auth. ex testamento, C. de secun. nupt. Menoch. in cons.237.lib.3. Autoritate text. in eodem §. hinc nos, in illis verbis. *Si autem intestatus filius moriatur, iam ad secundas veniente matre nuptias, aut postea veniente, vocetur quidem & ipsa cum filijs aut filiæ fratribus secundum nostram constitutionem ab intestato ad eius successionem, sed quanta quidem, quæ ex paterna substantia ad filium peruenerunt, eorum solummodo habeat vsum, ad secundas omnino siue antea, siue postea, peruenions nuptias,* &c. Si enim vsumfructum habet tantum ergo legitimam non habet, quia illa in solo vsufructu nō consistit, sed est tertia pars bonorum, vt in Auth. de Triē te & Semisse.

Quibus nō obstantibus, contrariam sententiam amplector, pro qua respondit Hyppolytus Riminald. in consil.305.lib.3. Moueor eo argumento, quod certum sit regulariter matri legitimam deberi ex bonis filii integram ideoque supplemētum ab ea peti posse, vt in §. cæterum, in Auth. vt cum de appell. cognosc. Quare in hac generali regula satis est intentio fundata matris binubæ, vt nil aliud sit necesse, præterquam duo argumenta refutare, quæ superius allata sunt.

Ad primum ex §. hinc nos, in Auth. de nupt. in vers. si igitur. Respondeo, non eam esse illius text. sententiam, vt mater quocunque relicto contenta esse debeat, nec possit legitimæ supplementum petere, sed sensus est; Matrem secundò nubentem pleno iure, hoc est, tam quo ad proprietatē, quam quo ad vsumfructum acquirere id, quod sibi à filio testamento est relictum, licet alioqui ab intestato non succedat, nisi quo ad vsum, seu vsumfructū. Hanc expositionem verba text. suadent, Alteram vero dissuadent, Primum, illa verba textus, quibus in fine dicitur, *Alijs omnibus, quæ de successionibus dicta sunt, parentum in filijs, aut filiorum in parentibus intactis manentibus.* Deinde illa quæ in principio habentur, nempe: *Si igitur filius legitimè testatus fuerit.* &c. Videtur enim legitimè testari, cum in legitima saltem, vti iure constitutum est, matrem suam instituit.

Ad alterum argumentum. Respondeo, nec etiam id cōsistere, quod in eo dicitur, matri secundò nubenti legitimam non deberi, Vt meritò contrariam sententiam amplexi fuerint Bald. in cons.314.lib.4. & Hippol. Rimin. dicto cons.305.nu.22.lib.3. quibus omnes alij adstipulātur, qui docuerunt, matrem secundo nubētem, relinquere debere omnia bona, quæ consecuta est ex successione filiorum primi matrimonij, ipsis filijs primi matrimonij, comprehensa etiam ipsius matris legitima. Nam & ii videntur tacitè fateri, matri legitimam deberi. Ita verò do-

A cuerunt Bald. in cōs.5.lib.4. & 340.eo.lib. & alii a Gabrielio citati commu. concl. tit. de secund. nupt. concl. 3.nu.8.

Non obstat text. in d.§. hinc nos. in vers. si autem intestatus filius. Neque enim hoc vult, matrem in solo vsufructu succedere, quasi vsusfructus duntaxat matri deferatur. Immo verò succedit pleno iure, sed quia tenetur ipsa bona relinquere filiis primi matrimonii, nec alienandi potestatem habet, ideo dicitur vsumfructū habere, quia scilicet in dies vitæ suæ bonis frui potest. Latum vero est discrimen, vtrum absolutè vsumfructum tantum consequatur, an vero plenum ius, cum ea tamen conditione relinquendi filiis primi matrimonii. Nam si nulli extent filii ex primo matrimonio, ipsa mater domina erit bonorum absolutè, nisi ex filiis præmortuis extent nepotes, l. in quibus, C. de secund. nupt. Ita docet text. in d.l. fœminæ, in fine, ibi: *Quod si nullam ex priore matrimonio habuerit successionē, vel natus natæve decesserint*, &c. Si vero simpliciter vsufructuaria esset, ea mortua, semper extin-

B gueretur. § finitur, in Instit. de vsufructu.

CAPVT LXIV.

Vtrum, sicut mater secundò nubens, quæ ex successione filiorum primi matrimonij reseruare tenetur filiis primi matrimonij, ita etiā & pater, ad interpretationem l. fœminæ, C. de secun. nupt. & aliarum legum.



COntrouersiam ipse habeo cum aliis Doctoribus, quorum placita & sententias, nunquā soleo contemnere, quę plerunque sunt iuri cōsentanea. Nam existimo id, quod in muliere secundò nubente constitutum est in l. fœminæ, C. de secund. nupt. eam relinquere debere filiis primi matrimonii, quæ ex filiorum successione eiusdem matrimonii consecuta est, ad uirum secundò nubētem nequaquam pertinere.

C Et moueor autoritate text. in §. cum igitur, in Auth. de non eligendo secundò nubentes, &c. in illis verbis. *Sicut enim patres, si ad secundas veniant nuptias, non fraudamus filiorum suorum successione, nec aliqua est lex tale aliquid dicens*, &c. Et infra: *Colligentes igitur huius legis partes, Sancimus. quoniam matrem secundum quod iam dudū diximus, assimilamus patri in antenuptiali donatione, & ipsam sustinere quidem pœnas, sicut sustinet pater in dote. In hereditatem autem filiorum sine tergiuersatione veniant, et pater & mater secundum subiectas vtriq; casui quæstiones.* Et quamuis quo ad matrem secus sit statutum in §. hinc nos, in Auth. de nuptiis, tamen in patre nihil est innouatum à Iustiniano.

Nec ab hac sententia me deterrent, quæ pro communi adferuntur, patrem & matrem hac in re æquiparante, vt uidere licet ex Gabrielio commu. concl. tit. de secund. nupt. concl.3.nu.3.& Andr. Geyll, lib.2. Obser.98.

Nam primò adfertur text. in §. quia uerò, in Auth. de

D non eligendo secundò nubentes, ubi dicitur pœnas contra binubos, communes esse uiri & mulieris. Respondeo textum loqui quoad lucra nuptialia, nempe dotis, & donationis propter nuptias. Verba sunt ista. *Quia uerò contra binubos pœnæ communes sunt uiri & mulieris; ille quidē in dote ad secundas ueniens nuptias, periculum sustinebit, hæc autem in antenuptiali, seu propter nuptias donatione.* Hactenus Imperator.

Secundò adfertur textus in l. generaliter, C. de secun. nupt. Respondeo, in eo loco non agi de iis bonis, quæ pater consecutus est ex successione filiorum primi matrimonii, sed ex successione uxoris. Verba sic habent. *Generaliter censemus quocunque casu Constitutiones ante hanc legē mulierem liberis communibus morte mariti matrimonio dissoluto, quæ de bonis mariti ad eam deuoluta sunt, seruare sanxerunt, iisdem casibus maritum quoque, quæ de bonis mulieris ad eum deuoluta sunt morte mulieris matrimonio dissoluto communibus liberis reseruare*, &c.

CAPVT LXV.

Vtrum, quod est constitutum in l. fœminæ, C. de secundis nuptijs, locum habeat in muliere nubente cum consensu filiorum, vel cum consensu viri sui, vel ex permissu Principis, & in minore 25. annis.

Vod constitutum est in l. fœminæ, C. de sec. nupt. haudquaquam sibi locum vindicare, vbi mater consentientibus filijs prioris matrimonij nubit, communis est Doctorum sententia, sed quoniam varia sunt responsa eorum, secundum varias ac diuersas factorum circumstantias, adhibenda est distinctio quædam, quam propositis aliquot Cóclusionibus explicabo, tum quid mihi videatur, subiungam.

Prima conclusio. Si filij prioris matrimonij expressim consentiant, vt ad secundas nuptias mater transeat, & simul remittant ius, quod habent; Inter omnes conuenit omninò cessare, quod constitutũ est in d. l. fœminæ. Quoniam vnusquisq; renunciare potest iuri suo, l. penult. C. de pactis. Ita respondit Angelus in cons. 396. & Dec. in cons. 309. nu. 7.

Secunda conclusio. Si filij, vt supra, secundis nuptijs consentiant, licet ius suum non remittant, cessat nihilominus l. fœminæ. Nam volenti & consentienti non dicitur fieri iniuria, l. 1. §. vsq; adeo, ff. de Iniur. Incidit autem mater in eam Constitutionem ob iniuriam, quam videtur inferre filiis primi matrimonij, vt in §. prospeximus, in Auth. de non elig. secundò nub. Ita respondit Rom. in cons. 219. Deci. in cons. 206. 317. 396. 604. Boerius decis. 185. num. 20.

Tertia conclusio. Si minores 25. annis existant filij, vt supra, consentientes secund. nupt. matris suæ, consentiant verò propter iustas causas, idem est statuendum qđ in præcedenti conclusione. Ita Angelus, in cons. 396. nu. 4 Menochius, in cons. 237. nu. 21. lib. 3.

Quarta conclusio. Si filij minores, vt supra, cõsensum præbeant, nulla iusta causa ad id eos impellente, secus est dicendum. Neq; enim cessabit dicta constitutio. Ita Bal. in cons. 22. lib. 5. Bald. Nouell. de dote, par. 6. priuileg. 27.

Quinta conclusio. Si filij ætate maiores tacitè consentiant, vt quia non conquerantur, matremq; & vitricum diligant, eisq; cohabitent, cessat constitutio dictæ legis. Ita Bald. in Auth. ex testamento, C. de secund. nupt. Dec. in cons. 206. Boerius decis. 185. nu. 20. Gratus in cons. 83. lib. 2. hactenus distinctio.

Iam quid mihi videatur, dicam. Ego priorem conclusionem probo, & quartam quoque, cæteras non probo. Nam sic statuo: Filios prioris matrimonij secundis nupt. matris suæ consentientes, nullum sibi inferre præiudicium, ideoq; excludendos non esse à beneficiu d. l. fœminæ, & aliarum legum, sicuti præclarè docet Sarmientus, lib. 1. Selectarum Interpretationum, c. 4. Nam inprimis nulla est lex tale aliquid dicés. Deinde nulla ratio id suadet, quid enim filius peccat matri consentiendo, vt secundas amplectatur nuptias, quas etsi vellet impedire, non debet, neque potest?

Ita vero iure constitutum est, vt qui contradicendo actum impedire nequit, nullum consentiendo sibi paret præiudicium, l. Caius, ff. de pignor. act. l. quæ dotis. ff. sol. matr. latè Tiraquel. de retractu conuentionali, §. 1. Glos. 9 nu. 146.

Neq; enim ijs assentior, qui existimant ita constitutũ esse aduersus secundò nubentes mulieres propter iniuriam duntaxat filijs primi matrimonij illatam. Nã mater quidem & defuncti memoriam, & filiorum charitatem, cum ad secundas transit nuptias, negligere uidetur, ut Imperator dicit in § Sin autem tutelam. in Auth. de nuptiis, sed non ob eam causam tantum, atq; adeo in pęnã & uindictam id cõstitutum fuit aduersus eam. *Res enim est* (inquit Imperator in Auth. Neq; uirum quod ex dote est, &c. ad finem) *& castitate plena, & bonis moribus cõgrua, & paterno, maternoq; affectu plena, ut quod eis parentes sponte non seruant, hoc post Deum, qui est communis omnibus pater, dicimus autem qui Imperium habet, per legem iis qui à parentibus læsi sunt, seruet.*

A

Quare ut maximè filii matris nuptijs consentientes iniuriam sibi factam remittere uideantur, non tamen legibus renunciare censentur, quæ summa rõne & æquitate, in eos ita lęsos beneficia conferunt & lucra. Eadẽ rõnibus inductus, nec probo eorum sententiam qui docẽt mulierem secundò nubentem cum consensu prioris uiri à dictis constitutionibus alienam fore, uti Bald. in d. l. fœminæ, Rom. in cons. 219. Dec. in cõs. 620. And. Geyll. lib. 2. Obseru. 98. Etenim, quid peccat uir cõsentiens, ut mulier nubat, quæ liberã nubendi potestatem habet à Deo? Aut quo pacto parens iniuriam filijs, non nisi post ipsius mortem irrogandam, quæ quidem mors patria soluit potestatẽ, remittere poterit? l. sed si vnius, §. filiofa. ff. de iniurijs.

B

Quare meritò an vera sit sententia, de qua supra dixi, dubitauit Corasius lib. 3. Miscellaneor. ca. 1. & Ripa in d. l. fœminæ, & Dec. ad rubr. eiusdẽ tit. C. de sec. nupt.

Porrò, minimè omnium probari mihi eorum sñia potest, qui constitutionibus dictis locum esse negant, vbi mater ex Principis permissu nubit, vel si minor sit 25. annis, vt apud Boerium decis. 185. Quæ enim est lex, quæ ratio huius sñię? An l. vlt. ff. de senatorib. qua declaratur mulierem impetrare posse à Principe, vt licet ad secund. nupt. transeat, dignitate tamen prioris viri perfruatur? Nil sanè ad rẽ facit. An l. 2. C. si aduersus delictũ, qua ita est constitutũ, vt mater minor annis 25. ad secundas trãsiẽs nuptias, filiorũ successione non priuetur, quib. de iutore non prospexit? Sed hæc lex planè aliena ac diuersa est à nostra specie, quare nec magna indiget cõfutatione.

CAPVT LXVI.

C

Ad interpretationem l. hac edictali, C. de secundis nupt. Vtrum mulier secundo marito vltrà modum in ea lege expressum donare possit, si non suo, sed nomine filiorum stipulatus fuerit.

I mulier secundo viro stipulãti pro filiis suis plus donauerit, quam filiis primi matrimonii, vtrum reuocari possit iuxta constitutionem l. hac edictali, C. de secund. nupt. non est eadem omnium sententia.

Bald. inter consilia Pauli Castr. lib. 1. respondit reuocari non posse, & idem respõdit in cons. 22. lib. 5. Curt. iun. in cons. 79. Castr. in Auth. vnde etsi parẽs, C. de inof. test. Dec. in Auth. Præterea, col. 4. C. vnde vir & vxor, & alii à Gabrielio citati, cõmu. cõcl. tit. de sec. nupt. cõcl. 4. n. 58.

Sed contrariũ respondit Io. de Lignano, in cons. 263. Vnum est supponẽdum, inter Pauli Castr. cñ. lib. 1. necnon Ricard. de Salic. ibidem, in cons. 261. Pręclarissimi,

D

& ipsemet Bald. in cons. 161. Quædam nobilis Domina Agnesina. lib. 1. Corn. in cons. 82. lib. 3. Ruin. in cons. 112. lib. 1. & alii à Gabrielio citati loco annotato.

Cæterum Crauetta in cons. 193. nu. 11. horum sententiis relatis distinctionem adhibet, in hunc modum. Vt si filii non nascantur, pro quibus pater stipulatus est, aut nati viuente matre non ratificent patris stipulationem, tũc sit locus constitutioni d. l. hac edictali. Si uero ratificent, secus; qua quidem repudiata distinctione, posteriorẽ sententiam Io. de Lignano, & sequacium amplectitur Stracha in additionibus ipsius Crauettæ. in d. cons. 193.

Fundamentum prioris sñiæ illud est, quoniam mulier secundò nubens plus donare potest filiis secundi matrimonii, quàm filiis primi matrimonii, dummodo ipsis legitimam portionẽ relinquat, ut habetur in §. Illud quoque, in Auth. de nuptiis, ubi Iustinianus hortatur quidẽ parentes, ut inter liberos primi & secundi matrimonii æqualitatem seruent, non tamen eos cogit, sed mandat ut legitimam eis portionem relinquant, ut patet ibi.

Hanc

Hanc itaque partem de aquitate filiorum,&c. Consequenter cessat constitutio d.l.hac edictali, vbi mulier non vitrico, sed ipsis filijs secundi matrimonij plus relinquit, vel donat. Sed in specie, de qua agitur, mulier non vitrico, sed filijs donat. Est enim Vitricus hac in re nudus minister, dum stipulatur filijs; Ergo donatio, seu relictum valet, nec reuocari potest, argumento textus in l.Sulpitius, ff.de Donatio.inter virum & vxorem. vbi Iurisconsultus in simili specie perpendit ministerium patris, ibi. *Alioqui si solo eius ministerio vsa est*, &c.

Fundamentum verò contrariæ sententiæ in eo est positum, quòd in d.l.hac edictali, non solum directè mulier prohibetur plus donare vitrico, quàm filijs primi matrimonij, verùm etiam indirectè, vt patet ex illis verbis. *Omni circumscriptione, si qua per interpositam personam, vel alio quocunque modo fuerit excogitata, cessante*, &c. Videtur autem in proposita specie quædam excogitata circumscriptio, vt videlicet vitrico donetur. Tùm, quia eius contemplatione donatum filijs videtur, Tùm, quia dum pater stipulatur filio, videtur ei donare, l.2.& 3.C.si quis alteri vel sibi, &c. Et sic prius patri seu vitrico donatum, & ab eo profectum in filios.

Ego verò id respondendum prorsus censeo in hac specie, quod Iurisconsultus respondit in d.l.Sulpitius, ff.de donat.inter vir.& vxorem, cuius elegantissima verba placet etiam adscribere. *Sulpitius Marcello. Mulier, quæ ad communem filium volebat, qui in potestate patris erat, post mortem patris fundum peruenire, eum patri tradidit, vti post mortem restituatur filio. an donatio tibi videatur, vt nihil agatur, an valeat quidem, sed mulieri potestas datur, si voluerit, eum repetere. Respondit, si color, vel titulus, vt sic dixerim, donationi quæsitus est, nihil valebit traditio, id est, si hoc egit vxor, vt aliquid ex ea re interim commodi sentiret maritus, alioquin si solo eius ministerio vsa est, & id egit, vt vel reuocare sibi liceret, vel vt res cum omni emolumento per patrem postea ad filium transiret, cur non idem perinde sit ratum, ac si cum extraneo tale negocium contraxisset, hoc est extraneo in hanc causam tradidisset?*

Sic & ipse statuo in hac nostra specie, si color sit quæsitus donationi, & id actum tacitè, vel expresè, vt vitricus emolumenti aliquid sentiret, id, veluti factū in fraudem legis, ratum non esse, circumscriptionemq; videri lege prohibitam. Si verò filijs duntaxat commodum quæratur, nihil eis nocere puto, quod patris ministerio vsa mater fuerit, cum & extranei vti potuisset.

Ex varijs porrò causarum figuris circumstantijsque vtrum sit quæsitus color, & circumscriptio subsit, cognoscendum ac diiudicandum erit. Neque enim certis id iam regulis constitutis demonstrari potest.

CAPVT LXVII.

Si minus legitima portione liberis, aut vni liberorum prioris matrimonij fuerit relictum, vel collatum à matre secundò nubente, quo casu supplementum petere potest; vtrum vitrico tantum relinqui possit, etiam habita ratione dicti supplementi, ad interpretationem d. l.hac edictali.



Vm mulier ad secunda vota migrās nihil amplius secundo viro relinquere possit ac donare, quàm vni ex filijs primi matrimonij, cui minus reliquit ac donauit: incidere possumus in hanc speciem, donauit mulier vni ex filijs decem, quæ tamen ad legitimam eius portionem non sufficiunt, quam ob rem & supplementum rectè petet filius, vt in §.cæterum, in Auth. vt cum de appell. cognosc.l.omnimodo, C.de inoff.testam. Vtrum & secundo viro decem duntaxat relinquere, ac donare possit, an verò amplius, nempe tantum, quantum ipse filius pro legitimæ suæ repletione consequi poterit.

Duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ. Altera est Saliceti, in Commentarijs d.l.hac edictali, in 7.quæst. Is A negat vitrico donari posse amplius, quàm in filiū est collatū, nulla ratione habita, q̄ possit supplementum legitimæ petere & consequi. Idem & Ruinus respondit in cōsil.58.lib.5.& alij à Gabr.citati commu.concl.ti.de secundis nuptijs, concl.4.nu.34.

Fundamentum est in d.l.hac edictali, quæ decernit tātum posse relinqui ac donari vitrico, quantum relictum vel donatū est vni ex filiis primi matrimonii, cui minus est relictum; quod enim ea supplemento filius habet, nō dicitur et relictum à parente, vt patet.

Altera vero est sententia Baldi in commentariis d.l.hac edictali, rationem habendam talis supplementi, atq; adeo vitrico tantum posse relinqui ac donari, quaotum ad filium effectu peruenerit.

Idem respondit Io.de Anania, in consi.67.& ibi Ludouicus Bologn.in additionibus, & alii à Crauetta citati in consi.193.nu.12.vers. Et hic considerandum est, & alii à B Gabr.citati loco superius annotato.

Fundamentum est in d.l.hac edictali, in illis verbis: *Quod si plures liberi fuerint, singulis æquas partes habentibus, minime plus, quam ad vnumquemque eorum peruenerit, ad eorum liceat vitricum, nouercamve trāsferri*, &c. Illud verbum, (*Peruenerit*) maximè iuuat hanc sententiam, quoniam ad filium, cui minus est relictum legitima portione, supplementum eius perueniet, cum ei debeatur.

Rursus in sequentibus verbis. *Sin autem non æquis portionibus ad eosdem liberos memoratæ transierint facultates, tunc quoque non liceat plus eorum nouercæ*, &c. *quam filius vel filia habet*, &c. Atqui filius habet hoc in casu non id solum, quod relictum est, verum etiam id, quod deest ad legitimam portionem, ergo & tantundem vitrico relinqui poterit.

Confirmatur argumētum hoc ex l.quoniam, C.eo. tit. ibi: *His ampliora, quæ vni filio, vel filiæ ex anteriori matri* C *monio progenitis, danda, vel relinquenda sunt*. Quibus verbis indicatur, habendam esse rationem eius, quod filio dandum & relinquendum est, & sic legitimæ portionis.

Respondet Salic. illa verba tea. intelligenda esse secundum subiectam materiam, nempe, de eo, quod relinquēdum & dandum est liberis in comparatione vitrici, vt sic tantum filius consequatur, quantum vitricus.

Non rectè, quia non est portio mensuranda filiorum ex portione vitrici, sed contra: neque enim prohibentur coniuges plus donare filijs primi matrimonij, quàm vitrico, vel nouercæ: Sed contra plus vitrico & nouercæ donare, quàm filijs, lege prohibitum est.

At contra Salic.& cum eo Ruinus. Si locum haberet posterior hæc sententia, nunquam vitricus haberet minus legitima filio debita, quod est falsum.

Petitio principij, vt vocant, hæc est. Nam cur falsum est? Id enim est in controuersia. Dicimus enim, si plus relinquatur vitrico, vel nouercæ, quàm filiis, non posse D eos consequi plus, quàm filij consecuturi sint, ratione habita etiam supplementi legitimæ, & hoc in casu vitricus habebit vsque ad legitimam filij, sed in alijs casibus quin minus quandoque habiturus, nil prohibet. puta si minus relinquatur ei, quàm filijs.

Ego posteriorem hanc sententiam amplector, ac pro eius confirmatione perpendo alia verba d.l.hac edictali, nempe illa: *Ita tamen, vt quarta pars, quæ eisdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuatur, nisi ex iis causis, quæ de inofficioso excludunt querelam.* Sententia legis est: vitrico & nouercæ non amplius relinqui posse, quam filijs primi matrimonij, ita tamen, vt quarta ex legibus debita non minuatur, hoc est, vt ipsa quarta integra relinquatur ipsis liberis. Ergo si non relinquatur filiis integra legitima portio, non prohibentur vitricus & nouerca plus consequi, quàm filijs sit relictum. Quia verò nec plus consequi possunt, quam ad filios peruenturum sit, & habiturus sit filius, ille, cui minus est relictum, rectè concluditur, id consecuturum vitricum, nouercamque, quod filius ex supplemento debito consecuturus est.

CAPVT LXVIII.

Vtrum l. hac edictali, C. de ſecund. nupt. locum habeat, ſi minus ſit relictum filiæ fœminæ excluſæ per ſtatutum à ſucceſſione parentum.



PLeriſque in locis Italiæ ſtatuto cauetur Municipali, vt exiſtentibus filijs maſculis, fœminæ ab inteſtato non ſuccedant, ſed debeant dotari. Si igitur pater, vel mater ad ſecundas migrauerit nuptias. & parum, vel nihil filiæ fœminæ fortaſſe nuptæ, reliquerit; an ſecundo viro plus relinquere poſſit, in controuerſia eſt. Etenim non poſſe reſpondit Soc. ſen. in conſi. 35. lib. 4. Dec. in conſil. 396. non procul à fine, & alij à Gabr. citati commun. concluſ. ti. de ſecundis nuptijs, concl. 4. nu. 40.

Fundamentum eſt, quia commoda hæc, quę filijs prioris matrimonij lex defert, ob tranſitum parentum ad ſecundas nuptias, ſeparata ſunt à ſucceſſione, & illis acquiruntur, licet parentum hæredes non ſint, l. hæres, C. de ſecundis nupt.

Cæterum, contrariam ſententiam habuit Angelus, in §. optimè, in Anthen. de nuptijs. Ripa, in l. fœminæ, in 8. quæſt. C. de ſecund. nupt. & alij à Gabrielio citati loco ſuperius annotato.

Fundamentum eſt, quia ita conſtitutum eſt in d. l. hac edictali, ob iniuriam, quam parentes uidentur facere filijs prioris matrimonij, dum plus vitrico, vel nouercæ donant ac relinquunt, quàm ipſis. Sed cum filia eſt à ſucceſſione parentum excluſa vigore ſtatuti, iam non facit illi parens iniuriam, etſi nil det, vel relinquat, quia nõ tenetur ei quicquam dare, præter dotem.

Ego vero in priorem ſententiam facilè deſcẽdo. Nam ratio l. hac edictali, eſt hæc, quia ex ſecundis nuptijs filij prioris matrimonij magnopere læduntur, & ne magis ẽt læderentur, proſpiciendum fuit, erat enim metuendum ne in vitricum & nouercam neglectis filijs omnia conferentur à parentibus, legitimæ portione excepta, quod ſanè iniuſtum erat.

Quare lex generaliter prohibuit, ne plus conferrent in vitricum, vel nouercam, quàm in ipſos filios.

Hæc igitur prohibitio locum habere debet etiam quo ad filiam ſtatuto excluſam; etſi enim parentes illi relinquere, non teneantur quicquam præter dotem, non tamen prohibentur relinquere ſi velint. Nec tenẽtur etiã uitrico & nouercæ quicquam relinquere.

Iuſtius ergo æquiuſque eſt, vt filiæ ſic excluſæ plus relinquant, quàm vitrico, vel nouercæ, conſequenter legis ratio etiam hoc in caſu locum habet.

Huc accedat. Nam etſi filijs primi matrimonij integra legitimæ portio relinquatur, tamen locum habet d. l. hac edictali: nec illa ratio valet, ꝙ parẽs plus filijs relinquere nõ teneatur: Ergo & in propoſita ſpecie valere nõ debet.

Ad argumentum reſpondetur, etſi parens tali filiæ nõ teneatur plus relinquere, nihil tamen refert, quia neque vitrico & nouercæ relinquere tenetur, quamobrẽ ſi plus reliquerit his, q̄ filijs, iniuſtè facit, & iniuriam inſert ipſis filijs, merito lege vindicandam. Prima enim cauſa ſucceſſionis eſt liberorum, non mariti, vel uxoris, vt patet.

CAPVT LXIX.

Si plus donetur vitrico, vel nouercæ à parente, qui ad ſecundas tranſit nuptias, quàm filijs primi matrimonij; Sitne illud inter ipſos ſolos diuidendum, an verò etiam vitrico & nouercæ pars debeatur.



NOn eſſe diuidendum inter ſolos filios primi matrimonij, ſed portionem virilem tribuendam eſſe vitrico quoque & nouercæ, ſenſit Glo. in d. l. hac edictali, in verbo, Diuidi, C. de ſecund. nupt. Salicet. ibi, in 2. quæſt. Bald. in conſi. 263. lib. 4. Caſtrenſ. in Auth. Præterea, C. vnde

A vir & vxor. Dec. in conſi. 246. Io. de Anania, in conſi. 67. & alij à Gabrielio citati commu. concluſ. tit. de ſecundis nupt. concl. 4. nu. 57.

Fundamentum eſt, quia lex permittit, vt vitrico & nouercæ tantum relinquatur, quantum ipſis filijs primi matrimonij, vt patet ex d. l. hac edictali, & ex §. optimè, in Auth. de nuptijs. Vnde & conſequens eſt, talem diuiſionem non eſſe alienam à ſententia & mente ipſius legis, ſed potius illi conformem, vt ſaltem tantum habeat vitricus & nouerca, quantum filij.

Contrariam ſententiam amplexus eſt Stephanus Bertrandus in Commentarius d. l. hac edictali, in verbo, ita tamen, nu. 15. & in verbo, ſi verò plus, nu. 18. Crau. conſil. 193. nu. 13. & alii à Gabrielio citati loco ſupra proximè annotato.

Fundamentum eſt in d. l. hac edictali, in illis verbis: *Si verò plus, quam ſtatutum eſt, aliquid nouercæ, vel vitri-*
B *co relictum, vel donatum, aut datum fuerit, tanquam non ſcriptum, neque derelictum, vel donatum, aut datum ſit, ad perſonas deferri liberorum, & inter eas diuidi iubemus.* Idem habetur in d. §. optimè, in Auth. de nuptiis.

Quibus verbis apertè indicatur, totum, quòd plus eſt, diuidendum eſſe inter filios primi matrimonii. Cur ergo etiam vitricum & nouercam adiungamus, eiſq; partem adſcribamus, quos ipſa lex omittit?

Ad argumentum reſpõdetur; lex quidem hoc permittit, vt nihil plus relinquatur, nec abhorret, ut tantum habeant vitricus & nouerca, quantum ad filios peruenerit; ſed tamen ſi plus nouercæ, aut vitrico detur, non minus disertè ſtatuit, id omne ad filios (nulla ipſius vitrici ac nouercæ mentione habita) transferri.

Et ita deciſum eſt à Rota nouiſſimè, totum, quod aufertur, applicandum eſſe filijs, deciſ. 756. in 3. par.

CAPVT LXX.

C *Vtrum id, quod filij primi matrimonij auocant à nouerca, vel vitrico, imputare debeant in legitimam debitam ex bonis parentis.*



SI liberis prioris matrimonij minus legitima portione ſit relictum à parentibus, ſupplementum eos petere poſſe certum eſt. Sed controuerſia eſt, ſi parentes plus relinquãt vitrico, vel nouercæ (ſecundis quippe nuptijs contractis) quo in caſu illud plus auocare poſſunt, iuxta l. hac edictali, vtrum id, quod ita auocant, in legitimã eis debitam ſit imputandum.

Et quidem imputandum eſſe reſponderunt Alex. in conſil. 158. lib. 5. Anchar. in conſi. 101. Alc. ad l. in quartam, circa fin. ff. ad leg. Falcid. & alii ex antiquioribus, quos commemorat Gabr. commu. concl. titu. de ſecund. nupt. concl. 4. nu. 60.

Fundamentum eſt, quia in legitimam imputantur fi-
D lio, quæcunque habet ex ſubſtantia patris, l. quoniam nouella, l. ſcimus, §. repletionem, C. de inoff. teſtam. Sed id, quod auocatur, ex conſtitutione d. l. hac edictali, ex ſubſtãtia parentis deſcẽdit, ergo in legitimã imputari debet.

Contrariam ſententiam ſecuti ſunt Glo. in §. optimè, in verbo, quippe, in Authen. de nuptiis. Crauetta alios plures commemorans in conſi. 194. & alii à Gabrielio citati loco annotato.

Fundamentum eſt in d. l. hac edictali, & in §. optimè, in Auth. de nuptiis, quibus in locis indicatur, vtrumque filios primi matrimonii poſſe obtinere, nempe, legitimã portionem, & præterea illud plus, quòd nouercæ & vitrico eſt relictum, vel donatum, illis verbis textus: *Ita tamen, vt quarta pars, quæ eiſdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuatur, niſi ex iis cauſis, quæ de inofficioſo excludunt querelam.* Et rurſus illis: *Sin verò plus, quàm ſtatutum eſt, aliquid nouercæ vel vitrico relictum, vel donatum aut datum fuerit, ad perſonas deferri liberorum, & inter eas diuidi iubemus.*

His poſtremis uerbis continetur auocatio, cũ plus relictum

lictum est Vitrico, vel Nouercæ. Prioribus autem verbis necessitas illa designatur, legitimæ portionis relinquendæ, ex quo efficitur vtrunque posse filios obtinere, & portionem legitimam, (neque enim auferri eis absque causa pôt) & illud plus, quod relictum est Vitrico vel Nouercæ.

Confirmatur hac ratione: Nam diuerso iure hæc debentur filijs prioris matrimonij, legitima quidem, cùm sint filij, quod autem auocatur à Vitrico, vel Nouerca, illud habent filij ex lege ita disponente propter transitum parentis ad secundas nuptias.

Et hæc sententia videtur mihi verissima; Etenim ea non imputantur in legitimam, quę licet ea substantia patris procedant, aduentitio tamen quodam iure acquiruntur, veluti ex iure accrescendi, ex substitutione, & similibus, vt in l. Scimus, §. Repletionem, C. de inoff. testa. Hoc cautem lucrum aduenire filijs videtur extrinsecùs, nempe ex eo, quòd parens ad secundas nuptias transierit, & vitrico, vel nouercæ plus reliquerit, neque enim directè illud ex parente habent, immò verò contra parentis voluntatem, vt patet.

Vnde, non obstat id, quod dicitur; In legitimam imputari, quæ ex patris substantia proueniunt, quia ita debet intelligi, si parens ea relinquat, det, vel donet, vt patet in dote, donatione propter nuptias, & similibus, de quibus loquitur textus in l. quoniam nouella, secus verò, si aliunde, quàm ex patris voluntate habeat filius; nempe, ex lege ita disponente aduersus patris voluntatem, tunc enim habet illud filius à lege potius, quàm à parente, & sic aduentitium magis est, quàm profectitium. Vnde, non imputatur, vt in d. §. Repletionem, ibi: *Non si quid ex alijs causis filius lucratus est, vel ex substitutione, vel ex iure accrescendi, vt puta vsusfructus. Humanitatis enim gratia sancimus, ea quidem oîa quasi aduentitio iure eum lucrari*, &c.

CAPVT LXXI.

Dos à patre profecta, vtrum ad patrem reuerti debeat mortua in matrimonio filia, liberis superstitibus.



Elebris & sæpè agitata quæstio est, non solùm apud veteres & recentiores interpretes, ad l. dos à patre profecta, C. sol. matr. verùm etiam apud Doctores passim consulentes.

Eorum catalogum hic adscribendum nô putauimus, quoniam eo nos, atque alios labore leuauit, Antonius Tessaurus decis. Pedem. 190. Omisit tamen, nisi fallor, Anton. Fabr. lib. 1. Coniectur. Iuris, c. 16.

Ego (quod à nemine factitatum hactenus scio) argumenta vtriusque sententiæ fideliter & accuratè referam, tùm quid ipse sentiam, breuiter explanabo.

Qui igitur existimant dotem ad patrem redire filia in matrimonio defuncta, superstitibus liberis, tribus potissimum argumentis in hanc sententiam adducuntur.

Primum ex l. iure succursum, ff. de iure dotium. *Iure succursum est patri* (ait textus) *vt filia amissa, solatij loco cederet, si redderetur ei dos ab eo profecta, ne & filiæ amissæ, & pecuniæ damnum sentiret*. Sunt & aliæ decem leges, quæ idem dicunt, & citantur à Glos. in d. l. dos à patre, quæ quidem leges cùm simpliciter loquantur, nec distinguant, vtrum liberi adsint, nec ne, simpliciter etiam intelligendæ sunt; Præsertim, quia si nulli extent liberi, nulla est ratio dubitandi, quin ad patrem dos reuertatur; Certum enim est, patrem in successione filiæ omnibus esse præferendum, præcipuè marito ipsius filiæ, quare vt aliqua sit ratio dubitandi, sic videntur generaliter accipiendæ, vt dictum est, scilicet etiam liberis extantibus.

Alterum argumétum est ex eo, quod Vlpianus in fragmentis apud Cuiacium, tit. de Dotibus scribit, mortua in matrimono filia, dotem reuerti ad patrem, seruatis tamé penes maritum in singulos liberos quintis. Hæc verò quintarum retentio, propter liberos sublata est à Iustiniano, in l. vnica, §. Sileat. C. de rei vxor. act. Ex quo efficitur

A iam nouo iure liberè dotem ad patrem reuerti, etiam filijs existentibus.

Tertium, quia dotis actio cōis est patri & filiæ, l. 2. §. quod si in patris, ff. sol. matr. ergò mortua filia consolidatur in patrem, vt notat Bar. & alij in d. §. quod si in patris.

At eorum, quibus contra videtur; dotem apud maritum & liberos remanere debere, nec patri restituendam, argumenta hæc sunt.

Primum ex l. vlt. §. 1. ff. vt legator. nomi caueat. Verba textus sunt ista: *Idem quæsijt testatricem apud maritum suum, ex quo filium reliquerat, res deposuisse nō exacta cautione depositionis, an eæ res patri hæredi restitui debeat: an verò, quoniam emolumentum totius hæreditatis ad filiū defuncta reuerti deberet, apud maritum remaneret, apud quē dos remansisset. Respondit, quod mulieris mansisset, nec in dote fuisset, restituendum esse hæredi.* Illa verba textus; *Apud quem dos remansisset*, manifestè probant, dotem apud maritum remansuram liberis extantibus. & verba illa: *Nec*

B *in dote fuisset*, indicant dotē patri non esse restituendam.

Secundum est ex l. illam, C. de Collatio. quatenus ibi nepotibus necessitas imponitur conferendi dotem, tùm succedunt auo, qui post filiam decessit. Nam si ad auum (patrem scilicet matris eorum) dos reuerteretur, non esset in ea specie de collatione tractandum inter ipsos nepotes, quia dos apud eos non esset, sed apud auum.

Tertium est ex l. post dotem, ff. sol. matr. vbi Papinianus scribit, patrem qui sine voluntate filiæ (ita enim restituendum esse locum illum rectè censit Cuiacius lib. 4. obseru. c. 21.) stipulatus est, diuortio facto dotem dari, si post impletam stipulationis conditionem filia moriatur, posse quidem ex stipulatu agere, sed non aliter, quàm si filia sine liberis decesserit.

Quartum argumentum est ex l. si filiusfa. ff. ad Maced. vbi dicitur, mortua in matrimonio puella, patri repetitionem dotis dari. Puellam enim interpretari debemus illam, quæ nullos liberos suscepit, ex l. Vxorem, §. Testa-

C mento, de leg. 3.

Postremum est ab æquitate. Nam cùm dos sit propriū ipsius filię patrimonium, vt in l. 3. §. sed vtrum, ff. de minorib. æquum esse videtur, vt in ea succedant liberi ipsius.

Rursus cùm dos marito detur pro oneribus matrimonij, l. pro oneribus, C. de iure dot. æquum est, vt liberis existentibus, in quibus educandis onus est maximum, dos apud virum remaneat.

Denique, cùm ob matris mortem maximus sit dolor filiorum, vt etiam ad eosdem successionis emolumentum perueniat, æquitatis & rationis est. Idque erit ex voluntate filiæ, quæ liberos suos magis, quàm patrem dilexit, vt liberis potius, quàm patri dos restituatur.

Ego hac in re sic statuo: Si agatur de filia in potestate patris existente, priorem sententiam non solùm esse probabiliorem, sed etiam certissimam; si verò agatur de filia emancipata, posteriorem esse verissimam.

Ratio mea est; quia in bonis profectitijs, sicut est dos

D à patre profecta, filius in potestate existens, non habet hęredem, nec quidem filium, quoniam illa patri pleno iure acquiruntur, cùm nihil sit immutatum à Iustiniano in profectitijs. textus in §. 1. in Auth. de hæred. ab intestato, ibi: *Licet enim defunctus sub alterius potestate fuerit, tamen eius filij, cuiuslibet sexus sint, aut gradus, etiam ipsis parentibus præponi præcipimus, quorum sub potestate fuerit qui defunctus est, in illis videlicet rebus, quæ secundùm nostras alias leges patribus non acquiruntur. Nam in vsu harum rerum, quæ debent acquiri, aut seruari, nostras de his omnibus leges parentibus custodimus.*

Si ergò in his bonis profectitijs, quia patri acquiruntur, hæredes non habet filiusfamilias, etiam filios suos, sequitur dicendum dotem profectitiam ad patrem pertinere filia defuncta, non autem ad liberos, vel maritum, neque enim maritus hæres esse potest, vt nec filij ipsi, sed pater bona profecta occupat iure profectitij peculij.

Quòd si de filia emancipata sit quæstio, hęc omnia cessant, quia pro matrefamilias habetur, & de bonis quibus-

cun-

cumque testari potest, eaque ad suos hæredes transmittere, neque enim patri acquiruntur, sed ipsius filij sunt pleno iure, cessante patria potestate, & eius effectu omni, vt patet.

Ad primum argum. respondeo: illam legem loqui de filia emancipata, vt ex eo patet, quod testamentum fecit in illa specie. Constat enim filiumfam. testamentum facere non posse, l. qui in potestate, ff. de testamentis.

Hæc responsio valet ad secundum etiam argum. quia textus in d. l. illam, loquitur de filia emancipata.

Respondet Antonius Faber loco superius annotato, non esse discrimen constituendum inter filiam emancipatam, & in potestate existentem, quia licet filia sit emancipata, tamen dos à patre profecta, ad patrem reuertitur, l. 5. ff. de diuort. l. filiæ, ff. sol. matr.

Non rectè, quia filia emancipata pro matrefam. habetur, consequenter ad filios, quos habet, tanquam hæredes, dotem suam transmittit, patri enim non acquiritur cessante patria potestate, & filij in successione patri defuncti præferri debent, quare tunc demum ad patrem dos reuertitur filiæ emancipatæ, cum nullos illa liberos reliquerit.

Ad tertium respondeo, textum in d. l. post dotem, loqui specialiter de filia, cui pater dotis actionem donauit, vt ex eo patet, quod dicit ex interuallo post contractas nuptias patrem stipulatum sibi dotem reddi, neque. n. ex interuallo pater filia non consentiente stipulari potest, quia deteriorem causam in dote filiæ ex interuallo facere non potest, vt habetur in l. quoties, ff. sol. matr.

Et sic illud est argumento, dotem filiæ acquisitam, alioqui nulla est ratio, cur etiam ex interuallo deteriorem causam pater facere non possit, nisi quia actio dotis antea quæsita est filiæ.

Si ergò filia decesserit in matrimonio liberis extantibus, ad illos, tanquam hæredes, dos perueniet, non ad patrem, quia in dote profectitia, cuius actionem pater filiæ donauit, hæredes habere potest filia, vt declarat Bart. in d. l. post dotem, nu. 27. & ibid. Ias. nu. 58. & 59. Si verò filios non relinquat, meritò pater ex stipulatu aget, quia tunc nullus est hæres filiæ in dote, qui patrem agentem ex stipulatu remouere possit exceptione illa. *Si non ex voluntate filiæ stipulatus sit.*

Ad quartum respondeo; Id tantum ex allegato textu probari, filia mortua in matrimonio sine liberis, dotem ad patrem redire propter verbum, *Puella*, sed sunt aliæ leges, quæ de filiafamilias loquuntur, vt l. dos à patre, C. sol. matr. l. iure succursum, ff. de iure dotium, & aliæ concordantes.

Nec enim placet Fabri sententia existimantis illud verbum, *filiafamilias* ab imperito interprete adiectum, cum nullo hæc sententia solido fundamento nitatur.

Ad postremum respondeo, non vsque adeò durum videri, etsi liberi non succedant in dote. Nam post mortem aui, succedent vel soli tanquam nepotes ex filia, vel cum alijs filijs defuncti, vt in Authen. de hæred. ab intest. venient, §. 1. ibi: *Sic tamen*, &c.

Quare si Statuto Municipali stantibus filijs masculis, fœminæ excludantur, & descendentes ab eis, ita tamen, vt filiæ debeant dotari, vt in patria mea, durum profectò mihi videretur, & iniustum quoque, vt ad patrem dos rediret, non autem ad filios, ac maritum pertineret. Sic enim sequeretur, nec filiam, nec eius filios quicquam cõsecutos fuisse in bonis, & hæreditate patris, seu aui. Nam filia dotem effectu non habuisset, quia ad patrem esset reuersa. Filij verò eius ab aui successione excluderentur, & simul etiam à dote.

Quod verò dicitur, dotem esse proprium filiæ matrimonium, nihil obstat, quia intelligendum id est, saluo iure, quod pater habet in dote profectitia.

Non obstat id, quod dicitur: æquum esse, vt dos apud virum maneat, propter onera matrimonij, vt filios ex eis alere possit. Nam huius rei non esse rationem habendam Imperator docet in l. vnica, § Sileat, C. de rei vxor.

A act. *Sileat*, inquit, *propter liberos retentio, cum ipse naturalis stimulus parentes ad liberorum suorum educationem hortetur.*

Denique non obstat quod dicitur de dolore filiorum ex morte matris leniendo, quia maior est habenda ratio patris in hac re, ne & filiæ amissæ, & dotis detrimentum patiatur, l. iure succursum, ff. de iure dot. filij enim parentem habent, eique succedent, & auo etiam, cum morietur, vt iam dictum est. Vide etiam hac de re, Cuiac. ad Aphricanum tracta. 6. Duaren. ad l. si dotali, sol. matr. qui existimat decisam esse hanc quæstionem ex fragmentis Vlpiani, sed malè, quia non valent ad decisionem causarum, l. 1. C. de veteri iure enucl.

CAPVT LXXII.

Donatio inter patrem, & filium, & inter virum, ac vxorem excedens quingentorum aureorum summam, si
B *non fuerit insinuata, vtrũ morte donatoris confirmetur, saltem vsque ad summam quingentorum aureorum.*

Salicetus in Cõmentarijs, l. donationes quas parentes, C. de donat. inter vir. & vxor. ius ea est sententia, vt si donatio inter patrem, & filium; & inter virum, & vxorem excedens quingentorum aureorum summam, insinuata non fuerit, morte donatoris minimè confirmetur, etiam vsque ad summam aureorum quingentorum.

Eũm secutus est Socinus senior in l. 1. nu. 97. ff. sol. matrim. & in cons. 115. lib. 4. Ias. in l. 1. §. sed si mihi, ff. de verbor. oblig. & alij à Gabrielio relati, Commu. conclusionum tit. de donationibus, Concl. 7.

Fundamentum est in d. l. donationes quas parentes, in illis verbis. *Ita firmas esse per silentium donatoris, vel donatricis sancimus, si vsque ad quantitatem legitimam, vel eam excedentes, actæ fuerint intimata. Nam amplioris*
C *quantitatis donationem minimè intimatam, nec per silentium eius, qui donauit, confirmari concedimus.*

Sed contrariam sententiam amplexi fuere Io. Andr. in additionibus ad Specul. tit. de donat. §. 1. Aretinus, in cons. 17. Ruinus, in cons. 44. lib. 2. & alij à Gabrielio citati loco proximè relato, quibus adde Antonium Gomesium, variar. resol. tomo 2. c. 3. tit. de donatione, post nu. 17. vers. Pulchrum tamen & subtile dubium. Clarum, §. donatio, q. 17. vers. sed hic.

Et hæc sententia videtur mihi probabilior. Primùm ex iuris nostri regulis. Vtile per inutile non vitiatur, l. 1. §. sed si mihi, ff. de verbo. oblig. c. vtile, de reg. iur. lib. 6. scilicet in rebus diuiduis, vt in specie proposita.

Secundò, ex l. Sancimus, C. de donatio. *Si quid*, inquit Imperator, *suprà legitimam definitionem fuerit donatum, hoc quod superfluum est, tantummodo non valere, reliquam verò, quantitatem, quæ intra legis terminos constituta est, in suo robore perdurare, quasi nullo penitus alio adiecto*, &c.

D Tertiò ex l. si quis pro redemptione, C. eo. tit. vbi Imperator statuit donationes, quæ non fuerint insinuatæ, sine aliqua distinctione vsq; ad quingẽtos aureos, valere.

Ad textum in d. l. donationes quas parẽtes, in qua ponitur contrariæ sententiæ fundamentum, respondeo, id, quod in ea lege dicitur, donationes istas insinuationẽ requirere, ad interpretationẽ legis insinuationem requirentis pertinere, vt scilicet intelligatur legem insinuationem requirentem ad donationes etiam porrigi, quæ fiunt inter patrem & filium, & inter virum & vxorem. Sic ergo est accipienda lex interpretans, quemadmodũ lex interpretata, vt dicebat Bartolus in l. nihil, ff. de coniungẽdis cum emancip. liberis. Sed lex insinuationem requirẽs sic accipitur, vt etsi donatio quingẽtos aureos excedens, non fuerit insinuata, tamen valeat vsque ad summam quingentorum aureorum, igitur eodem modo accipienda est lex altera, quæ ad interpretationem eius pertinet, & nihil aliud docet, nisi donationi inter dictas personas excedenti aureos quingẽtos, insinuationem esse necessariam,

CA-

CAPVT LXXIII.

Donatio inter patrem, & filium, & inter virum, & vxorem, vtrum ita donatoris morte confirmetur, vt rei donatæ dominium, & fructus ad donatarium pertineant ex eo die, quo donatio facta est.



Ccursius in l. donationes quas parentes, C. de donatio. inter virum & vxor. sic statuit in hac quæstione: Donationem ex die, quo celebrata est valere quantum ad hunc effectum, vt donatarius fructus rei donatæ consequatur, non autem dominium rei donatæ.

Idem respondit Castrensis, in l. talis scriptura, de leg. 1. vbi Alex. testatur hanc esse communem sententiam.

Idem docet Bart. ad l. si is qui pro emptore, nu. 3. ff. de vsucap. Couuar. in Rub. de testam. in 3. par. nu. 3. Clarus, in § donatio, q. 9. Antonius Gomesius Variar. resol. tomo 2. c. 3. tit. de donatione, nu. 23.

Huius sententiæ argumenta quatuor sunt potissimũ. Primum quia retrotractio non habet locum, nisi extremum ad quod, sit habile, vt declarat Bar. in d. l. si is qui pro emptore, sed extremum ad quod habile non est in proposita quæstione, quia illud extremum est tempus factæ donationis: Est autem tale tempus inhabile, quia tunc filius est in potestate, & matrimonium constat, Ergò retrotrahi donatio nequit.

Secundum argumentum est ex l. 2. C. de inoff. donat. vbi lex loquens de donatione patris inofficiosa in vnum ex filijs collata, dicit mortuo patre familiæ herciscundæ iudicium locum habere inter filios. Iudicium autem familiæ herciscundæ locum non habet, nisi super rebus hæreditarijs, l. 1. & 2. ff. fam. hercis. Ergò illa lex significat res à patre donatas filio remanere in bonis patris defuncti, & sic in hæreditate. Si sic est, igitur earum rerum dominium filius non est consecutus ex eo die, quo facta est donatio.

C Tertium est ex l. in donationibus, C. ad l. Falcid. vbi textus dicit, in donationibus inter virum, & vxorem legem Falcidiam locum habere, quia fideicommissi partibus funguntur. Ergò dominium rerum in donatarium non transfertur, nisi ex die mortis donantis, quasi videlicet ex fideicommisso. Neque enim lex Falcidia locum habet in bonis aliter quæsitis, quàm per vltimam voluntatem, l. in ratione, 2. §. vlt. ff. ad l. Falcid.

Quartum argumentum est ex l. 1. §. si pater, ff. pro donato. Ait textus: *Si pater filio, quem in potestate habet, donet, deinde decedat, filius pro donato non capiet vsu, quoniã nulla donatio fuit.* Ex hac lege sic argumentari licet. Si donatio patris eius morte confirmatur, & ad tempus, quo facta est, refertur, ita vt ex eo tempore filius dominium consequatur, Cur non ibi vsucapiendi facultatem ex eo die, quo donatio rei alienæ facta fuit, habebit?

D Cæterùm, contrariam sententiam habuerunt Glos. in l. sequens quæstio, de leg. 2. & in l. si sub conditione, ff. de solutio. Aretin. in d. l. talis scriptura, de leg. 1. Imola, Angelus, Iason, & Crotus in d. l. si is, qui pro emptore, & ibidem Ruinus, & Sebastianus Maffa. Illi omnes docent rei donatæ dominium acquiri ex die, quo donatio facta est, & consequenter etiam fructus ex eo tempore ad donatarium pertinere.

Et in hanc sententiam ipse quoque descendo, autoritate d. l. donationes quas parentes, in illis verbis: *Si verò vel non amplior sit donatio, vel tum amplior esset, in actis insinuata sit, tunc & silentium donatoris, vel donatricis, & specialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit, sicut & alias ratihabitiones negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, in quibus contracta sunt.*

Illa verba possunt vrgeri dupliciter, Primum: quia simpliciter & absolutè disponunt donationem referri ad illud tempus, quo conscripta est. Hic est autem effectus donationis, vt dominium rei donatæ transferatur in donatarium, quia donatio est doni datio, l. Senatus, §. dona

A tio, ff. de donat. Et qui dominium habet, fructus etiam consequitur, l. & ex diuerso, §. vbi autem, ff. de rei vend. l. 1. & 2. C. de pignor. act.

Secundò vrgeri possunt, quia textus vtitur exemplo ratihabitionis. Constat autem ratihabitiones ita retrotrahi, vt & dominium retrò fingatur acquisitum, l. si hac mente, 25. ff. de neg. gestis.

Ad primum argumentum respondeo, Extremum ad quod, nõ esse prorsus inhabile, quia donatio valet a principio iure naturali inspecto, licet secus iure Ciuili.

Ad secundum respondeo, textum in d. l. 2. C. de inofficiosa donatio. non absolutè hoc dicere, locum esse iudicio familiæ herciscundæ mortuo patre, qui donauit, quasi res donatæ videantur in hæreditate patris remanere; Sed textus dicit: *Arbitri familiæ herciscundæ officio congruere, ut alteri filio debitam legitimæ portionem, incolumẽ seruet,* quia donatio erat inofficiosa, & ideo eatenus euã rescindenda.

B Ad tertium, ex l. in donationibus, C. ad l. Falcid. ita respondeo. Lex Falcidia locum habet in donationibus inter virum, & vxorem, quia vicem obtinent fideicommissi, quasi videlicet fidei committatur hæredis, vt rem donatam tradat donatario. Sed hoc non facit quò minus donatio referri debeat ad tempus, quo conscripta est, neque enim talis fictio Falcidiam impedire potest.

Ad postremum respondeo, donationem patris donantis morte confirmari, & retrotrahi, vbi pater rem propriam donat, secus si rem alienam; Tunc enim agitur de alterius, nempe, domini rei præiudicio, ideò æquitas cessare dicitur, ac proinde fictio seu retrotractio cessat, l. sciendum, & seq. ff. ex quib. causis maior.

Cum igitur in specie, de qua loquitor Iurisconsultus in d. l. 1. §. si pater, ff. pro donato, agatur de re aliena donata vsucapienda in præiudicium domini, meritò cessat fictio, cessat enim æquitas, nec donatio quo ad vsucapiẽdi conditionem, retrotrahitur, seu refertur ad tempus, quo conscripta est, ne domino rei præiudiciũ inferatur.

CAPVT LXXIV.

Donatio remuneratoria inter patrem, & filium vtrum valeat.



Ommunis est sententia donationem, quam vocant remuneratoriam, inter patrem, & filium valere, Decius & Alexander in l. si donatione, C. de collat. Clarus, §. donatio, q. 8. Tiraquell. ad l. si vnquam, in verbo, donatione largitus, nu. 20. C. de reuoc. donat. Andr. Geyll, lib. 2. Pract. Obseru. c. 38.

Fundamentum est; quia cur donatio simplex regulariter non valeat, illa est causa, quòd rei donatæ dominium ad patrem reuertitur. Omnia enim à patre profecta illi acquiruntor secundum leges veteres, quæ correctæ non sunt, in l. cum oportet, C. de bonis quæ lib.

D Hæc ratio cessat, quando filius eam donationem propter beneficia in parentem collata, est promeritus; Videtur enim eo casu, non tam ex substantia patris, quam ex propria industria rem donatam adeptus.

Cæterum aduersus hanc sententiam duo pugnare videntur argumenta. Alterum, quia non videtur fieri posse, vt filius ita se gerat erga patrem, vt eum beneficio collato ad remunerandum obliget. Scribit enim Aristoteles, lib. 9. Ethicor c. 1. Dijs atque parentibus parem gratiam rependi non posse.

Alterum argumentum sumi potest ex l. tutor, §. quæ tutoribus, ff. de excusatione tutor. in illis verbis: *Cum iudicium patris, vt filius, non vt tutor, promeruit.*

Primum argumentum effecit, ut Lancellotus Politus, politissimæ uir literaturæ, Tiraquello teste loco iam citato, de communi sententia dubitauerit, & post eum D. Menochius de præsumpt. lib. 3. c. 29 nu. 4. qui plura in eam sententiam testimonia adfert.

Alterum uerò, ut ab ea recesserint Bald. in Auth. Ex testa-

teſtamento, C. de collatio. & Romanus in d. l. ſi donatione, C. eod. tit. A

Verùm illis nil morantibus, à communi ſententia nō puto recedendum. Illud enim certum eſt, legibus noſtris non raro fieri mentionem meritorum filij erga patrē, ob quæ ſingularem gratiā à parente obtinuerit. Vide tex. in §. 1. in Auth. de non elig. ſecund. nub. ibi. *Plurimumq́ à filio experta fauorem, exiſtimauit oportere, ne relinqueret eum ſine remuneratione*, &c. l. de emancipatis, C. de legit. hæred. ibi: *Hoc à genitoribus ſuis meruerunt*, &c. in l. cum pater, §. Rogo, de leg. 2. *Rogo filia, vt bona tua quandoque diſtribuas liberis tuis, vt quiſquis de te meruerit*, in l. 1. § to ties, ff. de Collat. bonor. ibi: *Si etiam iudicium patris meruit*. in l. Fœminæ, in prin. ibi: *Contemplatione meritorum*, C. de ſecund. nupt.

Et pro hac ſententia multa diſputari poſſent ex his, quæ tradit Seneca de Beneficijs, lib. 3. vbi argumētis multis præclariſſimè oſtendit, beneficia maxima in parentes à filijs conferri poſſe, ob quæ ſint eis obligati.

B Quòd verò attinet ad tex. in d. l. quæ tutoribus, facilis eſt reſponſio, quia tex. loquitur de patre hæredem inſtituente filium impuberem, cohæredemque & tutorem ei dante alium filium ætate maiorem, & ait filium tutorem deſignatum promeruiſſe patris iudicium ex eo, q̀ filius eſſet, non ex eo, quod tutor; Quidni? Nam pater debet filios æqualiter inſtituere, ita enim lex hortatur, & monet vt in §. illud quoque, in Auth. de nuptijs. Itaque, licet tutor non eſſet, conſequetur tamen relictam hæreditatem.

CAPVT LXXV.

Quid ſi pater dicat ſe filio donare, tum ob eius benemerita, tum ob amorem paternum, an valeat donatio.

Sed hic eſt alia controuerſia: donauit pater filio benemerenti, & dixit ſe donare, tum ob eius benemerita, tum ob amorem, quo filium proſequitur, vtrum valeat donatio. C

Reſpondit Caſtrenſis in conſi. 345. lib. 1. donationem non valere, ſequitur Alexand. ad l. ſi donatione, col. 2. C. de collat.

Fundamentum ponunt in duabus brocardicis (vt vocant) Regulis. Prima. Cum duæ cauſæ exprimuntur, quarum vna naturalis, altera accidentalis eſt, præualere debet naturalis, l. qui habet, ff. de tutelis, l. Aurelius, §. Titius, ff. de lib. legat.

Altera. Vbi ſunt duæ cauſæ, quatum altera nocet, altera prodeſt, præualet illa quæ nocet, l. 3. §. vlt. ff. ad Syllan.

Sed valere iuſſis brocardicis his Regulis, contrariam amplector ſententiam, vna cum Decio, in d. l. ſi donatione, C. de collat. & D. Menoch. lib. 3. de præſumpt. c. 29. nume. 55. alia firmiori Regula conſiſus. Semper in dubijs benigniora præferenda ſunt, l. ſemper, de reg. iur. Semper actus interpretari debet magis ut valeat, quàm pereat, l. quoties, ff. de verb. obl. l. quoties, ff. de reb. dub. non debet vtile per inutile vitiari, c. vtile, de reg. iur. lib. 6. D

Ad brocardicas reſpondeo; eas habere locum, ſi concurrant circumſtantiæ, quæ concurrunt in ijs legibus, ex quibus eliciuntur. Porrò eas leges nihil ad rem noſtram facere clarius eſt, quàm vt probatione ſit opus.

CAPVT LXXVI.

Si pater filio ob benemerita donauerit, quæ tamen probari non poſſint, vtrum conſiſtat nihilominus donatio tanquam ſimplex, quæ ſcilicet morte patris confirmetur.

Communis eſt & vera ſententia donationem patris propter filij merita non valere, niſi probentur ipſa merita, neque enim patri donatori eſt credēdum. Vide Tiraq. ad l. ſi unquam, verbo, Donatione largitus, nume. 89. C. de reuoc. donat. Clarum, §. Donatio; q. 8. Andr. Geyll, lib. 2. Obſeru. 38.

Sed controuerſia eſt, ſi merita non probentur, an valeat nihilominus donatio tanquam ſimplex, & morte patris confirmetur. Reſpondent Bar. & Alex. ad l. ſi donatione, C. de collat. valere, quia parens mētionem fecit benemeritorum filij, vt eo magis donatio conſiſteret, quare non debet eius aſſertio contrarium operari, argumento l. ſi mancipia, ff. de fundo inſtructo.

Sed contrarium reſpondit Decius, in d. l. ſi donatione, quia videlicet talis donatio videtur eſſe ſimulata, & ex falſa cauſa facta. Ideo non valet, argum. l. cum hic ſtatus, §. ſi quis ſponſam, ff. de donat. inter vir. & vxo. vbi donatio vxori facta non valet, ſi vxor non ſit, *quia non quaſi ad extraneam, ſed quaſi ad uxorem fecit*, vt ibi.

Mihi prior ſentētia videtur eſſe probabilior, etſi enim mentionem faciat pater bene meritorum filij, tamen ea eſt ipſius voluntas, ut filius omnino habeat. Facit pro hac ſententia tex. in l. tutor, §. quæ tutoribus, ff. de excuſ. tutor. in illis verbis: *Quia iudicium patris, ut filius, non vt tutor, promeruit*.

Ad textum in §. ſi quis ſponſam, reſpondeo, magnam ibi eſſe rationem diuerſitatis, quia ſi vxor non ſit, ceſſat donatoris uoluntas, neque enim extraneæ donaſſet perſonæ. At in ſpecie noſtra ſubeſt cauſa ipſa naturalis, quia filius.

CAPVT LXXVII.

An donatio patris iuramento firmata, valeat.

Communis eſt ſententia donationem patris iuramento firmatam ualere, tum quia iuramentum eſt res ſpiritualis, quæ animam obligat, & in ſpiritualibus patriæ poteſtatis (quæ ſola donationi eſt impedimento) ratio habenda non eſt, c. ult. de Iud. lib. 6. tum, quia inter patrem & filium oritur obligatio, ſaltem naturalis, quam proinde iuramentum confirmare, & efficacem reddere poteſt. Arg. l. frater à fratre, ff. de condict. indeb. c. quamuis, de pact. lib. 6. Vide Clarum, §. donatio, q. 8. Andr. Geyll, lib. 2. Obſeru. 38.

Cæterum, Caſtrenſis in cōſi. 345. lib. 1. & quidam alij à Gabr. citati comm. concl. ti. de donat. concl. 4. diuerſam ſententiam habuerunt; *Hæc donatio* (ait Caſtrenſis) *iuramento non confirmatur, ex eo, quia cum pater filio, vt filio, donauerit, videtur ſibiipſi donaſſe, propter quod redditur iuramentum fruſtratorium, & inutile, & quaſi ſuper impoſſibili, unde non eſt obligatorium. Quis namque dubitet, quod ſi mihi ipſi dono, & iuro, nullius momenti eſt tam donatio, quàm iuramētum. Prætereà, licet iuramentū obſtringat iurantem, non tamen facit capacem eum, cui iuratur, ſi aliàs erat incapax, Argum. l. cum fundus, ff. de rendit. & demonſtrat. Nec hoc reperitur iure cautum, ſed filius non eſt capax, ergo per iuramentum non potuit fieri*.

Reſpondeo, ubi iuramētum accedit, ceſſat effectus patriæ poteſtatis, quia in his, in quibus animæ ſalus & periculum uerſatur, ratio patriæ poteſtatis non habetur, nec eorum, quæ iure ciuili ſunt conſtituta. Omne enim iuramentum ſeruandum eſt, quod non uergit in alterius pręiudicium, & abſque ſalutis æternæ diſpendio ſeruari pōt.

Quare non eſt filius incapax hoc in caſu, nec pater ſibi ipſi donare cenſetur, nec ſuper impoſſibili adhibetur iuramētum. Ceſſante enim patriæ poteſtatis effectu, omnia iſthæc ceſſant: & ſic donatio ualet, quaſi ſublato patriæ poteſtatis impedimento.

CAPVT LXXVIII.

An valeat donatio, ſi vnus ex filiis alteri filio donet patre conſentiente, bona ipſius patris.

Licet patris donatio filio in poteſtate non conſiſtat, ſi tamen alter ex filijs alteri donet patre conſentiente, res paternas, eam donationem conſiſtere Oldr. reſpondit, in conſ. 26. & ante eum Io. And. ad Spec. tit. de inſtr. editione, §. porrò.

Sed

Sed hæc ſententia valde infirmo nititur fundaméto, il A lo uidelicet, ꝙ cum pater filio donanti conſenſum præſtat, videatur illum emancipare, quo ad talem actum donationis, argum. l. ſi permittente, C. ad Macedon.

Hoc inquam, fundamentum infirmum eſt; quia ſi cōſiſteret, multo magis haberet locum, vbi pater ipſe filio in poteſtate donaret, vt ſcilicet eum emancipare uidere-tur, quo ad illum actū, vt eſſet donationis capax, aut certè nulla eſt diuerſitatis ratio inter hunc poſteriorem & priorem caſum. Quare meritiſſimo iure Oldradi ſententiam repudiarunt Aret. ad l. placet. ff. de acq. hæred. Iaſ. in l. frater à fratre, nu. 44. ff. de cond. indeb. in 1. lect. quibus me ſocium libenter adſcribo,

Porrò nihil mouet quod habetur in d. l. ſi permittēte, quia non hoc dicit ibi lex, filium emancipari poſſe, aut emancipatum videri in ea ſpecie, quo ad vnum actū, ſed agitur ibi de pecunia filiofamilias mutuata cum conſenſu patris, & reſponderur ceſſare tunc Senatuſc. Macedoniani poteſtatem; Rectè, quia uidetur creditor ſecutus B fidem patrisfamil. & propter paternum conſenſum mutuaſſe filio, quo in caſu & ratione omnem Senatuſconſulti planè ceſſare procul dubio eſt.

CAPVT. LXXIX.

Si pater filio in poteſtate donet bona pro ſua legitima, utrum ſtatim donatio valeat, an verò ſit expectanda mors patris, vt ex ea donatio confirmetur. Et quid ſi ſtudiorum gratia filio donauerit.

SI pater filio ſuo in poteſtate conſtituto pro legitima portione aliquid donauerit, valere ſtatim donationem Angelus docuit, in l. ſi non mortis, ff. de inoff. teſtam. cuius ſententia confirmari poteſt ex d. l. ſi non mortis, & ex l. ſi quando, §. & generaliter, C. eod. tit. & præterea C hoc argumento, quòd cum pater filio legitimā relinquere teneatur, ſi aliquid in eam cauſam ipſi donauerit, videatur potius debitum ante diem ſoluere, quàm donare, & ideo donatio valeat: Nam etſi prohibita ſit inter virum & vxorem donatio, non tamē alter alteri, quod in diem debet, ſtatim ſoluere ac præſtare prohibetur, quamuis cō modum temporis retenta pecunia ſentire potuerit, vt ait Iuriſc. in l. ſed ſi vir, §. quod vir vxori, ff. de donat. inter vir. & vxorem.

Sed contrarium reſpondit Aret. in conſ. 17. & in l. placet, ff. de acq. hæred. & alii à Petro Duena citati, Regula 223. ſequitur D. Menoc. de præſumpt. li. 3. c. 29. n. 109.

Iaſ. autem diſtinguit in l. frater à fratre, num. 44. ff. de condict. indeb. vt ſcilicet donatio quidem valeat, ſed tamen reuocari poſſit.

Sed Aretini ſententia mihi magis probatur. Primò moueor ex regula generali, quæ ſtatuit donationem inter patrem & filium non valere. D

Deinde autoritate l. cum de bonis, C. de donat. *Cum de bonis tuis* (inquit tex.) *partem quidem penes te retinuiſſe, partem verò in eum, quem in poteſtate habes, donationis titulo contuliſſe commemores, non eſt incerti iuris, in eum, qui in ſacris familia tua remanet, deſtinationem magis paternæ voluntatis factam, quam perfectam donationem perueniſſe.*

Hic Imperator loquitur de patre donante filio in poteſtate bonorum ſuorum partem, & reſpondit non ualere donationem. Si donatio valeret pro legitima, debuiſſet id explicare, alioqui minus ſufficienter reſpondiſſet,

Huc accedat quod Vlpianus ſcribit in l. ſi filia, §. ſi pater, ff. fam. herciſc. Papinianum ſcilicet reſpondiſſe, cum pater inter filios bona ſua diuiſit, non videri donationē illam, ſed potius ſupremi iudicij diuiſionem. Et tamē ualere deberet ſaltem quo ad legitimam filiis debitam, qua ſi videretur eam ante tempus aſſignare,

Nec contrarium probant leges allegatæ in argumento contrariæ opinionis. Id enim tantum volunt, filium agere de inofficioſo teſtamento non poſſe, cui pater viuens debitam portionem donauerit. Rectè: quia portionem illam debitā iam habet ex bonis donatis. Sed utrū ſtatim illa donatio ualeat, ipſo patre uiuente, vt regulariter donatio valet, extra perſonas prohibitas, non habetur in dictis legibus.

Quòd vero dicebatur, patrem uideri ante tempus ſoluere, & ideo valere donationem, ſicut cum uxori ſoluitur ante diem, nihil obſtat, quia non eſt certum legitimā filio deberi: Nam vt ipſe ante patrem moriatur, accidere poteſt. Lex autem loquens de coniugibus ante diem ſoluentibus, de certo debito loquitur, nō de incerto, vt hic.

Quod uero attinet ad donationem ſtudiorum cauſa factam, illam valere communis eſt ſententia. Vide Iaſonem ad l. 1. num. 23. ff. ſolu. matrim. Clarum, in §. donatio, quæſtio. 8.

Sed quoniam vix firmum habet aliquod fundamentū ab ea multi diſſentiunt, vt videre eſt ex allegatis.

Ego verò ſtudioſorum cauſam maximè adiuuari puto ex l. 3. §. ſed ſi in Caſtra, ff. de donat. inter vir. & vxor. *Si mater filio, qui in patris poteſtate eſt, donet* (inquit tex.) *donatio non valet, quia patri quæritur, ſed ſi in caſtra eunti filio dedit, videtur valere, quia filio quæritur, & eſt Caſtrēſis peculii.* Ergo & id quod filio ſtudiorum cauſa donatur, videtur eſſe quaſi Caſtrenſe peculium, ſi armata militia togatæ comparetur, l. Aduocati, C. de aduoc. diuerſ. iudic. conſequenter patri non quæritur, & ualet donatio.

CAPVT LXXX.

Vtrum donatio inter virum & vxorem remuneratoria, vt vocant, iure conſiſtat.

SI vir ſenex vxorem ducat ætate florentem, & remunerationis ergo, donet ei quidquam, eā donationem iure ſubſiſtere, & efficacem eſſe ſtatim, ut aliæ donationes ualent inter uiuos, communis eſt ſententia. Vide Bart. in l. 1. C. de dotis pro miſſ. Bald. Nouellum, de dote, in 10. par. nu 8 & ſeq. Clarum, in §. donatio, q. 9. Couuar. in titu. de Sponſalib. in 2. par. c. 3. §. 3. nu. 1.

Fundamentum uerò poſitum eſt in l. quod autem, §. ſi uir, ff. de donat. inter uir. & uxor.

Sed contrarium reſponderunt Crau. in conſi. 51. & Pinellus ad l. 1. in 3. parte C. de bonis mater. quibus & ipſe me lubens ſocium adiungo, eo argumento adductus, ꝙ multi iure noſtro: caſus ſpeciales exprimantur, quibus donatio inter uirum & uxorem conſiſtit, & tamen hic, de quo agitur, eorum numero non recenſetur, ut uериſimile ſit eum nec iure enumerandum eſſe.

Nec ſanè immeritò, ſic enim fieret remunerationis huiuſmodi prætextu, ut ſæpe eluderentur leges tales donationes prohibentes, ne mutuo ſe coniuges amore ſpolient, ne matrimonia ſint uenalia, ne liberorum curam deſerant, ut in l. 1. 2. & 3. ff. de don. inter uir. & uxor.

Nec quicquam obſtat tex. in d. §. ſi uir, quia loquitur de reciproca donatione, non autem de remuneratoria iſta, de qua agimus, Ceſſat enim omnis prohibitionis ratio, ubi hinc inde tantum accipitur, quantum donatur.

Verba tex. dicti § hæc ſunt: *Si vir & vxor inuicem ſibi donauerint, & maritus ſeruauerit, vxor conſumpſerit, rectè placuit, compenſationem fieri donationum,* & *hoc d. nus Adrianus conſtituit.*

Porrò (ut obiter id etiam dicam) dictorum uerborum ſenſus elicitur ex l. cum hic ſtatus, §. quod ait Oratio, ff. eo. ti. ubi Vlp. *Quod ait Oratio conſumpſiſſe, ſic accipere debemus, ne is, qui donationem accepit, locupletior factus ſit. Cæterum, ſi factus ſit, orationis beneficium locum habebit. Sed etſi non ſit factus locupletior, dederit tamen tantam quantitatem, eaq, extet, dicendum eſt, ſi is deceſſerit, qui factus eſt locupletior, poſſe repetere id, quod dedit. nec compenſare id, quod conſumpſit. Quamuis diuortio ſecuto hæc compenſatio locum habeat.*

Verba

A Verba obſcuriora eſſe uidẽtur, ſed rectè declarat Crauet. in d. conſi. 51. Si uir vxori donet, & illa tantundem viro, amboque res donatas retineant, & non conſumãt, donatio valet, quia uterque factus eſt locupletior. Hic eſt ſenſus illorum uerborum. *Si factus ſit locupletior, Oratio ius beneficium locum habebit*. Si uero alter donatas res conſumat, tunc ſi matrimonium diuortio fuerit ſolutũ, retractari donatio nequit. Hoc vult textus illis verbis. *Quamuis diuortio facto, hac compenſatio locum habeat*. Si vero morte diſſoluatur matrimonium, tunc illa diſtinctio adhibetur, vt ſi præmoriatur is, qui conſumpſit, donatio valeat, tanquam eius morte confirmata, nec retractari ab hærede poſſit. Si uero præmoriatur is, qui locupletior effectus eſt, hoc eſt, qui non conſumpſit, ſed retinuit res donatas, tunc donatio non ualeat, quia morte confirmata non eſt, morte inquam illius, qui cõſumpſit, ideoque reuocari poteſt.

B Hæc eſt ſententia illorum verborum: *Sed ſi non ſit factus locupletior, dederit tamen tantam quantitatem, eaq; exiet. dicendum eſt ſi deceſſerit, qui factus eſt locupletior, poſſe repetere id, quod dedit, nec compenſare id, quod conſumpſit*, &c.

CAPVT LXXXI.

Vtrum donatio inter coniuges iureiurando confirmetur.



TRiplex eſt Doctorum ſententia. Alij enim docent confirmari. ita Bart. in l. Seius & Augerius, ff. de verb. oblig. Socin. ſen. in conſ. 77. lib. 1. & alij quamplurimi apud Gabr. commun. concl. tit. de donationib. concl. 5. Clarum, §. donario, q. 9. Andr. Geyll, lib. 2. c. 11.

C Alij negant ualere ſeu confirmari iureiurando, ita Barto. in l. 1. ff. de donat. inter vir. & vxor. Socin. ſen. ad l. 1. ff. ſol. matr. & in conſ. 66. lib. 1. & alij à Gabr. commemorati loco annotato.

Alij denique reſponderunt, donationem quidem iuramento firmari, ſed tamen efficacem non eſſe, niſi donator prædecedat. Præmoriente verò donatario, nullã habere iuris firmitatem.

Celebre hoc eſt illud Decij reſponſum, in conſil. 240. & 536. quod latè Crau. impugnauit in conſi. 102. Rol. in conſi. 77. lib. 1. Sed latè defenditur à D. Menoch. in conſ. 84. lib. 1. Ego breuiter iſtarum opinionum fundamenta referam, tum quid mihi uideatur, paucis declarabo.

D Prioris ſententiæ fundamentum eſt in Iuris Canonici Regula, quæ habet: Contractus & cæteras pactiones Iurę Ciuili infirmas & inefficaces, iuramento accedente, confirmari, & robur accipere, quia iuramentum eſt ſeruandum, ſi abſque ſalutis æternæ diſpendio ſeruari poſſit, nec in alterius vergat detrimentum, vt in c. ſi verò, & in c. cum contingat, de iureiur. & in cap. quamuis, de pactis, lib. 6.

Fundamentum autem negantis ſententiæ illud eſt: Quòd iure prohibita ſit ea donatio, vt in toto ti. ff. de donat. inter vir. & vxor. & in c. donatio, eo. tit. Idq; iuſtiſſimas ob cauſas, ne ſcilicet coniuges mutuo ſe amore inuicem exhauriant, ne liberorum curam deſerant, & ne matrimonia ſint venalia. Quare contra bonos mores uidetur eſſe talis donatio. Iuramentum vero contra bonos mores præſtitum non obligat, c. non eſt obligatorium, de reg. iur. lib. 6.

Tertiæ opinionis fundamentum eſt: Quia iuramentũ ſequitur naturam actus, cui adijcitur, l. vlt. C. de non numer. pec. Hęc autem eſt donationis huius natura, vt morte donantis confirmetur, l. cum hic ſtatus, ff. eo. n. l. à marito, C. eo. ti. Neque enim ea uidetur mens donantis fuiſſe, vt hæredi ac ſucceſſori daret. Quare nec iuramentum quicquam valet contra ipſius mentem iurantis, vt declarat Iaſ. ad l. ſciendum, nu. 33. ff. de verb. oblig.

Poſtremæ denique ſententiæ fundamentum eſt illud præcipuum; quòd iuramentum reddat ipſam donationẽ validam & efficacem, ex cauſis iã allatis, ac proinde cum donatio ſtatim efficax ſit, ad hæredem donatarij tranſmittatur cum cætera hæreditate, l. hæreditas, ff. de verborum ſignific.

Hæc poſtrema ſententia uidetur mihi omnibus alijs probabilior. Mouet me iuramẽti poteſtas ac religio, quæ hoc facit, ut cæteræ pactiones alioqui iure Ciuili improbatæ, conualeſcant, ne ſcilicet contingat periurijs uiam aperiri, vt inquit S. Pont. in d. c. cum cõtingat, de iureiur.

Nec rectè dicitur eam donationẽ eſſe cõtra bonos mores: quia moribus receptum eſt, ne ualeat donatio, vt inquit Vlp. in l. 1. ff. de donat. inter uir. & uxor. non autem dicit bonis moribus repugnare, ut & Soc. iun. adnotauit, in conſ. 44. nu. 34. lib. 2.

Quòd uero dicitur iuramentum ſequi ſolere naturam actus, cui interponitur, minimè locum habet in his, quę pertinent ad actus efficaciam & confirmationem. Nam B actum ſtatim corroborat, & efficacem reddit, ut optimè deducit Iaſ. in l. ſi conuenerit, nu. 8. ff. de iuriſd. omn. iud. etiam patet ex locis ſupra commemoratis.

Denique non obſtat id, quod ſubiungitur, iuramentũ non operari contra iurantis intentionem. Nam hic non repugnat iurantis intentio. Nam ſi eum, cui donauit, rẽ donatam habere uoluit, atque ita iurauit: videtur etiam in conſequentiam uoluiſſe, ut donatario defuncto, res tranſiret ad eius hæredem, ſicut alia tranſeunt. Alioqui ſi valeat hoc argumentum, nulla ad hæredem donatio tranſmitti poterit, quod abſurdum eſt.

CAPVT LXXXII.

Vtrum donatio reciproca, vel remuneratoria, vel ob cauſam, excedens ſummam quingentorum aureorum, inſinuationem requirat.



C COmmunis eſt ſententia reciprocam donationem & remuneratoriam, vt vocãt: item donationem ob cauſam, inſinuationem nõ requirere, licet quingentorum aureorum ſummam excedat. Vide Tiraq. ad l. ſi vnquam, in verbo, donatione largitus, nu. 127. & nu. 143. & Gabr. commun. concl. ti. de donationibus, concl. 1.

Eius vero fundamentum eſt in l. 1. & in l. hoc iure vtimur, §. vlt. ff. de donat. in l. Attilius, ff. eo. ti. & in l. ſed etſi lege, §. conſuluit, ff. de petitio. hæred.

Cęterùm, quod ad reciprocam attinet, Homodeus diſſenrit in conſ. 181. quantum vero ad donationem remuneratoriam, Pinellus in Commentarijs l. 1. C. de bonis maternis, in 3. parte.

Fundamentum eius eſt, quia donari dicitur, quod nullo iurę cogente datur, l. donari, ff. de reg. iur. licet naturali quadam iuſtitia is, qui donat, teneatur ad antidota, ut no. Gloſ. in d. l. donari, immo vero plerunque donantur D res amicis, qui aliquod beneficium contulerunt. Quare ſi remuneratoriæ donationes inſinuationum legibus ſubiectæ non ſint, vix vlla erit donatio, quæ opus habeat inſinuatione.

Ad d. l. Attilius, reſpondet illam loqui de remuneratione Magiſtri, cui merces debebatur, vt patet ex illis verbis: *Dixi poſſe defendi, non meram donationem eſſe, verum officiũ Magiſtri, quadam mercede remuneratũ Regulum.*

Ad d. l. ſed etſi lege, §. conſuluit, reſpondet, contrariũ potius probare, nempe, donationem verè dici, quæ remunerationis gratia fit, ex illis verbis quibus dicitur: *Locupletiorem eum dici, cui remunerationis gratia donatum eſt.*

Ego ſic ſtatuo; donationẽ remuneratoriã, & alias ſuperius expreſſas, propriè donationes non eſſe, ſicut & cõis ſententia docet; ſed tamen eas inſinuationem exigere.

Priorem aſſertionem probo ex l. 1. ff. de donat. vbi tex. *Donationes complures ſunt. Dat aliquis ea mente, vt ſtatim velit accipientis fieri, & propter nullam aliam cauſam facit quàm vt liberalitatẽ & munificentiam exerceat. Hac propriè*

priè donatio appellatur. Dat aliquis vt. tum demum accipientis fiat. cum aliquid secutum fuerit, ea non propriè donatio appellabitur.

Secundo ex l. hoc iure, §. vlt. ff. eo. ti. *Sed & hæ stipulationes* (inquit text.) *quæ ob causam fiunt, non habent donationem.*

Tertiò ex eadem l in §. Labeo. *Labeo ait. Extra causam donat omnium esse talium officiorum mercedem, vt puta, si tibi affuero, si satis pro te dedero, si qualibet in re opera, vel gratia mea vsus fueris.*

Postremò (quod ad reciprocam donationem attinet) illud est manifestum, propriè donationem non esse, quia non fit exercendæ liberalitatis gratia, vt in l. 1. ff. de donatio. Quare videtur potius esse genus quoddam permutationis, l. sed etsi lege, §. consuluit, ff. de petitio. hæred.

Secundam verò assertionem probo autoritate l. Sancimus, C. de donat. *Sancimus*, inquit, *omnem donationem siue communem, siue ante nuptias factam, vsque ad trecentos solidos cumulatam, non indigere monumentis, sed communem formam habere*, &c. *Si quid autem supra legitimam definitionem fuerit donatum, & hoc quod superfluum est, tantummodo non valere*, &c.

Hic Imperator docet omnem donationem supra summam definitam, insinuationem requirere (summa porrò ad quingentos aureos extenditur ex l. pen. C. eo. tit.) Qui dicit, omne, nihil excludit, l. Iulianus, de leg. 3. Ergo omnis donatio sub hac lege continetur. Sed reciproca donatio, & ob causam, & remuneratoria dicuntur esse donationes, l. quod autem, §. si uir, ff. de dona. inter uir. & vxo. l. 1. l affectionis, ff. de donat. Igitur & hæ donationes indigent insinuatione.

Secundò assertionem probo ex ratione legis: Etenim ad euitandas fraudes, requiritur insinuatio, l. lata, C. de donat. & declarat optimè Connanus, lib. 5. Comment. iuris, c. 9. Fraudes autem excogitari & adhiberi possunt et in ijs donationibus, de quibus agitur, vt patet, ergo requirunt & hæ donationes insinuationem.

Ex his patet responsio ad argumenta communis sententiæ, nihil enim aliud probant, quàm donationes huiusmodi non propriè donationes esse. Quod & ipse fateor, sed quia saltem impropriè donationes sunt, assero insinuatione eas indigere, quia omnis donatio excedens summam, &c. insinuationem exigit, vt dixi.

CAPVT LXXXIII.

Vtrum donatio summam excedens quingentorum aureorum, iuramento firmata, requirat insinuationem.

TRes sunt Doctorum sententiæ hac de re. Vna affirmans. Altera negans. Tertia distinguens. Aut iuramento renunciatũ est insinuationi & valet donatio, aut renunciatũ non est, & non valet. Vide Clarum in §. donatio, q. 18. Ant. Gabr. comm. concl. ti. de donationib. concl. 1. And. Geyll, lib. 2. obseru. 39. Eugenium in cons. 7. Anton. Gomezium variar. resol. ti. de donationib. c. 3. nu. 6. Seraphinum Senensem de priuil. iuramenti, priuileg. 73. Petrum Duenam reg. 224. nu. 5.

Ego sic existimo, veriorem esse ac iuri nostro magis cõsentaneam eorum sententiam, qui donationem valere putarunt etiam absque vlla insinuatione, vbi iuramento cõfirmata est. Moueor hoc argumento, quod iure Ciuili ita sit constitutum, vt talis donatio minime valeat absque insinuatione, iustas quidem ob causas, sed non tamen tanti faciendas, quanti religio Dei, iurisiurandi vinculum, peccatum periurij æstimari debent.

Quare alterum ex duobus dicendum est, vel seruãdas esse leges ciuiles, & violandum iuramentum Deo præstitum, vel iuramentum obseruandum, & eas leges negligendas. At quis non videt iustius esse leges negligi, quàm Deum periurio offendi?

A Adstipulantur huic sententiæ Canones in similib. speciebus conscripti, vt c. si uerò, c. cum contingat, de iureiu. c. quamuis, de pact. lib. 6.

Contrariæ sententiæ arg. sunt isthæc. Primum fauore publico, ne quis profusa nimis liberalitate suum exhauriat patrimonium, vt donationes insinuentur, lege cõstitutum est. Expedit enim Reipub. ne homines malè rebus suis vtantur, vt ait Imperator in §. Sed & maior. in Instit. de his qui sui vel alieni iuris sunt. At nemo põt iuri publico, iuramento etiam adhibito, derogare, ut in c. si diligenti, de foro compet. Ergo nec iuramento adhibito valere potest absque insinuatione donatio.

Respondeo, tex. in d. c. si diligenti, loqui de clerico cõsentiente in iurisdictionẽ laici iuramento ẽt prestito. Ait tex. nullius esse momenti cõsensum. Et rectè, quia ius publicum repugnat, quod in Sacris, Sacerdotibus, & Magistratibus cõsistit, l. 1. §. 1. ff. de iust. & iure, & iustas ob causas statuit, vt Clerici à secularibus non iudicentur. At hic B agitur de iure priuato, licet enim ob publicam vtilitatem insinuatio requiratur, non tamẽ est vtilitas publica principaliter, sed secundario, quare iuro accedẽte valet actus.

Id patet in alienatione rerũ dotalium, in alienatione rerũ minorum 25. annis, & in alijs multis casibus, in quibus iuramentum actum ipsum confirmat, licet repugnet secundariò publicæ utilitati, vt in d. c. si vero, & in d. c. cũ contingat, de iureiur. in l. 1. & in Auth. Sacramenta puberum, C. si aduer. vend.

Secũdum arg. Insinuatiò necessaria est, ut fraudes euitentur, l. lata, C. de donatio. Si ergo donatiò confirmetur iuro, etiam non adhibita insinuatione, via fraudibus aperitur. Hoc aũt est absurdum, l. cõuenire, ff. de pact. dotal.

Respondeo, viam fraudibus non aperiri, quia nemo præsumitur iurare falsum, ac delinquere, & vbi iuramentum intercedit, res præsumitur acta cum consilio & deliberatione, c. ex rescripto, de iureiur. & tradit optimè Alexand. in consi. 52. nu. 2. & 17. lib. 1.

C Tertium argumentum. Lex præsumit fraudes intercessisse, si donatio careat insinuatione. Ergo iuramentũ nihil operatur, c. cum contingat de iureiur. ibi: *Neque vi, neque dolo, præstita*, &c.

Respondeo, nego antecedens, neque enim leges dicũt fraudes præsumi, si donatio careat insinuatione, sed ut fraudes euitentur, insinuationem requiri.

CAPVT LXXXIIII.

An renunciari possit Constitutioni l. si vnquam, C. de reuoc. donat.

CElebris est cõtrouersia, vtrum l. si unquã, C. de reuoc. don. possit renuntiari. Sunt enim qui affirmant, sunt qui negãt. vide Oldr. in cons. 173. Rip. in cõmentarijs ipsius legis, q. 51. Tiraqnellum latissimè, in præfatione, nume. 88. Nattam, in cõsi. 125. & alios, quos citat Alphanus D Collectaneo 264. & Mynsingerum Cent. 5. obseru. 63.

Affirmantis sententiæ fundamentũ est, quia unusquisque iuri suo renũciare potest, l. pen. C. de pact. cum igitur in ipsius donãtis fauorẽ constitutum sit, vt si liberos susceperit, donationem reuocare possit, nihil proponi posse videtur, cur non possit suo iuri & fauori renunciare.

Fundamentum verò negantis sententiæ illud est præcipuum, quod ea constitutio edita fuerit nõ in fauorem tantum donãtis, sed etiam eius liberorum. Quamobrem illud ius liberis quæsitum ac delatum, nõ debet, nec potest ei pater auferre, l. quod de bonis, §. vlt. ff. ad leg. Falcid. l. pen. C. vt in possess. legato. l. id quod nostrum, de reg. iuris, l. cum non solùm, C. de bonis, quæ liberis.

Pendet igitur hæc disputatio ab hoc articulo, an uidelicet fauore duntaxat donatoris, an uerò etiam liberorũ scripta sit illa constitutio; & cum textus velit bona donata reuerti ad ipsum donatorem, nec ullam faciat liberorum mentionem, oritur coniectura, non fuisse habitam rationem iuris ipsorum liberorum, sed patris duntaxat.

A Huc accedat, quod si iam nati sint liberi, cum pater donat, ipsis nullum competit ius reuocandæ donationis, nisi vsquæ ad debitum bonorum subsidium, querela scilicet inofficiosæ donationis proposita, vt in l. 1. in l. si totas & toto tit. C. de inoffi. donat. Cur ergo possint postea nati reuocare ipsam donationem ope d. l. si vnquam, vbi pater et legi renunciauit, ac proinde declarauit, se ratam habere velle donationem etiam liberis postea susceptis?

Denique vera ratio legis est ex coniectura pietatis, quoniam is, qui donauit liberos non habens, minimè donaturus fuisset, si de liberis cogitasset nascituris, ne scilicet propriæ soboli extraneos anteponeret, l. cum acutissimi, C. de fideicommissis, l. cum auus, ff. de cond. & demonst. l. 6. §. cum autem, C. de Instit. & substit. Cum ergo constat euidenter eum donare voluisse, etiamsi liberos suscepturus esset, cessat illa pietatis coniectura. Constat autem vbi is, qui donat, beneficio legis renunciat. Hæc enim est donantis sententia, vt non velit bona donata ad se reuerti, etiamsi liberos postea susceperit.

B Itaque ex his concludo affirmantem sententiam iuri nostro magis consentaneam videri, cui sententiæ adstipulantem habeo nouissimè doctissimum virum Iacobũ Cuiacium lib. 20. Obseruat. cap. 5. & Rotæ Romanæ decisionem præclaram, in 1. parte decisionum nouissimè editarum, decis. 124.

CAPVT LXXXV.

Vtrum d. l. si vnquam, C. de reuocan. donatio. locum habeat extra illam speciem patroni donantis liberto.

VEra legis hæc sunt: *Si vnquam libertis patronus filios non habens bona omnia, vel partem aliquã facultatum, fuerit donatione largitus, & postea susceperit liberos: totum, quicquid largitus fuerat, reuertatur, in eiusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum.*

C Hoc in loco controuertitur, an si alius præter patronũ libertis donantem, bona sua extraneis donauerit, & postea liberos susceperit, idem sit respondendum. Controuersiam latissime tractat Tiraquel. in commentariis d. l. in verbo, Libertis, & Ripa, in q. 1. Isti autores citãt tũ affirmantis tum negantis sententiæ, vt minimè opus sit à me referri.

Ego sanè eorum sniam magis probo, qui legem extẽdunt ad alias personas, quam in ea lege sint expressæ, quã quidem sententiam probat etiam Cuiacius, lib. 20. Obseruation. ca. 5. eo s. argumento, quod & in aliis personis & casibus ratio legis valet, quæ posita est in coniectura pietatis, quia s. verisimile est, eum extraneo donaturum nõ fuisse, si de liberis cogitasset, l. cum auus, ff. de condit. & demonstr. l. generaliter, §. cum autem, C. de institut. & substitut.

D Nec contrariæ sententiæ mouent argumenta, Inde enim petuntur, quod verba legis de patrono loquantur, non de aliis, ac proinde in aliis obtinere debeant aliæ leges, quibus sancitum est, donationes reuocari non posse, cum perfectæ sunt. Præsertim quia videtur in liberto aliqua specialis ratio suadere, vt bona donata non obtineat, si patrono donanti liberi nascantur, propter summum libertatis collatæ beneficium, quo patrono & eius liberis, libertus est obstrictus, & quia facilius reuocatur donatio liberto facta, vt in l. 1. C. eod. tit.

Respondeo, rationem legis inspiciendam, non verba. Neque enim possunt omnes articuli legibus nostris comprehendi, l. non possunt, ff. de legibus. Ratio autem legis locum habet in omnibus casibus & personis. Nec illa ratio beneficii collatæ libertatis liberto, quicquam valet, quia non ea nititur legis decisio, sed coniectura paternæ pietatis, ne suam videatur sobolem alienæ prætulisse, & quia verisimile non est eum, si de liberis cogitasset, donaturum fuisse.

CAPVT LXXXVI.

Vtrum l. si vnquam, C. de reuocan. donat. locum habeat, vbi Ecclesiæ donatio facta est.

DIsputat fusè Tiraquellus in Commentariis d. l. si vnquam, in verbo, Libertis. nu. 79. atque ibidem Ripa, q. 49. an illa lex procedat etiam si donatio facta sit Ecclesiæ, vt scilicet reuocetur natiuitate liberorum. Autores affirmantis & negantis sniæ commemorãt, & argumenta.

Decidit hanc controuersiam text. in c. vlti. 17. q. 4. vbi Canon ex D. Augustino (si locus eius est, neque enim inter Augustini opera reperitur) ita dicit. *Quam laudabile factum S. Aurelii Carthaginensis Episcopi. Quidam enim cum filios non haberet, nec speraret, res suas omnes (retento sibi vsufructu) donauit Ecclesiæ: nati sunt ei filii, nec opinanti: reddidit Episcopus ea, quæ donauerat; In potestate habebat Episcopus non reddere: sed iure fori, non iure poli.*

Sententia Canonis est, si iuris rigorem spectes, non reuocatur donatio Ecclesiæ facta. Primo quia Constantini Imperat. lex, non ligat Ecclesiam.

Secundò, quia Ecclesiæ qui donat, videtur pro salute animæ donare, Deo enim donat, salus autem animæ filiis præferenda est. Sed quoniam Ecclesia cultrix est iustitiæ & æquitatis, ratione quadam naturali ac diuina edocta, non debet cum aliena iactura locupletari: non tam ergo donationem factam ponderat, quam donantis mẽtem, qui cum filios non haberet, nec speraret, donauit, nati verò postmodum ei sunt filii nec opinanti, Cur igitur ea bona filiis auferat, quæ forsan parens auferre noluisset, si eos habuisset, vel se habiturum sperasset? Valeat rigor omnis, præualeat ratio, æquitas, commiseratio.

CAPVT LXXXVII.

An d. l. si vnquam, C. de reuoc. donat. locum habeat, cum donans tempore donationis liberos habebat, si deinde alios suscepit.

COntrouertitur quoque: an si quis liberos habuerit, puta vnicum filium, vel filiã, & bona sua, vel partem eorum extraneo donauerit, deinde alios susceperit filios, an reuocetur donatio. Et multi responderunt reuocari; Multi secus docuerunt. Aliqui distinctionem adhibẽdam censuerunt, vtrum filii iam nati odiosi essent, vel chari. Vide Tiraquellum in Commentariis d. l. si unquã, in uerbo, Filios non habens. Ripam, q. 6. Iacobum Cuiacium, lib. 20. Obserua. cap. 5.

Qui affirmant, ea utuntur coniectura, quod sit eadem ratio hoc in casu, quæ est, vbi donans nullos habuit filios donationis tempore. Nam donatio tunc eam ob causam reuocatur, quod non speraret se liberos habiturum, nec verisimile foret, eum donaturum, si se habiturum sperasset. Hæc ratio locum habet, etiam quando unicum habet filium, uel filiam. Nam extraneis non donaret, si se alios habiturum speraret.

Cæterum, qui negant, eo nituntur argumento, quod uerisimile sit donantem hoc casu de liberis cogitasse, & eis tamen uoluisse extraneum præferre: Si enim plus, quàm natum filium, dilexit donatarium, uerisimile etiã est eum præ nascituris dilexisse.

Sed & distinctiones suis nituntur rationibus.

Verum in re clara, & legibus nostris planè decisa, tot coniecturis minimè opus esse existimo. Audiamus legẽ de hac specie ipsa; Pater filios habet natos, donat ipsis filiis (eadem est ratio si extraneis donauerit) Postea nascũtur alii; quid iuris? An non tota reuocatur donatio, an uerò usque ad legitimam tantum portionem? Diocletianus & Maximianus in l. 5. C. de inof. donat. *Si totas facultates tuas per donationes vacuas fecisti, quas in emãcipatos*

filios

filios contuliſti; id, quod ad ſubmouendam inoſſicioſi teſtamenti querelam, non ingratis liberis relinqui neceſſe eſt; ex factis donationibus detractum, vt filii vel nepotes poſtea ex quocunque legitimo matrimonio nati, debitum bonorum ſubſidium conſequantur, ad patrimonium tuum reuertetur.

Igitur cùm quis donat nullos habens liberos, ſi poſtea naſcantur liberi, reuocatur donatio, ex coniectura pietatis, quia ſcilicet veriſimile non eſt, eum donaturum fuiſſe, ſi de liberis cogitaſſet: Hæc eſt deciſio l. ſi vnquam. Si verò liberos habens, donauerit, reuocatur donatio non in totũ, ſed pro legitima portione, non ex coniectura pietatis, ſed ex eo, quòd inofficioſa ſit donatio, & contra officium pietatis paternæ. Hæc eſt deciſio d. l. 5. C. de inoff. donat. atque adeò propoſitæ huius controuerſiæ.

CAPVT LXXXVIII.

Vtrum d. l. ſi vnquam, C. de reuocan. donat. locum ſibi vendicet in re donata particulari, vel in parte bonorum modici momenti donata.

CVm lex dicat, *Omnia bona, vel partem aliquã,* oritur controuerſia an de qualibet minima parte id accipiendum ſit, & de re etiam aliqua ſingulari donata. Tractant hãc quæſtionem Tiraquell. in Comment. d. l. ſi vnquam, in verbo, Omnia, vel partem aliquam, & Ripa, q. 7. & 8.

Qui accipienda eſſe illa verba negant de qualibet parte, & de re particulari eo vtuntur argumento, quòd appellatione partis, dimidia intelligatur, l. nomen filiarum, §. portionis, ff. de verb. ſig. & quod ſi de qualibet parte, vel minima re Imper. loqui voluiſſet, non dixiſſet *bona omnia vel partem aliquam,* ſed ſimpliciter ac vno verbo dixiſſet, aliquam rem.

Qui autem contrariæ ſententiæ ſunt autores, perpendunt illud verbum, *aliquam,* quod vel in minima parte verificari poteſt, ex ſententia Gloſ. in Clem. 1. verſ. Et earum parte, de foro compet. & præterea textum in l. generaliter, §. cùm autem, C. de inſtit. & ſubſtit. ad finem.

Ego ſanè eorum ſententiã magis probo, qui hanc quæſtionem arbitrio Iudicis definiendam putant, vt ſcilicet omnibus circumſtantijs perpenſis, is exiſtimet, an veriſimile ſit donaturum fuiſſe rem, vel partem donatam, ſi de liberis cogitaſſet; Cui ſententię etiam adſtipulatur D. Menochius de arbitr. iud. Caſu 133.

CAPVT LXXXIX.

Vtrum l. ſi vnquam, C. de reuoc. donat. locum habeat in donatione remuneratoria.

COmmunis eſt ſententia Doctorum, ſi remunerandi gratia donatum ſit, vel ob aliam cauſam, quæ commodum reſpiciat donatoris, non eſſe locum conſtitutioni l. ſi vnquam, C. de reuo. dona. Vide Tiraquell. in Comment. d. l. in verbo, Donatione largitus, in principio, & Ripam ibid. q. 13. & 14.

Fundamentum verò eſt, quòd hæc non ſit propriè donatio ex liberalitate procedens, iuxta l. 1. ff. de donat. Sed potius mercedis præſtatio, iuxta l. Attilius, ff. eod. tit. & genus quoddam permutationis, iuxta l. ſed etſi lege, §. conſuluit, ff. de Petitio. hæred. Ideò & irreuocabilis eſſe dicitur, l. ſi pater, §. 1. ff. eod. tit.

Cæterùm Cuiac. lib. 20. Obſeruat. c. 5. contrarium docet poſt Nicolaum Vallam, de reb. dub. cap. 2. aitq́ue ſe ab hac lege non excipere donationem remunerandi gratia factam, quod & Nicol. Val. probare videtur.

Nullum argumentum vidi, quo iſti moueantur, ſed tamen eorum ſententiam veriſſimam eſſe puto, quia plerunque donationes in eos conferuntur, qui beneficia contulerunt, vt ſi hanc eximas ab ea Conſtitutione donationem, quam certè Imper. non ademit, multum ſanè illi detrahas.

A Deinde quia donatio dicitur & illa, quæ remunerandi cauſa ſit. Nam donari dicitur, quod nullo iure cogente datur, l. donari, ff. de reg. iur. & de donatio. Nullo verò iure cogente datur ab eo, qui remunerandi gratia donat, licet enim ad antidora eſſet obligatus naturali quadam ratione, cogi tamen iure non poterat, ideò videtur aliquam exercere liberalitatem, ſicuti optimè declarat Decius, in d. l. donari, de reg. iur.

Tertiò, quoniam ratio legis locum habet, etiam in ea donatione, quæ remunerandi cauſa ſit, etſi enim benefacientibus benefacere teneamur, & hominem ab homine beneficio affici, plurimum interſit, maximumq́ue ſit ingratitudinis peccatum, tamen ea res modum habet, occaſionem expectat, nec ſtatim exigit, vt benemerenti omnia bona donentur, vel magna pars eorum, quare neque etiam veriſimile eſt, donaturum fuiſſe, qui beneficium accepit, omnia bona, vel maiorem partem, ſi de liberis cogitaſſet, quoniam non hæc paterna pietas & a-
B mor ſuadent.

Quòd ſi modici momenti donata res proponatur, & omninò id, quod veriſimiliter donatum fuiſſet, etſi liberos donans habuiſſet, vel de eis cogitaſſet, tunc ſententiam communem amplectendam putarem.

Alioqui eius me parum mouerent argumenta; Quòd enim dicitur hanc non eſſe verè ac propriè donationem, nihil obſtat. Nam ſatis eſt donationem eſſe aliquo modo, verba mentemq́ue legis eidem conuenire.

Quòd verò dicitur irreuocabilem eſſe, ex l. ſi pater, §. 1. tranſeat. Eſt enim æquum, vt qui liberatus fuit ab hoſtibus, & ob eam cauſam aliquid donauit, illam donationẽ non reuocet. Nam etſi liberos habuiſſet, donaſſet, ac ſimiliter etſi de liberis cogitaſſet.

Alia eſt ratio eius, qui beneficio aliquo affectus, omnia ſua bona, vel eorum partem, liberos non habens, donauerit, quæ ſanè veriſimiliter non erat donaturus, ſi de liberis cogitaſſet.

C Atque ita perpendo in propoſita ſpecie non ipſorum meritorum, ob quæ donatur, æſtimationem, ſed donantis mentem, & id quod veriſimile eſt. Nam etſi quis maximum beneficium acceperit, quod nec omnia bona ſua donando æquaret, non tamen eum puto ſua omnia bona, vel maiorem partem donaturum, ſi liberos habeat, vel de liberis cogitauerit, quia hæc à nobis non requirunt antidoralis obligationis & gratitudinis leges, Dura enim nimis, ne dicam iniuſta præciperent.

CAPVT XC.

Vtrum l. ſi vnquam, C. de reuocan. donat. locum habeat, ſi nati ſint liberi, & ante parentem vita functi.

DOnationem factam reuocari ſuſceptis poſteà liberis, ait lex. Sed quid ſi liberi poſteà ſuſcepti viuo adhuc parente donatore moriãtur,
D vtrum donatio conualeſcat?

Non eſt eadem omnium ſententia, Vide Ripam in commentarijs d. l. ſi vnquam, quæſt. 38. & Tiraquellum in verbo, Suſceperit, nu. 161.

Affirmantium hoc in caſu donationem conualeſcere, duo ſunt potiſſimùm argumenta. Vnum, quòd ſi moriantur filij, ſit perinde, ac ſi nati non eſſent, argumento ſumpto ex l. Poſtumus præteritus, ff. de iniuſto rup. & irr. teſtam. *Poſtumus præteritus viuo teſtatore natus deceſſit, licet iuris ſcrupuloſitate, nimiaque ſubtilitate teſtamentum ruptum videatur, attamen ſi ſignatum fuerit teſtamentum, bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas accipere hæres ſcriptus poteſt.* Hactenus ibi Iuriſconſultus.

Alterum eſt argumentum, quòd cùm nati filij moriuntur ante donatorem, ceſſare omnis ratio videatur, ob quã aliàs donatio reuocatur, illa nempe, quòd nequaquam ſit veriſimile donaturũ fuiſſe, ſi de liberis cogitaſſet. Etenim ſi cogitaſſet liberos ſtatim ante ſe morituros, à donando veriſimiliter non abſtinuiſſet.

Negantis autem sententiæ illud est primum argumen A tum, quod illa donatio vt ualeat, videtur habere quandam tacitam conditionem, si liberos donans non susceperit, vt patet, Atqui hæc conditio, natis liberis confestim deficit, licet filii postea moriantur, l. filiusfamilias, §. cũ quis, de leg. 1. l. hæredibus, ff. ad Treb.

Alterum est argumentum, quod res semel extincta, amplius non reuiuiscat, l. qui res, §. aream, ff. de solutio. sed natis liberis extincta est donatio, quia dicit tex. *Si postea susceperit liberos, totum, quicquid largitus fueras, reuertatur, in ipsius donatoris arbitrio, ac ditione mansurum.*

Cæterùm, ut hanc posteriorem sententiam amplectar inclinat animus. Nam si natis liberis donatio effectum non habet, & res donatæ ad ipsum donantem reuertuntur, iam sunt ipsius donatoris propriæ effectæ; ergo requiritur noua donatio, ut ad donatarium rursus deueniant, neque enim in suspenso esse potest rei donatæ dominiũ, atque adeo ipsa donatio, pendereq; a uita, vel morte liberorum susceptorum potest. B

Lex dicit bona reuerti ad ipsum donatorem liberis susceptis, iis ergo mortuis liberis, liberam rursus donandi potestatem habet, nobis verò nõ est liberum, subtili quadam interpretatione donationes nouas inducere.

Argumenta non obstant, quia illud facit æquitas Prętoria contra iuris rationem, vt testamentum sustineatur, l. 2. & 3. C. de postumis hæredib. instit. quæ quidem Prætoris æquitas hic non militat, neque enim illam nobis suppeditât aliquæ leges, aut rei similitudo, affinitasq.

Alterum autem argumentum valet ad persuadendũ, ut mortuis liberis iterum donaturum credamus parentem, non ut ei liberam suarum rerum potestatem auferamus: is scilicet iam dominus effectus pœnitere potest, & vel aliis bona donare, uel in pauperes erogare, uel ab intestato uenientibus relinquere.

CAPVT XCI.

Ad materiam & interpretationem l. vlt. C. de nouation. vtrum in casibus, in quibus olim fiebat ipso iure nouatio, nunc ope exceptionis fiat. C



ETsi disertè Iustinianus statuit, nouationem non fieri, nisi exprimatur, & id agatur, ut fiat nouatio, l. ult. C. de nouatio. tamen Glo. in expositione illius legis, & in l. 2. ff. co. ti. & alibi ope exceptionis induci existimauit, ita uidelicet, ut non amplius ipso iure ex mutatione personæ, & ex aliis causis, sicut olim, inducatur, atque idipsum Imperator constituerit in d. l. ult. Veruntamen exceptionis ope fiat & inducatur.

Accursium secuti sunt multi, quos commemorant Gabriel. commu. concl. ti. de nouationib. concl. 1. nu. 53. Mascardus de probationib. uol. 2. concl. 1111. nu. 6. & D. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 134. nu. 46.

Fundamentum uerò est in l. penult. ff. de prætoriis stipul. Vlp. *Si Præses, qui ante in triennium caueri iusserat, postea in longum tempus caueri præceperit, quia à prima stipulatione prorsus discedi voluerit, exceptionem primæ stipulationis obligatis peperisse videtur.* D

Verum istis nil morantibus, contraria sentẽtia uerior est, quam amplexi fuere alii quàplurimi à Gabrielio, Mascardo & D. Menochio citati, locis proximè allatis, quibus addo Andræam Geyll, lib. 2. Obseru. 30.

Probatur euidenter ex uerbis ipsius legis ultimæ, C. de nouatio. Sic enim ait Iustinianus: *Nouationum nocentia corrigentes volumina, & veteris iuris ambiguitates resecantes, sancimus, si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutauerit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendã, vel minuendam esse crediderit, vel conditionem, seu tempus addiderit, uel detraxerit, vel cautionẽ minorem.* (Cuiacius legit iuniorem lib. 19. Obseruat. c. 36.) *acceperit, uel aliquid fecerit, ex quo ueteris iuris conditores introducebant nouationes, nihil penitus prioris cautelæ innouari, sed anteriora stare, & posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, & hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint, &c.*

Quis iã dicere audeat ope exceptionis nouationem induci? Si recipiatur illa expositio, quis affirmare audeat, nocentia nouationum volumina esse correcta, & difficultates sublatas? Effectu enim nouatio, vt olim, induceretur, aduersus edictum Iustiniani, quia nihil interest ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, l. nihil interest, de reg. iur.

Illud autem argumentum ex l. pen. ff. de prætorijs stipulat. infirmius est, quàm vt confutatione indigeat. Nam ex iure veteri desumitur, quod iam sublatum est. Et secũda stipulatio non poterat in ea specie cõsistere simul cum prima, cum maiorem dilationem concederet, quàm prima, vt declarat ibid. Castrens. nu. 2.

CAPVT XCII.

Vtrum ex coniecturis nouatio inducatur.



COntrouertitur etiam inter Doctores: vtrum ex probabilibus argumentis & coniecturis nouatio inducatur, licet partes contrahentes non expresserint, vt uidere est ex Gabr. commun. concl. ti. de nouat. concl. 1. nu. 57. & 58. Mascardo de probationib. vol. 2. cõcl. 1111. nu. 19. & D. Menoch. de præsumpt. lib. 3. c. 134. nu. 34.

Et negantium fundamentum est in illis uerbis d. l. ult. C. de nouatio. *Nihil penitus prioris cautelæ innouari, sed anteriora stare, & posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationẽ, & hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint,* &c. Et paulo post. *Etsi non uerbis exprimatur, ut sine nouatione causa procedat.*

C Quibus tamen nil morantibus, contrariam sententiã communiorem & veriorem esse iudico, eam secuti sunt quamplurimi à Gabrielio, Mascardo & Menochio citati locis annotatis, & præterea Andr. Geyll, qui testatur in camera Imperiali ita seruari, lib. 2. obseru. 30. & Rota Romana nouissimè decis. 562. in prima nouissimarum decisionum.

Fundamentum est solidum, quia licet hoc uelit Iustinianus in d. l. ult. ut nouatio non inducatur, nisi expressè dixerint contrahentes se nouare, tamen subdit textus: *Et generaliter definimus, uoluntate solùm esse, & non lege nouandam;* Voluntas autem ex certis & probabilibus cõiecturis elicitur, ut si dicam, loco decem aureorũ, quos mihi debes, promittis uiginti? Certè posterius hoc pactũ priori derogat, aliàs repugnantia induceretur, quis ergo dixerit nouationem hac in specie non induci, licet aliud non fuerit expressum? Si centum mihi debeat ex causa depositi, & conueniat, ut ex causa mutui promittat, quis D non dixerit esse nouationem? Fierine potest ut simul debeas ex deposito & mutuo? Planè si tales species proponantur, in quibus planè uoluntatis coniectura nouatio inducatur, non dubitauerim affirmare eam induci.

His responsum patet ad priora uerba l. ult. Quid enim refert uerbis ipsa uoluntas declaretur, an uerò re ipsa & factis? l. de quib. ff. de legib. l. Paul. ff. rem ratam haberi.

CAPVT XCIII.

Vtrum principalis stipulatio nouetur ex subsequente stipulatione pœnali.



PErtinet ad interpretationem eiusdẽ l. ult. C. de nouatio. illa controuersia; an in casibus, in quibus olim ex pœnali stipulatione nouatio fiebat, ut in l. obligationum, 43. in fine, ff. de actio. & obligat. in l. ita stipulatus, 15. ff. de uerb. oblig. & alibi, etiam hodie fiat.

Et

Et aſſerunt multi, multi negant. Vide Gabriel. Commu.concl.tit.de Nnuationibus Concl. 1. nu. 67.

Aſſerentes, ita legem Iuſtiniani interpretantur, vt accipienda ſit de ſtipulatione rei principalis, nulla enim fit mentio pœnalis ſtipulationis, Itaque ſententia legis erit, principalem ipſam obligationem, niſi expreſsè id agatur, nequaquam nouari.

Sed repugnant, niſi fallor, verba illa generalia l. vlt. C. de Nouatio *Vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant nouationes*, &c. Ex pœnali autem ſtipulatione in certis caſibus nouationes introducebant veteris iuris conditores, vt patet ex legibus citatis, Igitur & illas leges Imperator correxit, atque omninò ſtatuit, vt non inducatur nouatio, niſi expreſsè id agatur.

Quare negantium ſententiæ me lubens ſocium adſcripſerim.

CAPVT XCIV.

Vtrum is, qui ceſſit creditori ſuo actiones aduerſus debitorem, poſsit ipſum debitorem ceſſum liberare, ſi debitor ipſe ceſsionem factam non ignoret, non tamen aliquod ex tribus interuenerit, de quib. in l. 3. C. de nouat.



IMperator Gordianus in l. 3. C. de Nouatio. ita ſcribit. *Si delegatio non eſt interpoſita debitoris tui, ac proptereà actiones apud te remanſerunt, quamuis creditori tuo aduerſus eum ſolutionis cauſa mandaueris actiones, tamen antequam lis conteſtetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denũciauerit, exigere à debitore tuo debitam quantitatem non vetaris*, &c.

Animaduerti controuerſiam inter Conſilium Neapolitanum apud Afflictum deciſ. 335. & Senatum Pedemontanum apud Oſaſcum deciſ. 44. Afflictus enim refert deciſionem, qua concluſum & definitum eſt; cedentem actiones contra debitorem ſuum, poſſe cum ipſo debitore tranſigere, & eum etiam alij cedere, licet ipſe debitor ceſſus non ignoret ceſſionem factam, ſi vnum ex tribus non interuenerit, de quibus in lege ſuprà recitata.

Et fundamentum eſt in illis verbis legis. *Tamen antequam lis conteſtetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denunciauerit, exigere à debitore tuo debitam quantitatem non vetaris.*

Sed contrarium decidit Senatus Pedemontanus, cuius fundamentum eſt in l. vlt. ff. de Tranſact. *Venditor hæreditatis* (inquit Papinianus) *emptori mandatis actionibus, cum debitore hæreditario, qui ignorabat venditam eſſe hæreditatem, tranſegit; Si emptor hæreditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio tranſacti negotii debitori propter ignorantiam ſuam accommodanda eſt*, &c.

Hic ignorantia facit, vt exceptio detur, ergò ſcientia contrarium efficiet.

Et ſanè hæc ſententia longè æquior & probabilior eſt. Iuuatur enim Regula illa iuris notiſſima, Eum, qui certus eſt, vlteriùs certiorari non oportet, c. eum qui certus, de reg. iur. lib. 6. l. 1. ff. de act. empt. Si ergò debitor ceſſus non ignoret ceſſionem factam, in mala fide verſatur, ſi vel concedente tranſigat, vel ei ſoluat, aut alij ceſſionario.

Certum eſt, ſi fuiſſet ei denunciata ceſſio, non potuiſſe tranſigere, nec ſoluere, vt in text. Eſt igitur perinde iudicandum, cùm ipſe iam ſcit ceſſionem factam, quia certus non eſt certiorandus.

CAPVT XCV.

Vtrum iuramentum conſtituat debitorem in mora abſque interpellatione.



IVramentũ in mora cõſtituere debitorem abſq; interpellatione, autores ſunt Imola, Io. Andr. Abbas, & Butr. in c. breui, de iurei. Speculat. ti. de Aduocatis, §. 1. verſ. ſed nunquid ts, qui iurauit, & alij à Gabriello citati Commun. concluſ. tit. de iu-

A reiur. Concl. 2. Adde Seraphinum Senenſem de Priuil. iuramenti, Priuileg. 37.

Fundamentum eſt in ipſo iuramenti vinculo, quod ſanè ita iurantem obligare videtur, vt illud ſeruet, & creditori ſuo omninò ſatisfaciat, cùm primum nouerit illum indigere ſua pecunia.

Contrariũ docuerunt Alex. in l. quod te, col. 4. ff. ſi cer. pet. & ibid. Bolog. nu 61. Aret. in l. ſi ſeruus communis, in fine, ff. de vulg. Soc. ſen. in l. 2. §. vlt. nu. 21. ff. ſol. matr. Banetius in tract. de Mora, in 2. parte, verſic. Duodecimò fallit, num. 21.

Fundamentum eſt: quia nullo Iure Ciuili vel Canonico id cautum reperitur, & iuramentum ſolet alioqui eam interpretationem ſuſcipere, quam principalis actus, ſuper quo interponitur. l. vlt. C. de non numerata pec. Quamobrem, cùm legibus ita ſit conſtitutum, vt mora committatur, ſi debitor fuerit ad ſoluendum interpellatus, l. mora,

B ff. de vſuris, ſequitur idem eſſe ſtatuendum, licet obligationi iuramentum acceſſerit.

Et hanc ſententiam ſequor. Ad argumentum reſpondeo; eum, qui iurauit, peccare, ſi non ſeruet iuramentum, arctiorique vinculo teneri, quàm ſi ſimpliciter promiſeꝛit; ſed non infertur eum ita teneri, vt contra Iuris Regulas morã incurrere dicatur, licet interpellatus non fuerit.

CAPVT XCVI.

Si ex lege Municipali inſtrumenta contra debitores executionem habeant, quid aduerſus eum debitorem ſtatuendum ſit, qui factũ promiſit, nec illud præſtat, vtrum pro eo, quod creditoris intereſt, executioni ſit locus.



EXecutionem eſſe concedendam reſpondit Ludouicus Romanus ad l. certi condict. ff. ſi cert. pet. refert & ſequitur Alciatus, ibid. n. 11.

C Fundamentum eſt: quia ſicut executio datur pro eo, quod in inſtrumento expreſſum eſt, ita etiam concedenda videtur pro eo, quod intereſt, quia iuris interpretatione videtur eſſe comprehẽſum in inſtrumento, Cùm enim factum non præſtatur, oritur obligatio ad id, quod actoris intereſt.

Sed contraria ſententia communior eſt & verior, quã amplexi fuere Antonius Butrius, & Imolenſ. in c. tranſlato, de Conſtit. & Decius, in d. l. certi condictio, nu. 9. Ratio eſt: quia obligatio ad id, quod intereſt, in inſtrumento non continetur, lex verò municipalis executionem concedit ijs, quæ in inſtrumento continentur.

Nec obſtat id, quod dicitur ex iuris interpretatione oriri ad id, quod intereſt, obligationem, quia concedi poteſt, ſed non inde ſequitur, ipſam obligationem ad id, quod intereſt, iuris interpretatione videri comprehenſam in inſtrumento.

D Igitur quod in inſtrumento comprehenſum eſt, executionem habebit ex lege Municipali. Quod verò extra inſtrumentum eſt, oriens ex legum ipſarum præceptionib. ſecundùm legum tenorem & formam adimplebitur.

CAPVT XCVII.

Vtrum Emphyteuta donare poſsit ius ſuum Emphyteuticum conſenſu domini non requiſito.



EMphyteutam conſenſu domini non requiſito donare poſſe ius Emphyteuticum quod habet, autores ſunt multi ex antiquis Doctorib. quos Iaſon citat, in l. 3. nu. 54. C. de iure Emphyteut. Clarus, in §. Emphyteuſis, quæſt. 15. Aurelius Corbulus, de iure Emphyteutico, c. 14. limitatione 13.

Fundamentum eſt: quia cur domini conſenſus requiratur Emphyteuta alienare volente, illa eſt ratio, quòd dominus ipſe ius Emphyteutæ poteſt emere eo precio, quod ab alio offertur; Hæc ratio ceſſat Emphyteuta donare volente ius Emphyteuticum, vt patet.

A Contrarium respōderunt Bartolus, & alij multi, quos Iason, Clarus, & Corbulus commemorant, quibus & ipse assentior, autoritate textus, in l. 3. C. de iure Emphyt. in illis verbis: *Minimè licere Emphyteutæ sine consensu domini meliorationes suas alijs vendere, vel ius Emphyteuticum transferre.*

Illud verbum, (*transferre*,) includit & donationē, quia per eam ius Emphyteuticum transfertur in donatarium.

Et licet in venditione ita sit constitutum, vt attestatio domino transmittatur, & prædicatur ei, quantum preciū ab alio offeratur, et si quidem dominus hoc dare maluerit, & tantam præstare quantitatem, quantam ipse re vera Emphyteuta ab alio recipere potest, ipse dominus emere possit, alioquin duorum mensium spatio elapso, si noluerit emere, liceat Emphyteutæ vendere, vt latè habetur in d. l. 3. Tamen non hinc inferri potest, consensum domini requirēdum non esse, si Emphyteuta velit ius Emphyteuticum donando transferre. Si enim vendatur ius Emphyteuticum, lex concedit domino emere volenti prælationem, si verò aliter in alium transferatur, consensus domini requiritur, ob alias causas, vt scilicet intelligat, quis nouus sit Emphyteuta, & antequam ei possessionem concedat, & eum inuestiat, de re Emphyteutica prouidere possit, vt non solùm laudemium, seu quinquagesima præstetur, sed etiam annuus ipse canon Emphyteuticus. Si hæc non fuerint seruata, nulla est lex, nulla ratio, quæ dominum compellat ad nouum Emphyteutam suscipiendum ac inuestiendum. Sic enim ait textus in d. l. 3. *Necessitatem habere dominos, si alius melioratio secundùm præfatum modum vendita sit, accipere Emphyteutam.* Ergo si nō secundùm præfatum modum Emphyteuta ius suum in alium transferat, dominus non tenetur suscipere nouum Emphyteutam, Modus verò est, vt domini consensus requiratur, vt in principio legis habetur.

CAPVT XCVIII.

Vtrum bona Emphyteutica veniant in generali bonorum obligatione.

BOna emphyteutica in generali bonorū obligatione nequaquam comprehendi, autores sont Alexander in cons. 41. lib. 1. Augustinus Berous, in cons. 127. nu. 12. lib. 1. & alij à Gabrielio citati Commun. concl. tit. de verbor. sig. Concl. 12. num. 20.

Quorum fundamentum præcipuum animaduerti positum esse in c. 1. §. in generali, tit. si de feudo defuncti fuerit contentio inter dominum & agnatos. Sed cùm textus ille non loquatur de obligatione, verùm de alienatione, sic enim ait: *In generali alienatione vasalli, non continetur feudum, nisi nominatim dictum sit*, non video, illud satis firmitatis habere.

D Quare in contrariam sententiam faciliùs descendo, quam secuti sunt Bart. in l. si constante, nu. 73. ff. sol. matr. Ripa, in l. 1. nu. 10. ff. Pignor. Neguzan. de Pignorib. in 2. membro, 2. partis, nu. 28. alios citat Gabrielius loco suprà annotato, nu. 17. Andr. Geyll. lib. 2. Obseru. 25. nu. 6.

Et fundamentum est solidius: quia ius Emphyteuticum obligari potest, nemo id negat, nulla lex prohibet, neque enim obligatione in alium transfertur, sed remanet penes ipsum Emphyteutam, imò lex permittit, argum. l. tutor, §. vlt. ff de pig. act. l. lex vectigali, ff eodem, Ergò in obligatione generali continetur, quia illa comprehendit omnia, ijs exceptis, quę quis verisimiliter non esset in specie obligaturus, l. obligatione generali, ff. de pignorib. vt puta supellex, vestis, item alia, de quibus ibi.

CAPVT XCIX.

Vtrum mulier in dote præferatur omnibus creditoribus expressam & anteriorem hypothecam habentibus.

VVlgaris cōtrouersia est ab omnibus tractata Interpretibus, qui Commentaria scripserūt in l. 1. ff. solu. matr. Neguzan. de Pignor. 4. membro, 2. partis, nu. 100. Andr. Geyll, lib. 2. Obseru. 25. num. 10. & Mynsinger. Cent. 4. Obseru. 13. & alij multi, quos consulto prætereo.

Omnis verò difficultas posita est in §. Assiduis, C. qui potiores in pignoribus habeantur. Nam qui negant mulierem præferri creditoribus anterioribus expressam hypothecam habentibus, illis nituntur verbis d. l. Assiduis: *Sancimus ex stipulatu actionem, quam mulieribus iam pro*
B *dote restituenda dedimus, cuique etiam tacitam donauimus inesse hypothecam, potiora iura contra omnes habere mariti creditores*, &c. Videtur enim Iustinianus loqui de muliere ex stipulatu agente, & tacitam hypothecā habente legalē, scilicet ab ipso introductam. Talis hypotheca mulieris tacita pfertur anteriori hypothecæ tacitæ, similiter & legali.

Nec à ratione id alienum est. Licet enim prior tempore, iure potior esse debeat, secundum Iuris Regulas, tamen lex hypothecā introducens, tam pro muliere, quàm pro alijs quibusdam creditoribus, ita eam moderari potuit, vt priuilegium prælationis doti concederet; eas ob causas, quæ explicantur in tex.

Cæterùm, non æque iustum fuerit, expressam ex stipulatione creditoribus quæsitam hypothecam, non ipsius legis auxilio & tempore priorem, dotis hypothecæ posteriori postponere. Cætera; quæ adferuntur argu. leuiora sunt.

Veruntamen, si contextum ipsius legis inspiciamus, si verba perpendamus clara, generalia, aperta, si rationem
C legis spectemus, facile in contrariam sententiam descendemus. *Assiduis aditionibus mulierum inquietati sumus* (ait Imperator) *per quas suas dotes deperditas esse lugebant, & ab anterioribus creditoribus substantias maritorum detentas. Nos itaque ad antiquas leges respeximus, in personalibus actionibus rei vxoriæ actioni, (quam in præsenti sustulimus) magnam prærogatiuam præstantes, vt contra omnes pene personales actiones habeāt priuilegia, et creditores alios antecedant, licet fuerint anteriores. Et hoc cùm in personalibus statuerunt actionibus, si hypothecam respiciebant, illicò iustitiæ rigorem relaxabant: & senioribus hypothecis nonas mulierum hypothecas, si habebant actiones, expellebant: nec ad fragilitatem muliebrem respicientes, neo quòd & corpore, & substantia, & omni vita sua maritus fungitur: Cum penè mulieribus tota substantia in dote constituta sit. Oportebat enim dispони maritos creditoribus suis ex sua substantia satisfacere. nō de dote mulieris, quā ad suos victus, suasq; alimonias mulier possidet, vel a semetipsa datam vel pro ea ab alio.*

D His verbis claré detegitur Iustiniani sententia præferre volentis mulierem omnibus creditoribus hypothecam anteriorem habentibus, licet secus olim esset constitutum. De hypothecis generaliter mentionem facit, non de tacitis duntaxat.

Rationem adfert ex mulieris fragilitate petitam, & ex ęquitate, vt scilicet dotē habeat, ex qua se alere possit. Hæc ratio locū habet tàm in hypothecis tacitis, q̃ ēt expressis.

Pergit Imperator. *Ad hæc omnia respicientes, & reminiscentes, quod & alias duas Constitutiones fecimus pro dotibus, mulieribus subuenientes, & hæc omnia in vnum colligentes, sancimus ex stipulatu actionem, quam mulieribus iam pro dote restituenda dedimus. cuique etiam tacitam donauimus inesse hypothecam. potiora iura contra omnes habere mariti creditores licet anteriores sint temporis priuilegio vallati.*

His verbis non loquitur Imperator de tacita mulieris hypotheca, eam scilicet tacitis creditorū hypothecis præferendo, sed de actione ex stipulatu, quam statuit præferendam oībus mariti creditoribus, Illa enim verba (*Cuique etiam tacitam donauimus inesse hypothecam*) apposita

ta sunt ad commemorandum illud beneficium hypothecæ tacitæ, non verò ad ipsum prælationis beneficium ita restringendum, vt locum habeat in actione duntaxat ex stipulatu, quæ tacitam habent hypothecam, quasi secus, si expressam habeat, quia tunc ex stipulatu actio cũ expressa hypotheca, non esset præferenda creditoribus, quod est absurdum, & alienum prorsus à Iustiniani sñia.

Sequitur in textu. *Cum enim in personalibus actionibus, secundum quod diximus, tali priuilegio vtebatur res vxoria; quapropter non in hypotheca hoc mulieri etiam nunc indulgemus beneficium*, &c. Rationem subdit: *Quis enim earum non misereatur?* &c.

Concludit tandem: *Et ideò quod antiquitas quidem dare incepit, ad effectum aũt non perduxit, nos pleno legis articulo consummauimus; & siue liberos habeat mulier, siue ab initio non habeat, siue progenitos amisit, hoc ei beneficium indulgemus.*

Iam patet hypothecis mulieris hoc esse concessum beneficium, vt præferantur alijs anteriorib. Non loquitur Imperator de tacitis hypothecis tantum ipsius mulieris, sed de hypothecis generaliter: Quod si de tacitis id statuit, cur non etiam de expressis idem sit iudicium? Hic brocardicæ regulæ decantantur. Non ex identitate rationis (ita enim loquimur) licet argumentari, cùm exinde leges corriguntur.

Sed quæ sunt leges, quæ hic corrigantur? Non corrigit antiquas leges, sed supplet Iustinianus. *Quod antiquitas*, inquit, *dare incepit, ad effectum autem non perduxit, nos pleno legis articulo consummauimus.*

Præterea dum loquitur de hypothecis creditorum, generaliter loquitur, & sic tam de tacitis, quàm expressis.

Oportet igitur ita legem interpretari, vt velit mulierẽ tacitam hypothecam habentem, præferendam esse creditorib. habentibus tacitam anteriorem, vel ẽt expressam, sed mulierem habentem expressam non præferri habentibus tacitam anteriorem, quod si nõ bona est interpretatio, vt patet, nec vera etiam illorum sententia esse potest, qui tacitam hypothecam ab expressa distinguentes, nouam potius, & contrariam legem condere nituntur.

CAPVT C.

Vtrum creditoribus, quibus bona sunt obligata, liceat offerre dotem in pecunia vxori, hypothecæ nomine res possidenti, eo casu, quo matrimonium dissolutum non est, sed vir vergit ad inopiam.

NObilis est cõtrouersia, si res sibi pro dote obligatas mulier possidere velit, & detinere, marito iam ad inopiam vergẽte, creditores autem posteriores offerant ei dotem, an teneatur pecunia accepta, bona ipsis creditoribus relinquere? Est inquam controuersia celebris, & pertractata à nostris Doctoribus, & præsertim apud Ofascum decis. Pedem. 135. Andr. Geyll, lib. 2. Obser. 92.

Omnis aũt difficultas est in eo posita, quòd secũdum Iuris Regulas creditor posterior auocare potest à priore pignus, si ei pecuniam debitam offerre paratus sit, l. potior, §. vlt. ff. qui potiores in pign. hab. l. 1. C. si antiquior cred. pignus vendiderit. Et quod magis vrget, ius offerendi competit creditoribus, ẽt si de dote sol. matr. repetenda agatur, velitque ipsa vxor bona retinere sibi pro dote obligata, vt habetur in l. cũ tibi, C. qui pot. in pign. hab.

His aũt repugnare videtur textus in l. vbi adhuc, C. de iure dotium, cuius hæc sunt verba: *Vbi adhuc matrimonio constituto maritus ad inopiam sit deductus, & mulier sibi prospicere velit, resque sibi suppositas pro dote, & ante nuptias donatione, rebusque extra dotem constitutis tenere: nõ tantum mariti res ei tenenti, & super his ad iudicium vocata, exceptionis præsidium ad expellendum ab hypotheca secundum creditorem præstamus, sed etiam si ipsa contra detentatores, &c. non obesse ei matrimonium adhuc constitutũ sancimus, sed ita eam posse res easdem vendicare, &c. vt po-*

A *tuisset, &c. Ita tamen, vt eadem mulier nullam habeat licẽtiam eas res alienandi, viuente marito, & matrimonio inter eos constituto: Sed fructibus earum ad sustentationem tã sui, quàm mariti, filiorumque, si quos habet abutatur, creditoribus scilicet mariti contra eum, eiusque res, si quas postea fortè acquisierit, integra sua iura habentibus.*

Hunc textum ita perpendunt multi Doctores, vt ex eo colligant interesse plurimum mulieris, vt bona viri retineat, quibus se, & filios sustentare possit, ac etiam virũ, quare illa non tenetur creditoribus relinquere, offerentibus dotem in quantitate. Neque verò marito ad inopiã vergente propriè locus est actioni de dote, sed in tuto potius collocatur, & ideò ius offerendi dotem creditoribus non competere, crebrior videtur esse sententia, præsertim, cum agatur de fauore dotis, cuius causa semper, & vbique præcipua est, l. 1. ff. sol. matr.

Ego verò contrariam sñiam sequentib. me lubens socium adscripserim, quoniam magis mouet generalis Regula, q̃ posteriori creditori cõcedit pignoris auocationẽ.

B Item, quòd & in dote idem sit receptum, vbi sol. matrimonio dos repetitur. Et tamen idem propè fauor mulieris, & filiorum eo etiam in casu considerari potest, qui perpenditur in præsenti.

Sed ꝗ caput est ipsa æquitas iustitiæque ratio me magis mouet. Nam cur liceat mulieri pro dote, exempli gratia, mille aureorum, oĩa bona mariti detinere, æstimationis fortè maioris? Hic agitur de præiudicio creditorũ, qui iure suo fraudantur. Vxor retinet plus debito, omnia s. bona occupat prætextu suę dotis, quod sane iniquũ vr.

Neque verò ab hac sñia me deterret, ꝗ constitutum est in d. l. vbi adhuc, C. de iure dotium. Etenim, non ibi negat Imperator ius offerendi creditoribus competere. Nullam eius rei facit prorsus mentionem. At dicit, licere mulieri bona retinere ad sui vsum, & sustentationem: quidni? Nonne fieri põt, & sæpè accidit, cum ad inopiã quis vergit, & facultatib. incipit labi, vt non possideat bo-

C na tanta, quę sufficiant, & mulieri, & creditorib. sed vix vni mulieri? In ea specie nullus creditorum offerret. Et hanc speciem, vt ipse opinor, proponere Iustin. voluit.

Sed fac etiam omnem aliam speciem commemorare, in qua bona sint omnibus suffectura, Negatne locum esse iuri offerendi? Certè huius rei non meminit, ac proinde alijs legibus, ac regulis id definiendum est, quæ offerendi iuri curo faueant, mihi magis sequendæ videntur, quàm opiniones, & placita aliorum.

CAPVT CI.

Possitne Vidua vsuras dotis petere ab hæredibus viri sui defuncti, moram committentibus in restituenda dote?

EXistimo viduam rectè vsuras petere dotis ab hæredibus viri sui moram committentibus in reddenda dote.

D Primum, quia in bonæ fidei iudicijs vsuræ post moram veniunt, l. mora, §. in bonæ fidei, ff. de vsuris. Actio autem de dote est bonæ fidei, l. vnica, § sed & si, C. de rei vxor. actio.

Secundò, ex d. l. vnica, §. exactio, in illis verbis: *Sin autem supersederit res mobiles, &c. restituere etiam vsuras æstimationis omnium rerum. &c maritus præstet.*

Eadem enim ratio est in hærede mariti soluto matrimonio morte eius, sicut cum per diuortium dissolutum est, de quo loquitur ibi Iustinianus.

Tertiò, quia dos datur, vt deseruiat onerib. matrimonij, l. pro oneribus, C. de iure dotium, quare obligationi dotis tacita hæc conditio inesse videtur, vt ex ea tantum percipiatur emolumenti, quo matrimonij onera sustineri possint. Sicut ergò viro debentur vsuræ, si dos ei non soluatur, c. salubriter, de vsuris, ita & mulieri sol. matr. debentur, quod est argumentum grauissimi Doctoris Nauarri in Comment. ad c. si fœnerauerис, 14. q. 13. nu. 67.

Quar-

Quartò, quia sic constitutum est multis in locis Statutis Municipalibus, & consuetudine id receptum videtur, vt vsuræ dotis etiam viduis præstentur, quibus mora fit in dote ipsa reddenda.

Quintò, id maximè puto recipiendum in locis in quibus, si quis paratam pecuniam habeat, facile inuenire potest censuum uenditores, uel aliam honestam opportunitatem pecuniæ collocandæ. Videtur enim tunc usura solui ob lucrum cessans, & damnum emergens, quod omni iure permissum esse inter omnes constat.

Atque ita docuerunt Cynus, post Dynum, quem citat in d.l.vnica.§.exactio. Nauarrus, loco proximè citato, Panorm.conf.39.lib.2. Grammaticus, decis.103.nu.93. Iason, conf.92.lib.1.alios citat Lupus, ad l.Curabit, Comment.1.§.4. nu.84. licet ipse contrariam sententiam amplectatur. In eandem sententiam inclinat Ant. Tessaurus, decis. Pedem.42.

Contrarium docuerunt Bart. in l.atqui natura, §.non tam, ff.de negot gestis, in l.in Insulam, §.vsuras, ff.sol.matrim. Alex.ad l.diuortio, num.23.ff.eod.& conf.27.lib.4. Afflictus, decis.284. Cagnolus, ad l.curabit, nu.15.C.de act.empt. Crauetta, conf.89 nu.3.& 189.nu.7. Couuar. lib.2.Variar.resol.c.1.vers.*Sexto hinc infertur*. Lupus, loco proximè citato, D. Menoch.conf.703.nu.15.lib.8.

Argumenta sunt ista. Primum, quia usuræ sunt prohibitę Iure Canonico, etiam pro redimendis captiuis, c.super eo, de vsuris. Ergò etiam prohibitæ videntur in fauorem dotis.

Secundum, quia in vidua cessat ratio, c.salubriter, de Vsuris, quia scilicet non sustinet onera matrimonij.

Tertium, quia in potestate uiduæ est dotem repetere, & exigere, Ergò usuræ non debentur, vt dicebat Papinianus, in l.1.§.1.ff.de vsuris, 161. *Cum in potestate sit actoris iudicatum exigere*. Et ratio est; quia si non exigat dotem, cum possit, videtur pecuniam hæredibus viri mutuare, & ex ea fructus percipere, quod vsuram continet palliatam, vt vulgò loquimur.

Respondeo ad primum, fateor usuras prohibitas esse Iure Canonico, s.lucratiuas, quas debitor soluit ex mutui stipulatione interueniente, sicut olim Iure Ciuili permissum erat, l.Lecta, ff.si cert.pet. Sed vsuræ compensatiuæ damni emergentis, & lucri cessantis, Iure Canonico prohibitæ non sunt. Hæ sunt compensatiuæ, quia si vidua dotem suam habuisset, potuisset ex eius fructibus se alere: pecuniam collocando in emptionem census, vel rerum frugiferarum.

Ad 2m respondeo, eandem rationẽ militare in uidua quæ in marito. Nam & illa debet ex dote sua se sustentare, quæ ob hanc cām ab initio data fuit marito. Immò sicut maritus potest usuras exigere dotis non solutæ, ita & hæredes eius eas pendere tenentur, si dotem solu.matr. non restituant, quia ut dicebat Nauarrus in proposito, correlatiuorum eadem est disciplina, ubi eadem ratio est in utroque, l.1.C.de Cupressis, lib.11.

Ad tertium respondeo, rõnem illam Papiniani reprehensam à Paulo fuisse: ut patet ex uerbis sequentib. quibus aliam rõnem ille adfert: sic enim ait text. *Paulus notat, Quid enim pertinet ad officium iudicis post condemnationem futuri temporis fructus?*

Quibus verbis alia rõ à Paulo adfertur, magis idonea. Hæc enim fuit ratio Papiniani, Actor habet actionem iudicati, ergò non est necessaria actio ex stipulatu, quæ per cautionem oritur, de soluendis vsuris futuri temporis, si condemnatus tardius sententiæ paruerit. Non est idonea ratio; quia etsi vnam actionem habeam, possum tamen & altera mihi cauere. Vtile enim est fideiussorib. datis ei cauere, qui aliàs actionem habet.

Sed etsi hæc ita sint, negari tamen non potest, quin is qui sortem exigere potest, rectè ab vsuris petendis excludatur, sicut in argumento dicebatur; quam ob rem alia opus est responsione. Ea verò hæc est. Cum quis sortem exigere potest, quia scilicet debitor eam offert, vel certè nulla difficultas est in ea exigenda, tunc vsuras non de-

A beri, quia videtur creditor pecuniam mutuare debitori sub vsuris lucratiuis.

Sed quæstio nostra non versatur in his terminis, quia loquimur de hæredibus, qui sunt in mora soluendi, id est, restituendi dotem viduæ. Illa vellet accipere, interpellat, rogat. Dies quoque debitorem monet ut restituat, sed non fit restitutio. Certè hic nulla est voluntas viduæ fęnus exercendi. Nulla hic usuræ species, nulla imago.

At dices. Cur non vrget dotis exactionem in iudicio. Respondeo, hanc esse uiduæ benignitatem, debitorem esse in culpa maiori qui non soluit. Non debere eum, qui in mora restituendi est, imputare culpam creditori cur non petierit, l.pen.ff.de vi, & vi arma.

Si hæc ratio bona esset, nec maritus posset vsuras dotis non solutæ consequi, quoniam & ei obijci posset, debuisse eum dotem exigere.

Imo nullus creditor ratione damni emergentis, vel lucri cessantis, usuras petere posset ex mora debitoris, quia

B semper ei obstaret hæc rõ. Debuisse eum petere debitam quantitatẽ, eamque exigere, quæ cum sint absurda, cõsequens est, & illius rationis rationẽ nullam habendã esse.

CAPVT CII.

An possit vidua vsuras siue interesse donationis propter nuptias petere, si hæredes in mora sint restituendi res donatas propter nuptias?



NOn deberi vsuras donationis propter nuptias vxori, ter decisum fuisse in Concilio Neapolitano testatur Afflictus, decis.291. Sed contrarium decisum fuisse suis temporibus Grammaticus testatur, decis.103.num.96. cuius rei facit mentionem etiam Vrsillus, in addit.ad decis. Afflict.dicta decis.291. Et hanc sententiam posteriorem Senatus Pedemontanus, re maturè perpensa, secutus est, teste Anton. Tessauro, decis 45.

C Fundamentum Afflicti est; quia donatio propter nuptias dicitur lucrum, quod facit mulier ex dote, l.Assiduis, ad finem, C.qui potior.in pig.habeant. Consequenter, mulier vsuras haberet ex lucro, & sic usuras usurarũ, quod iure prohibitũ est, l.improbũ, C.ex quib.cau.inf.irrog.

Sed hoc fundamentum non est solidum, quia non agitur hic de vsuris usurarum percipiendis, sed de vsuris percipiendis ex sorte, hoc est, ex quantitate debita pro donatione propter nuptias: licet enim ea lucro cedat mulieris, non est tamen vsura, sed sors debita.

Fundamentũ posterioris sniæ est in Auth. de non elig. secũdò nub.§.si autẽ, vbi Iustin. disertè permittit eiusmodi vsuras donationis pp nuptias, sic dicens: *Si autẽ omnis fortè consistat in pecuniis, aut aliis mobilibus rebus antenuptialis donatio, tertiã vsurarũ partem percipientem matrẽ cum cautione iam definita, non exigere a filiis aurum*, &c. Idẽ probatur in l.hac edictali, §.his illud, C.de sec.nupt.

Hæc posterior snia magis placet. Nam si Ius Canoni-

D cũ opponatur, quo vsuræ sunt prohibitę, responderi põt, vsuras hic non peti lucratiuas, sed cõpensatiuas, rõne fructuũ, vel emolumentorũ, quę ex reb. donatis pp nuptias perciperentur, aut rõne damni emergẽtis, vel lucri cessãtis: Satis.n.constat, nostris presertim temporib. eos qui pecunias habẽt paratas, plerũq; occasiones habere annuos census emendi, aut bona immobilia cõparandi, quib. casibus Iure Can. vltrà sortẽ permissum est aliquid accipere.

CAPVT CIII.

An vsuræ dotis, longo tempore non exactæ, præsumantur remissæ?



TRes sunt Doctorũ sententię hac de re. Prima, remissas videri, ita Dion. Petruf. inter cõs. Bal. conf.474.lib.3. Alex. conf.74.nu.8.lib.5. Cor. conf.206.lib.2. Alcia.de pręsumpt.reg.1.præsumpt.32.nu.4. Tiraquell.de præscriptionib.§.1. Glos.4. vers.*Octauo istis*. Menoc.de pręsumpt.lib.3.pręsumpt.25.

Fun-

Fundamentum est in l.cum quidam,§.Diuus,ff. de vsuris. *Diuus Pius ita rescripsit: Parum iustè praeteritas vsuras petis, quas omisisse te longi temporis internallum indicat quia eas à debitore tuo, vt gratior apud eum videlicet esses, petendas non putasti.*

Item in l.vir vsuras,ff.de donat.intet vit.& vxor. Papinianus: *Vir vsuras promissa dotis in stipulatum deduxeras easq; non petierat: Cum per omne tempus matrimonii sumptibus suis vxorem & eius familiam vir exhiberet: dote pra legata; sed & donationibus verbis fidei commissi confirmatis, legate quidem dotis vsuras non contineri videbatur, sed titulo donationis remissas.*

Altera est sententia, remissas non videri, ita Romanus conf.517.nu.14. Ias.in l.quæ dotis,nu. 19.ff.sol.matr. Alexander,cons.56.nu 6.& 63.nu. 16.lib.4.& 208.num. 10. lib.7.Corn.cons.vlt.lib.2.& 164.lib.3.& 53.nu.3. lib. 4. Dec.cons.571.nu.4.Balbus,de Præscript.in 1.par.3. partis princip.q.10.nu.4. Grammaticus,decis.70.

Fundamentum est in l.libertis, 18.§.1.ff.de alimen.& cibar.legatis, vbi aliméta præteriti temporis peti possunt, licet longo tempore petita non sint.

Item, quia actio non tollitur minori spatio quàm triginta annorum, l.sicut, C.de præscript. triginta vel quadraginta annor.

Tertia est sententia Octauiani Ofaschi, decis.123, distinguentis, an maritus mortuus sit, vel adhuc viuat, &

A vsuras petat temporis præteriti. Priore casu, cum maritus mortuus est,& nunquam viuens vsuras petiit, præsumitisse, vt in d.l.vir vsuras,ff. de donat. inter virum & vxor. Posteriore autem nõ præsumitur remisisse, quia apparet eum non habuisse animum donandi, cum iam vsuras petat.

Mihi nulla ex ijs sententijs placet. Neque enim puto rectè definiri posse maritum vsuras dotis remisisse, vel non remisisse, ex longi temporis silentio, quia hoc ex facto pendet,& circumstantiis eius:& ideo id committendum videtur iudicis prudentiæ & arbitrio.

Non obstat l.cum quidam,§.Diuus, quia in illa facti specie, ideo longum tempus indicat vsuras remissas fuis- B se: quoniam creditor eas petendas non putauit, vt eo gratior esset debitori.

Debitori igitur gratior eam ob causam fuerat: & eius gratiam promeritus est, aliaque forsan obtinuerat, quæ non obtinuisset: Meritò Iurisconsultus ait, parum rectè vsuras præteritas eum petere.

Non obstat l.vir vsuras, quia & in illa facti specie multa concurrebant. Alimenta præstita fuere toto tempore quo matrimonium durauit, Dos prælegata fuit, Donationes quoque fideicommissi verbis confirmatæ. Ex his præsumitur, vir vsuras dotis remisisse, quia si eas consequendi animum habuisset, non talia fecisset, quæ facere non tenebatur.





ANDREAE FACHINEI
I. C. FOROLIVIENSIS, &c.
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER QVARTVS.



CAPVT PRIMVM.

De teſtamento inter liberos: Si confectum fuerit nullis teſtibus præſentibus, an ſit ſeruandum.



COMMVNIS eſt ſententia Iuriſconſultorum, ex teſtamento imperfecto inter liberos ſeruandã, ac cuſtodiendam parentum voluntatem, ẽt nullis teſtibus adhibitis, conſcriptam ſeu comprehenſam aliqua ſchedula: ſicuti pręclarè docet Iulius Clarus poſt alios, §.teſtamentum, quæſt. 14. Andr. Geyll, lib.2. Obſer. 112.nu.8.in principio. Quorum fundamentum eſt in tribus legibus poſitum: nempe Conſtantini, l.vlt.C.fam. hercifc. Theodoſij in l.hac conſultiſſima, §.ex imperfecto, C.de teſtamentis, & Iuſtiniani Nouella de teſtam. imperfectis: ex qua ſumitur Authentica, Quod ſine, C. de teſtamentis. Adde text.in l.filij,& in l.ſi cogitatione, C.fam.hercif.& Alex.conſ.76.lib.6. Menoch.de pręſumptio.lib.4.præſumpt.7.

Cæterum Iacobus Cuiacius conſultatione omnium prima contrarium reſpondit: Nec teſtamentum ſcilicet, dici poſſe eam voluntatem, cui teſtes deſint. Nec Theodoſij lege, Conſtantini, & Iuſtiniani, ſe offendi ſcribit: quandoquidem Theodoſius illud teſtamentum imperfectum vocat, quod ſubſcriptum à teſtibus, & ſubſignatum non eſt; cui rei conſentaneum eſt Iuriſconſulti reſponſum in l.6.ff.ad l.Corneliam, de falſis.

Quod verò attinet ad Conſtantinum, quanquam is in teſtamento inter liberos qualiacumque verba, vel indicia ſufficere dixerit, non tamen eo ſermone teſtes excludi debent, veluti cum dicimus, fideicommiſſum nutu relinqui poſſe, non tamen dicimus abſque teſtibus relinqui poſſe, l.& in epiſtola, C.de fideicommiſſis.

Denique Iuſtiniani lege non exiſtimat Cuiacius omne vitium in teſtamento inter liberos negligendum eſſe; Nec igitur illud, quod ſummum eſt, ſi videlicet nulli adhibeantur teſtes, a quibus nominis teſtamenti ſubſtantia deducitur.

Ego viri doctiſſimi ſententiam minimè probo: Moueor inprimis autoritate dictæ legis Conſtantini, in illis

A verbis: *Etiamſi ſolennitate legum huiuſmodi diſpoſitio fuerit deſtituta.* Quæ quidem verba omnem complectuntur ſolennitatem, & conſequenter ẽt teſtium adhibendorũ.

Deinde moueor autoritate d.Nouellæ Iuſtiniani de teſtamentis imperfectis, perpendoque illa verba: *Volumus, vt ſi quis litteras ſciens inter ſuos filios voluerit facere diſpoſitionem, primum quidem eius ſubſcriptione tempus declaret: deinde quoq; filiorum nomina propria manu, ad hoc vncias, in quibus ſcripſit eos hæredes*, &c. Et paulò poſt: *Si tamen aut vxori, aut extraneis perſonis aliquibus voluerit relinquere legata, aut fideicommiſſa*, &c. *Et hac propria ſcripta manu dictaque à teſtatoribus coram teſtibus, quoniã omnia conſequenter in diſpoſitione poſita ipſi, & ſcripſerunt,*
B *& volunt valere, ſint firma*, &c.

Ex his verbis animaduerto iſtud Imperatorem velle, vt teſtamentum inter liberos conſcriptum abſque teſtibus, ſeruandum ſit, ſi modò pater formam obſeruauerit præſcriptam, niſi aliquid vxori, vel extraneis legauerit; tunc enim teſtes adhibendi ſunt.

Igitur hæc Nouella magnum argumentum nobis ſuppeditat; Immò verò teſtimonium firmiſſimum pro communis ſententiæ confirmatione, eo ſaltem in caſu, quo inter liberos duntaxat paterfamilias teſtatur, etiam abſque teſtibus ſeruandam eius voluntatem.

Porrò quòd attinet ad Theodoſii legem; etſi imperfectum teſtamentum illud eſſe Theodoſio, exiſtimari põt,
C quod teſtiũ ſubſcriptione, & ſubſignatione caret, ex his argumentis, quæ à Cuiacio afferuntur, attamen generaliter puto imperfectum cenſeri teſtamentum etiam ipſi Theodoſio, quod aliis ſolennitatibus eſt deſtitutum.

Huius rei coniecturam habeo ex dicta Nouella Iuſtiniani de teſtamentis imperfectis, in illis verbis: *Inſuper, & Theodoſius decreuit non in patribus ſolum hoc diſponẽs, ſed etiam in matrib.& aſcendentib.vtriuſque naturæ. Hãc apprehendentes licentiam homines, in tantam ingreſſi ſunt obſcuritatem, vt diuinantib magis, quam interpretantibus hæc egerent.* Et paulò ante Imperator dixit Conſtantinũ

legem

legem ſcripſiſſe,de qua dictum eſt,atque idem ſubdit decreuiſſe Theodoſium: Ergò Theodoſio Teſtamentū erit imperfectum eo modo,quo & Conſtantino. Conſtantinus autem etiam omni ſolennitate deſtitutū Teſtamentum vires habere voluit: igitur & idem Theodoſius voluiſſe videtur.

Quod ſi teſtes adhibendi eſſent,nec omni ſolennitate deſtitutum eſſe diceretur Teſtamentum,& tali obſcuritati locus non fuiſſet,ex lege Conſtantini,& Theodoſij, qualem Iuſtinianus deſcribit,dicens: *Homines ex his legibus in tantam ingreſſos fuiſſe obſcuritatem, vt dimicantibus potius, quam interpretantibus egerent.*

CAPVT II.

Ad interpretationem d. Nouellæ de Teſtamentis imperfectis: Et d l.hac conſultiſſima, §.ex imperfecto, C.de Teſtamentis, an locum habeant in Teſtamento nuncupatiuo; & an locum habeant, quando pater non æquis portionibus liberos hæredes inſtituit.



Artinus gloſſ. antiquus, exiſtimauit Theodoſij, & Iuſtiniani legem, de qua agitur,ad Teſtamentum in ſcriptis duntaxat celebratum pertinere: de eo enim duntaxat, non autem de Nuncupatiuo loquitur.

Secuti ſunt eandem ſententiam Fulgoſius, & Salycetus.

Petrus Philippus Corneus ita diſtinguit; vt ſi quidem Teſtator literas nouerit, tunc imperfectum Teſtamentum inter liberos ab eo conditum ita demum obtineat, ſi formam Nouellæ obſeruauerit: ſi verò literas ignorauerit,ſimpliciter valere exiſtimat: quia de eo,qui literas ignorat, non loquitur Iuſtiniani Nouella.

Sed, vt ego exiſtimo, illa diſtinctio longè planior, & legibus conuenientior eſſe videtur: vt ſi quidem de Teſtamento ſcripto quæratur,reſpondendum ſit non aliter ſeruandum,quàm ſi Nouellæ Conſtitutionis forma fuerit obſeruata. De Teſtamento enim ſcripto, & Nouella loquitur,& lex Theodoſij.

Cæterùm, ſi de nuncupatiuo Teſtamento agatur, q; ſine ſcriptis appellatur, ita ſtatuendum ſit, vt nec forma Nouellæ Conſtitutionis opus habeat, & quoquo modo confectum,cuſtodiri debeat;dummodo ex indicijs,coniecturis, & alijs quibuſcumque modis conſtare poſſit de patris inter liberos voluntate, licet vltima hæc voluntas omni legū ſolennitate deſtituta ſit. Quæ ſententia Conſtantini lege vltima, C.familiæ herciſcundæ, manifeſtè probatur, vt meritò, & à Doctoribus noſtris recepta ſit, & ab vſu forenſi. Vide Corneum in cōſ.218.lib.3. & Iulium Clarum,§.Teſtamentum,q.11.

Sed non vulgaris eſt controuerſia,an hæc obtineant, ſi liberi inæqualiter fuerint hæredes inſtituti: Etenim tres ſunt Doctorum ſententiæ. Prima,affirmans. Secunda, negans. Tertia, Diſtinguendum eſſe;Nam ſi magna fuerit inæqualitas, nullo modo obtinere;ſin autem modica,obtinere. Vide Caſtrenſem, Alexandrum, & alios, ad l.hac conſultiſſima,§.ex imperfecto,C.de Teſtamentis. Nattam in conſ.622.Couarruuiam ad c.Raynucius, §.1. num. 3. de Teſtamentis. Manticam de Coniecturis vltimarum voluntatum, lib.6. tit.2. num. 16. Andream Geyll.lib.2.Obſeru.112.nu.23.

Affirmantis ſententiæ argumenta hæc ſunt, Primum ex d.§.ex imperfecto. Nam Theodoſius dicit: Ex imperfecto Teſtamento voluntatem inter liberos valere, nec diſtinguit : vtrum æqualiter, uel inæqualiter fuerint hæredes inſtituti: Ergò,neque nobis diſtinguere licet, l.de precio,ff.de Publiciana.

Secundum argumentum eſt ex eo, quod ratio legis locum habeat,ſiue æqualiter, ſiue inæqualiter hæredes inſtituantur liberi: ergò & lex in vtraque ſpecie locum habere debet: Illa enim eſt legis ratio, quam commemorat Iuſtinianus in d.Nouella, de Teſtamentis imperfectis; A videlicet in tantum erga parentes lex verecūda ſit, vt in eis inter liberos uoluntatem ſuam declarantibus,tot ſolennia non requirat. Hæc ratio locum habet, ſiue æquali ter, ſiue inæqualiter filij hæredes inſtituantur.

Tertium eſt ex l.vlt. C.familiæ herciſcundæ, vbi dicitur: *Seruato Senatuſconſulti auxilio*,defuncti uoluntatem cuſtodiendam eſſe inter liberos. Si locus eſſe debet auxilio Senatuſconſulti,ſcilicet Trebelliani: ergò fieri poteſt, vt alter filiorum onere fideicommiſſi prægrauetur,vt pro inde quartam ex Trebelliano deducere poſſit,ex quo maximam oriri inæqualitatem poſſe perſpicuum eſt.

Quartum argumentum ſumitur ex Nouella de Teſtamentis imperfectis, quatenus ibi Iuſtinianus ſtatuit, vt pater in Teſtamento, quod inter ſuos filios facit, inter cætera: *Uncias,in quibus ſcripſit eos hæredes,declaret*,&c. Nam ſi æquis portionibus hæredes inſtituendi eſſent filij, vt Teſtamentum imperfectum ualeret, non eſſet neceſſe uncias declarare, in quibus filiorum quilibet hæres B inſtitutus eſſet: deberent enim omnes æqualiter inſtitui,non autem certæ quædam unciæ pro arbitrio patriſfamilias filijs attribui.

Argumenta uerò negantis ſententiæ hæc ſunt. Primum ex l.vlt.C.familiæ herciſcundæ; in illis verbis: *Pares eſſe videntur*. Hæc enim uerba nonnulli ſic interpretantur, ut æqualem inter filios hæreditatis diuiſionem ſignificent.

Secundum argum.eſt, quia ratio legis ceſſare uidetur, quando inæqualiter liberi ſunt hæredes inſtituti: Illa enim eſt ratio,cur Teſtamentum imperfectum ſeruandū ſit inter liberos, quia cū filij ab inteſtato ſucceſſuri ſint, nulla eſt fraudis ſuſpicio;ideoque cautionibus,& ſolennibus tot, ac tantis ad euitandas fraudes inuentis, opus non eſt. Hæc ratio ceſſat,ſi liceat parenti liberos inæqualiter inſtituere. Alter enim fraudem, & dolum excogitare poteſt, atque etiam adhibere, ut maiorem conſequatur hæreditatis portionem. C

Fundamentum denique ſuiæ diſtinguentis illud, eſt vnum; quòd ubi maxima eſt inæqualitas, minimè æquū eſſe videatur, patris voluntatem ex imperfecto Teſtamē to ualere,ne lites,ſimultates,& diſcordiæ oriantur inter fratres, quæ ex inuidia propter inæqualitatem oriri ſolent.Cæterum ſi modica ſit inæqualitas, æquum ſit,patris voluntatem,quæ nullum ferè malū paritura eſt, ſeruari.

Ego ſanè in priorem ſententiā longè ſum proclivior, eo potiſſimum argumento,quòd ſi in hac ſpecie ſeruanda erat à parentibus æqualitas inter liberos teſtantibus, æquum ſanè erat legis auctorem id exprimere,cum maximi ſit momenti: Deinde illud me maximè mouet, quòd alioqui hæc inueſtigatio: An parentis Teſtamentum imperfectum inter liberos ſeruandum ſit, nullam afferret vtilitatem. Nam ſi liberi æqualiter ſunt inſtituendi, nil referre videtur, vtrum ſeruandum ſit necne Teſtamentum; ſi enim ſeruandum ſit,æqualiter ſuccedent defuncto parenti: ſi verò non ſit ſeruandum, ſimiliter ab inteſtato æquis portionibus vocantur. D

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpōdeo;illa verba: *Pares eſſe videntur*, non eum ſenſum habere,de quo in argumento dicitur, ſed hoc ſignificare; inter omnes hæredes ſuos,hoc eſt, liberos,qui ex quolibet venientes gradu tamen pares eſſe videntur, &c. id eſt, pares in ſuccedendo, veluti filius, & nepos ex filio præmortuo: Iſti enim pares ſunt in ſuccedendo, licet non ſint in eodem gradu. Inter omnes igitur hos, qui pariter ſuccedunt ab inteſtato, patris vltima voluntas cuſtodienda erit, licet ſolenni Teſtamento non contineatur. Hic eſt ſenſus legis Conſtantini.

Ad ſecundum reſpondeo, paternam inter liberos diſpoſitionem, non tam eſſe fraudibus expoſitam, vt ſunt aliàs cæteræ vltimæ voluntates, & Teſtamenta, ſuſpicionem allatam in argumento leuem eſſe, & quæ nimimè filiorum erga patrem charitati præferenda ſit, aut tanti facienda, vt idcirco ſcrupuloſa omnis Teſtamentorum ſolennitas à perſonis huiuſmodi exigenda ſit. Nec puto

ratio-

A rationem esse habendam eius argumenti, quo nititur distinguens sententia, cum parentibus licere sit perspicuũ plus vni filiorum, quàm alteri relinquere, si modò legitimam cuique portionem relinquant, l. parentibus, C. de inofficioso Testamento.

CAPVT III.

Vtrum, quod dictum est hactenus de Testamento imperfecto parentum inter liberos, habeat locum cum liberi sunt naturales tantùm: Et quid si Rescripto Principis sint legitimati: Et an locum habeat in Testamento ad pias caussas.



ETiam inter filios duntaxat naturales ex imperfecto Testamento paternam dispositionem vires obtinere, docuit Speculator titu- B lo de Instrumentorum editione, §. compendiosè. Quem secutus est Paulus Castrens. in Comment. l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de Testamentis. Et fundamentum est in l. naturalibus, C. de confirmando tutore, in illis verbis: *Naturalibus liberis prouidentes, damus licentiam patribus eorum in iis rebus, quas quocunque modo eis dederint, vel reliquerint, & Tutorem eis relinquere*, &c. His enim verbis patet, patrẽ posse quocumque modo filijs naturalibus relinquere, & consequenter etiam ex Testamento minus perfecto, & solenni.

Sed contrariam sententiam longè, & communiorem & veriorem esse iudico, leges nimirum, quæ de Testamentis inter liberos imperfectis loquuntur, ad liberos duntaxat legitimos, & naturales pertinere: non autem ad liberos naturales tantum. Quæ sententia fuit Angeli, & aliorum, vt per Decium in cons. 610. nu. 2. Et per Clarum, §. Testamentum, quæst. 12. & eam alijs citatis secu- C tum esse Senatum Pedemontanum testatur Ant. Tessaur. decis. 94.

Fundamentum solidissimum est ex eo, quòd leges de Testamento inter liberos, seu inter filios loquentes, de his accipiendæ sint, qui verè, & propriè sunt filij. Filium autem definimus eum, qui ex legitimo Matrimonio natus est, l. filium, ff. de his qui sui, vel alieni iuris sunt. Quòd si quandoque ad filios naturales extendantur leges de filijs loquentes, illud exprimi solet legibus ipsis, nec expressum esse in hac, qua de agitur, specie, animaduerto.

Quòd verò attinet ad l. Naturalibus, existimo verba illa, *Quocunque modo*, &c. quæ pro contraria sententia perpenduntur, non eum habere sensum, vt parenti liceat quoquo modo, etiam legis forma neglecta filijs naturalibus testamento relinquere, sed sensus est: *Quocunque modo*; id est, siue inter viuos, siue in vltima voluntate parentes dederint, vel reliquerint, D quemadmodum etiam ibi glossa rectè exponit.

Cæterùm, si filij naturales sint legitimati, rursus controuertitur, an idem statuendum sit circa Testamentum imperfectum, quod inter liberos ex iusto Matrimonio procreatos constitutum est, vt videre licet ex Decio, in d. cons. 610. ex Iasone in Commentarijs d. §. ex imperfecto, & ex Andr. Geyll, lib. 2. Obseru. 112.

Fundamentum negantis sentẽtiæ positum est in l. vlt. C. de his qui veniam ætatis impetrauerunt. *Si quis aliquid dari, vel fieri voluerit*, ait textus, *& legitimæ ætatis fecerit mentionem, illam tantummodo ætatem intellectam volumus, quæ viginti quinque annorum curriculis completur; non quæ ab Imperiali beneficio suppletur.*

Sic & in specie nostra, quæ dicuntur de Testamento inter liberos, ad eos pertinere videntur, qui verè sunt liberi, & ex legitimo Matrimonio geniti: non autem ad eos, qui Imperiali beneficio legitimi effecti sunt.

Sed contraria sententia videtur mihi longè probabilior, eo argumento, quòd liberi naturales, qui Imperiali A Rescripto legitimi efficiuntur, ijsdem iuribus, & commodis frui debeant, quibus fruuntur cæteri ex legitimo Matrimonio procreati, sic enim disertè, & prolixè statuit Imperator, in §. & quoniam variè, & in §. sit igitur licentia, in Authentic. Quibus modis naturales efficiantur sui. Consequens est igitur, vt & hoc commodo siue iure, frui debeant, de quo nostra est disputatio: Neque enim exceptum illis, ac subtractum aliqua lege videtur.

Nec mouet textus in d. l. vlt. hæc enim dissimilia sunt, quia minorem annis vigintiquinque Princeps facere maiorem nequit, sed eum, qui legitimus non est, legitimum efficere potest: Vide Alexandrum, cons. 2. numero 52. libro primo.

Quòd attinet ad Tertium, quod titulus huius capitis pollicetur; In Testamento ad pias caussas locum habere, quæ nostris legibus sancita sunt de Testamento imperfecto inter liberos, respondit Alexander in consil. 3. B libro 7. & post eum alios citans Iacobus Menochius, in consil. 224. libro 3. Sed contrarium responderunt Aretinus in consil. 64. & Socinus iunior, in consil. 189. num. 76. libro 2.

Fundamentum prioris sententiæ illud est, quòd non magis fauendum sit liberis, quàm pijs, & religiosis locis, siue rem ipsam intueamur, quæ cum ad religionem spectet, & pietatem, maximo fauore digna est, siue ipsius testantis voluntatem, qui animæ suæ salutem, & commodum cordi magis habere censetur, quàm filiorum vtilitatem. Posterioris verò illud est argumentum: quòd leges nostræ de Testamentis imperfectis inter liberos loquantur, non autem de Testamentis ad pias caussas.

Ego sanè, benigniorem sententiam illam esse prima fronte iudicabam, quæ religioni fauet, & menti eorum, qui leges conscripserunt, magis consentaneam. Coniectura illa motus, quòd Testamentum ad pias caussas coram duobus vel tribus testibus conditum valere constat, C ex cap. relatum, de Testamentis: Cur igitur non valeat, etiamsi reliquis solennibus destitutum sit, cum certum sit testium numerum primas sibi inter cætera solennia, partes vendicare? si numerus testium minor quàm legibus requiratur, Testamentum ad pias caussas vitiare nõ solet, ego sic statuebam, nec illud vitiari Testamentum, quod cæteris Iuris Ciuilis solennibus caruerit, adeoque sufficere, si ea adhibeantur, quæ in Testamentis inter liberos imperfectis, leges requirunt. Sed hanc sententiam amplecti non possum, eo in casu quo schedula manu testatoris reperiatur, quæ coram testibus publicata non sit, etsi enim pugnantes sint Doctorum sententiæ, nec desint qui faueant piæ causæ, vt patet ex Couuar. in capit. relatum, in primo, num. 12. de Testam. tamen contrariam sententiam amplector, quam secuti sunt Clarus, alios citans, §. Testamentum, quæst. 7. & post alios Iacobus Tomingius, Quæstionum, ac decisionum, c. 4. Moueor quia nec Iure Canonico locus vllus extat, qui pias D causas iuuet in proposita specie, & magnoperè aduersatur Iustinianus in Nouella de Testam. imperf. quatenus vult exceptis liberis, ita demum legata deberi, & fideicommissa, si coram testibus nuncupentur. Verba hæc sunt: *Si tamen aut vxori, aut extraneis personis aliquibus voluerit relinquere legata, aut fideicommissa, aut libertates, & hæc propria scripta manu, dictaque a testatoribus, coram testibus, quoniam omnia consequenter in dispositione posita, ipsi & scripserunt, & voluut valere, sint firma,*

CA-

C A P V T IV.

Vtrum Testamentum inter liberos imperfectum seruari debeat; vbi non solùm solennia desunt, sed voluntas quoque imperfecta est. Et an liberi succedant ab intestato; an verò ex Testamento tali imperfecto.



On potest prima, quam proposui, controuersia definiri, nisi distinctione adhibita, quæ tres complectatur Propositiones siue Conclusiones.

Prima Propositio: Si Testamentum facere quis inceperit, & cùm hæredibus primis institutis, secundos hæredes conscribere vellet, morte impeditus non potuerit, videtur potius incepisse Testamentum facere, quàm fecisse: Itaque nec primi hæredes obtinebunt hæreditatem. Ita Iabolenus in l.si quis, 25. ff. de Testamentis; quam obrem id, quod Constantinus scribit in l. vlt. C. B Familiæ herciscundæ: *Siue inceptum neque impletum sit Testamentum*, &c. custodiendam esse patris defuncti voluntatem inter liberos rectè exponitur accipiendum esse de eo Testamento, qood impletum non est quantum ad iuris solennia; si enim Testator morte præuentus illud perficere non potuisset, aliter ex sententia Iaboleni respondendum esset.

Secunda propositio: Si Testatoris voluntas imperfecta sit, quia conditiones, quas adscribere volebat, non adscripserit: veluti, Ille hæres esto, secundùm conditiones infrà scriptas, tunc si nulla sit adiecta conditio, valet nihilominus institutio, & pro pura habetur, l. si testamentum, C. de Institutionibus & Substitutionibus vbi Imperator eo vtitur argumento, quòd Papinianus respondit, vicos Reip. relictos, qui proprios fines habebant, non ideo ex fideicommisso minus deberi, quòd Testator fines eorum, & certaminis formam, quod celebrari singulis annis voluit, alia scriptura se declaraturum promisit, C ac postea morte præuentus non fecit, vt in l. cum pater, §. vlt. de legatis 2.

Sed huic decisioni obstare videtur, quod Marcellus respondit in l. quoties, 9. §. Tantundem, ff. de Hæredibus institoendis: *Si enim* ait textus, *tantundem Marcellus tractat, & in eo, qui conditionem destinans inserere non addidit; Nam & hunc pro non instituto putat*: Difficilis sanè Antinomia, quæ hactenus doctissima exercuit ingenia. Duarenus ad tit. de condit. institut. c. 3. ad finem, existimat Marcelli sententiam Vlpiano non probari, eo argumento quod & in l. 2. ff. de hæred. instit. eandem improbare videatur. Et reuera non simpliciter eam Marcelli sententiam Vlpianus probat: Subdit enim in d. §. tantundem: *Sed si conditionem addidit, dum vollet hæredem futurum detracta ea, nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est, quam sententiam & ipse, & nos probamus.* Ex quibus verbis apparet eo tantùm in casu Marcelli sententiam probari, quo voluntas testatoris est, vt detra D cta conditione, hæres non sit, quo in casu nõ est accipienda Imperatoris lex, quare Annnomia facilè conciliatur. Et istud est, quod idem Vlpianus dixit in d. l. 2. ff. de hæredibus institu. *Si voluntas defuncti non refragatur*, &c.

Tertia propositio: Cum Testator scripsit manu sua Testamentum inter liberos, deinde iussit vt Notarius vocacetur, & simul etiam Testes, quibus pręsentibus suam vltimam voluntatem declarare se velle dixit: antequam verò Testes & Notarius accederent, mortuus est, non valet ea dispositio. Ita respondit Oldrados in consil. 119. quem multi secun sunt relati à Couuarruuia in cap. relatum, 1. extra, de Testamenns.

Fundamentum huius sententiæ est primò, in l. Fideicommissa, versiculo quoties, ff. de legatis 3. *Quoties*, ait textus, *quis exemplum Testamenti præparat, & antequam testetur, non valet: antequam testetur*, id est, antequam Testibus adhibitis & vocatis suam declaret voluntatem. Secundò in l. ex ea scriptura. ff. de Testamenti: *Ex ea scri-* A *ptura*, ait lex, *quæ ad Testamentum faciendum parabatur, si nullo iure Testamentum perfectum esset, nec ea, quæ fideicommissorum verba habent, peti possunt*. Tertiò, in l. contractus, C. de Fide Instrumentorum, & in l. 2. C. de sententijs ex periculo recitandis.

Cæterùm, contrariam sententiam probabiliorem esse iudico, quam secutus est Alex. ad l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de Testamentis. Et post eum alij, quos refert & sequitur præceptor meus honorãdus, Ioannes Cephalus, in cons. 99. Moueor ex l. vlt. C. Familiæ herciscundæ, vbi Constantinus patris voluntates inter liberos custodiri mandat: *Quocunque modo scriptura, quibuscunque verbis vel indicijs inueniantur relicta.* At in specie hac scriptura extat paternæ voluntatis, quam sola mors eius publicari prohibuit; voluntas manifesta & perspicua, claroque & perspicuo comprehensa documento, ideo est seruanda. Huc accedat Nouella Iustiniani de Testamentis imperfectis, ex qua talem scripturam robur accipere nul- B li non constat, si cæteris destituta non erit, quæ à Iustiniano exiguntur.

Argumenta verò Oldradi & sequacium ad hanc speciem nostram non pertinent, in qua de Testamento inter liberos agitur, sed locum habere possunt in alijs Testamentis ac dispositionibus, quę absque solennibus confici non possunt, nec tot ornantur priuilegijs, quot paternam dispositionem inter liberos prosequutæ sunt leges.

Quòd attinet ad alteram controuersiam, etsi Callrensis, Alexander, Iason, & quidam alij interpretes, in l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de Testamentis, in proposita specie docuerint: Liberos ex Testamento licet imperfecto succedere, quasi Testamentum valeat, licet solennibus ioris destitutum, quia lex ea solennia nõ requirat in Testameno inter liberos, tamen contraria sententia mihi magis probatur, quam secutus est Accursius, in d. §. ex imperfecto, Liberos nimirum ab intestato succedere. Huic enim sententiæ magnoperè mihi adstipulari vide- C tur Constantinus in d. l. vlt. C. familiæ herciscundæ, in illis verbis: *familia herciscunda licet ab intestato ad successionem liberi vocentur, seruato senatusconsulti auxilio, defuncti dispositio custodiatur*. Atque illud maximè perpendo, Theodosium in d. §. ex imperfecto, & Iustinianom in d. Nouella, de Testamentis imperfectis, vnum hoc inculcare, vt paterna voluntas custodiatur; nunquam proferre vllum verbũ, quo Testamentũ valere significetur.

Respondent contrariæ sententiæ autores, Constantinum accipiendum esse, cùm Testator nullos instituit hęredes in Testamento. Non rectè: quia vaticinãtur. Item: quia si nullus esset hæres institutus, nec locus esset senatusconsulto Trebelliano, cuius ibi fit mentio.

Secundò respondent: Filios quidem succedere posse ab intestato, sed tamen nõ prohiberi etiam ex Testamento succedere, si velint. Non rectè: quia si Testamentum valeret, non diceret Constantinus eos ab intestato succedere: Quid enim opus esset intestati successione, aut quid D pertineret ad Testamentum validum potestas ab intestato succedendi? Quandiu potest ex testamento adiri hæreditas, ab intestato non defertur, l. Quandiu, ff de acquir. poss.

Tertiò respondent saltem ex Nouella Iustiniani colligi posse Testamentum valere, de qno agitur. Non rectè: quia nullũ in ea Constitutione legitur verbum hac de re.

C A P V T V.

Vtrum Testantis voluntas ex Testamento imperfecto & non solenni, obseruanda sit ab hæredibus in foro conscientiæ & animæ, vt loquuntur.



Ontrouersia hæc celebris est, & tractatur latè ab Interpretibus in l. 1. ff. de Condictione indebiti, & post eos diligenter à Couuarruuia, in c. cùm esses, de testamentis, necnon à præceptore meo Deciano, in cons. 46. nu. 93. lib. 2. Francisco Man-

[A] tica de coniecturis vlt. voluntatum, lib. 2. ti. 14. & à Iacobo Menoch. de præsumptionib. lib. 1. q. 80. Ab istis Canonistæ, Theologi & cæteri omnes referuntur.

Ego eorum sententiam magis probo, qui hæredem teneri asseruerunt ad præstanda legata cæteraque exequenda & implenda, quæ Testamento minus solenni continentur, si hæres non ignoret, eam reuera fuisse testatoris voluntatem. Hanc sententiam vbi cõfirmauero, tum facilè contrariæ sententiæ argumenta diluam.

Probatur igitur hoc argumento. Si hæres iure naturali obligetur ad implendam Testatoris volũtatem, quæ in testamento minus solenni continetur, sine dubio etiã in foro, vt loquuntur, conscientiæ obligabitur: sed uerum est prius, verum igitur & posterius. Maior propositio probatur ea communi omnium sententia, in c. nouit, de iudicijs: omnes enim hanc conclusionem admittit, ac veram esse fatentur; eum, qui naturaliter obligatur, etiam in foro conscientiæ obligari. Minor autem probatur: [B] quia si hæres non esset naturaliter obligatus ad implendam testatoris voluntatem, ex minus solenni Testamento, liceret ei ob eã causam solutum repetere, l. quod indebitum, & l. naturaliter, & l. seq. ff. de condict. indeb. l. quod pupillus, ff. eod. ti. cum alijs similib. Sed repetere non ei licet, l. 2. C. de fideicommissis, l. non dubium, C. de Testamentis: ergò naturaliter obligatur. Quamobrẽ Iurisconsultus in l. in Testamento, ff. de fideicommissarij libertatibus, respondit, *Pios filios debuisse manumittere eam*, cui patet in Testamento, quod perfectum non erat, libertatem & fideicommissa dedit.

Confirmatur hoc argumentum: Nam si v. g. Testamentum conditum sit coram duobus, vel trib. Testibus, non est quidem solenne, sed tamen iure naturali valet; quia in ore duorum vel trium stat omne verbum, c. relatum, c. cum esses, de Testamentis: igitur hoc in casu hæres erit obligatus. Eadem ratio est de alijs similib.

Respondet Couuar. in d. c. cum esses; ea minus solenni Testamento non oriri naturalem obligationem, sed [C] quandam obligationem quæ insurgit ex honestate, & debito morali, non autem ex legis vinculo. Sed obstat huic responsioni, quod cum talis obligatio impediat soluti repetitionem, videtur oriri ex aliquo legis vinculo, alioqui non impediret. Deinde illud maximè obstat, quod Doctores à Couuarruuia citati ad probandum ex Testamento minus solenni obligationem naturalem non oriri, nullo satis firmo nituntur fundamento: Etenim nituntur, l. si creditoris, C. de fidecommissis, cuius hęc sunt verba: *Si creditoris voluntas iure subnixa liberari de debito volentis doceri potest, & antequam solenniter tibi liberatio à successore præstetur, exceptionem tibi ex voluntate defuncti descendentem competere manifestum est.*

Argumentum sumunt à contrario sensu: ergò nulla competit exceptio debitori liberato ex voluntate creditoris, si ea voluntas iure subnixa non est, id est, solennis & perfecta. Sed vt maximè hoc argumentum valeret, [D] non tamen nobis constat, an in ea specie voluntas defuncti fuerit hæredi cognita, & perspecta, vt ex conscientia relicti fideicommissi satisfacere voluntati defuncti teneretur. Etenim fieri potest, vt Testantis voluntas nullo modo obliget hæredem, cum videlicet non solum est minus solennis: verum etiam ignorata ab ipso hærede, ita vt aliqua ratione dubitare possit, an ea fuerit defuncti voluntas: Nam si exciperet debitor, sibi relictã esse liberationem à defuncto, in specie dictæ legis aduersus hæredem creditorem debitum petentem, hæres ipse replicaret; defuncti voluntatem iure subnixam non fuisse, nec debitori liceret replicare: Atqui licet iure subnixa non sit, ex conscientia tamen satisfacere teneris voluntati defuncti; non inquam ista liceret replicare apud Diocletianum, & Maximianum: quia certo non constat, nec vlla fit mentio in ea lege: virum loquantur etiam in hac hypothesi, in qua conscientia hæredem vrget.

Præterea, nituntur iidem Autores autoritate, l. si veritas, C. de fideicommissis, leui sanè, vt mihi videtur, con[A]iectura: *Si veritas*, inquit textus, *vel solennitas iuris deest, nec amplexus parentis voluntatẽ relicta dedisti, vel Transactionis causa stipulantibus promisisti, negotiumque integrum est, ad solutionem vrgeri non potes.*

Leuis, inquam, immò nulla coniectura est; quia nullus est, qui dicat quempiam vrgeri posse ad soluendum quod relictum est in Testamento minus solenni: vrgeri, inquam, in foro, vt vocant, externo, iudicialiter proposita actione: Verum nostra disputatio est de foro interno conscientiæ, atque animæ iudicio.

Primum argumentum cõtrariæ sententiæ Iustæ sunt leges, quæ solennia Testamentorum induxerunt, & iustam ob caussam constitutæ: ergò obligant & locum habent etiam in foro conscientiæ. Respondeo: Nego illationem illam, quæ postea deducitur in hac specie: ergò hæres non obligabitur in foro conscientiæ. Nam etsi leges iustæ sint: aliter tamen de illis iudicatur secundum forum externum, aliter secundum forum conscientiæ. [B] Ecce non potest venditio rescindi ob quamcunque Vẽditoris læsionem in precio. l. si voluntate, C. de rescindẽda venditione, hæc est lex iusta, & iustas ob caussas ordinata, & tamen in foro conscientiæ emptor, qui læsit, obligatur ad supplendum iustum precium Venditori; Sicuti latè probat Couuarruuias, lib. 2. variarum Resolut. c. 4. Sotus de Iustitia & iure, lib. 6. q. 3. art. 1. Arius Pinellus, ad l. 2. C. de rescindenda Venditione, in 2. parte, nu. 35. Vis aliud exemplum? En tibi Actiones, Redhibitoria, Quanti minoris, de dolo, certo tempore circumscriptæ sunt, quo elapso exerceri non possunt, & tamen reus in conscientię foro liberatus non est, sed obstrictus, vt rectè declarat idem Couuar. ad Regulam, Possessor malæ fidei, § 11. nu. 5. de Regulis Iuris, lib. 6.

Secundum argumentum. Iudex iustè pronunciat Testamentum nullum, quod solennibus caret, & iustè adiudicat legitimis hæredibus hæreditatem, l. si post diuisionem, C. de Iuris, & facti ignorantia, l. ex imperfecto, [C] C. de testamentis; igitur talis sententia obtinet etiam in foro conscientiæ, c. 2. de Maioritate, & Obedientia, cap. omnis anima, de censibus. Respondeo: Nego consequẽtiam: sæpè enim aliquid secundum forum externum iustum reputatur, quod in foro conscientiæ locum non habet, c. vlt. 17. q. 4. ibi *Iure fori, sed non iure poli.* Iudex iustè pronunciabit contractum Venditionis rescindendum non esse, nec iustum precium supplendum, nec post tempus constitutum à lege de dolo agi posse, & tamen is secundum quem pronunciabit, quoad animæ iudicium, & conscientiam tutus non erit, si sciens aduersarium deceperit, vti paulò antè diximus.

Tertium argumentum. Ad omnem actum perficiendum duo requiruntur: Voluntas & potestas; sed hic voluntas quidem Testatoris adest, verum deest potestas: quia nemo Testamentum facere potest validum absque solennibus: Ergò hæres nullo modo obligatur ex tali Testamento. Respondeo: Hæredem quidem non obli[D]gari ciuiliter, vt proinde cogi possit actionibus propositis in iudicio ad implendam defuncti voluntatem; veruntamen obligatur naturaliter: Neque enim lex ciuilis naturalem obligationem impedit in hac specie, aut verò impedire potest, propterea quòd solennia non adhibeantur in Testamento.

Quartum argumentum. Iure Canonicò Testamentum non valet, si fiat coram vno teste tantum, vel duobus testibus: fieri enim debet præsentibus duobus testibus & parocho, capit. cum esses, de Testamentis. Aut ergò tunc in foro conscientiæ obligabit; aut non obligabit. Si non obligabit, sequitur Testamentum minus solenne in foro conscientiæ hæredem non obligare, Si verò obligabit, sequitur absurdum: nempe ius Canonicum inducere peccatum; quia scilicet Testamentum illud non approbat, quod obligat in foro conscientiæ hæredem, quod absurdum vt cuitetur, dicendum esse videtur, Testamentum nullum in foro externo, nullas habere vires ad obligandum etiam in foro conscien-

scientiæ. Respondeo: Testamentum solennibus destitutum, de quibus in argumento, Iure Canonico nullum esse, sed tamen hæredem ex conscientia teneri, nec propterea peccatum aliquod induci, aut permitti Iure Canonico: quia ius Canonicum solennitates requirit quo ad forum externum; Neque hæredi vllam concedit potestatem Testamentum illud infringendi, quod ipse hæres nouit à defuncti voluntate processisse, quantum ad forum internum conscientiæ.

Quintum argumentum. Testamẽtum imperfectum pro nullo habetur, §. ex eo, in Institutionibus. Quibus modis Testamenta infirmentur, igitur est perinde, ac si conditum non fuisset secundum regulam, l. quoties, ff. qui satisdare cogantur. Ergò tale Testamentum nullo modo obligat in foro conscientiæ. Respondeo: Paria hæc esse: Testamentum non extare, vel minus solenne extare, quo ad ciuilem obligationem: secus quo ad naturalem. Quod probatur, quia si non extaret, solutum ab hærede ob eam caussam repeti posset, l. eleganter, ff. de Condictione indebiti. Si verò extet, licet imperfectum sit, solutum tamen ab hærede eam ob caussam repeti non potest, l. 2. C. de fideicommissis.

Sextum argumentum. Si Testamentum imperfectũ in foro animæ implendum esset ab hærede, sequeretur, eas leges peccatum continere, aut certè absque peccato seruari non posse, quæ tale Testamentum pro infecto habent; sed consequens est absurdum: quia sic leges debuissent corrigi: ergo & illud vnde sequitur. Respondeo: Multa esse legibus nostris iustè, & saluberrimè cõstituta, quantum ad forum externum, quæ tamen cessant in foro conscientiæ: Nec tamen absurdum est, eas correctas non fuisse, ac sublatas: quia nullum per se cõtinent peccatum; immò verò absq; peccato seruari possunt, licet per accidens, vt loquuntur, peccet is, qui facit contra conscientiam propriam, autoritate legum nixus; sicuti, v. g. in ea specie, de qua loquitur Summus Pontifex in c. Inquisitioni, de sententia Excommunicationis; nemo negauerit, iustam esse sententiam Excommunicationis ab Ecclesia latam, apud quam non erat probatum impedimentum Matrimonij, & tamen Summus Pontifex dicit: *Si alter coniugum pro certo sciat impedimentum coniugii, propter quod sine mortali peccato non valet carnale commercium exercere, quamuis illud apud Ecclesiam probare non possit, debere potius Excommunicationis sententiam humiliter sustinere, quam per carnale commercium,* (propter conscientiam) *peccatum operari mortale.*

Ex his responsio patet ad cætera, si quæ sunt, argumẽta: ad hęc enim omnia reducuntur: Atque ita sentio, saluo Theologorum iudicio.

CAPVT VI.

Quomodo accipiendum sit, quod leges dicunt: Posteriore Testamento imperfecto primum Testamentum perfectum tolli, quando in secundo instituti sunt venientes ab intestato, Controuersiæ duæ.

THeodosius legem edidit in hæc verba: *Si quis autem Testamento iure perfecto, postea ad aliud venerit Testamentum, non aliàs, quod antè factum est, infirmari decernimus, quàm si id, quod secundò facere Testator instituit, iure fuerit consummatum; Nisi fortè in priore Testamento scriptis iis, qui ab intestato ad Testatoris hæreditatem, vel successionem venire non poterant, in secunda voluntate Testator eos scribere instituit, qui ab intestato ad eius hæreditatem vocantur: eo enim casu, licet imperfecta sit scriptura posterior, infirmato priore Testamento secundam eius voluntatem, non quasi Testamentum, sed quasi voluntatem vltimam intestati valere sancimus, in qua voluntate quinque testium iuratorum depositiones sufficiunt: quo non facto, valebit primum Testamentum, licet in eo*

A *scripti videantur extranei.* Hactenus ille, in l. hac consultissima, C. de Testament.

Iam ad interpretationem huius legis primùm pertinet illa quæstio: an idem statuendum sit, si in secundo Testamento fuerint quidem instituti venientes ab intestato, sed non omnes. Item illa; an & idem respondendũ sit, si & in primo Testamento iidem uel alii ab intestato venientes instituti fuerint.

Quòd attinet ad primam: duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ. Prima, vt mihi videtur, communior; Non idem esse statuendum, vbi non omnes ab intestato venientes instituti fuerint hæredes in posteriori Testamento: neque enim sufficere, vt vnus vel alter instituatur ex legitimis hæredibus, sed instituendos esse omnes, vt locus sit Theodosianæ legi. Ita docuit Cumanus, Alexander, Ias. qui & alios commemorant in Commentariis eius loci, Clarus, §. Testamentum, q. 97. Quorum illud est fundamentum: quòd Theodosius indefinitè loquatur: si uidelicet instituti fuerint in posteriore Testamento: *Qui ab intestato ad hæreditatem vocantur*: Oratio autem indefinita, æquipollet vniuersali, l. si pluribus, ff. de leg. 2. deinde, quia tex. dicit: *Secundam voluntatem* (Testatoris) *non quasi Testamentum, sed quasi voluntatẽ vltimam intestati valere*: si ergò ualet tanquam ab intestato, sequitur, omnes legitimos hæredes instituendos esse, sicuti omnes ab intestato uocantur.

Altera est sententia Francisci Aretini, ad l. si filius qui in potestate, ff. de lib. & posthumis: sufficere uidelicet, si aliqui duntaxat ex legitimis hæredibus fuerint instituti. Fundamentum ponit in l. 2. ff. de iniusto, rupto & irr. testam. & in l. postumus, ff. eod. ti. quibus in locis idem ferè habetur, & Vlp. innuere uidetur sufficere, si unus sit hæres institutus in illis uerbis: *Nisi fortè posterius, vel iure militari sit factum, vel in eo scriptus sit, qui ab intestato venire potest: tunc enim & posteriore non perfecto, superius rumpitur.*

C Si dicatur Vlpianum accipiendum esse eo in casu, quo vnus duntaxat reperiatur ab intestato vocatus, respondet Aretinus, id nobis non constare, & merum esse uaticinium.

Ego communiorem sententiam amplectendam censeo, non eo tantum argumento adductus, quod ex verbis legis Theodosianæ sumitur: illud enim non est satis firmum, sed ex ratione ipsius legis. Hæc enim est ratio legis: quia fauorabiliores sunt ab intestato uenientes, quippe qui & à lege uocantur, & à Testatore, & quidem in postrema ipsius uoluntate: quamobrem æquius esse uidetur, eos hæreditatem obtinere, quàm extraneos: licet extranei Testamentum proferant magis solenne & perfectum: Neque enim tanti solennia facienda sunt, quanti æstimari debet ipsa æquitatis ratio & iustitię, & simul voluntas defuncti. Hæc cum sit legis ratio uera, palã est, eam tunc obtinere, cum omnes legitimi hæredes in posteriori Testamento uocantur: quia à defuncto, & à lege

D inuitantur ad successionem. Cæterum, si aliqui duntaxat ex legitimis hæredibus instituti sint, tanto fauore nequaquam sunt digni; quippe qui à lege non ita vocantur sicuti à Testatore. Lex enim omnes in pari gradu existentes ad successionem vocat, non autem unum uel alterum duntaxat, quemadmodum defunctus uocauit; Quare tunc veluti cessante legis ratione & fauore, cessare debet lex Theodosiana, & aliæ leges obtinere, quibus sancitum est; posteriore Testamento ita demum prius infirmari, quod perfectum est, si & secundum fuerit consummatum & perfectum.

Nec magnam difficultatem facit responsum Vlp. in d. l. 2. ff. de iniusto, rupto & irrito Testamento: necesse est enim illud ita intelligere, cum unus tantum extat legitimus hæres. Non est hoc uaticinium, sed iusta & cõgrua interpretatio, ut patet ex dictis.

Quòd attinet ad secundam quæst. Paul. Castr. in cõs. 327. lib. 1. de hac facti specie respondit: Proponebantur duo Testamẽta ad pias caussas; quorũ alterũ perfectum,

alterum imperfectum erat; Et quærebatur: an posteriore Testamento sublatum esset primum, licet perfectum. Et respondit sublatum videri, & ad legem Theodosij, quę videbatur obstare, quatenus requirit, vt in primo instituti sint extranei, in secundo autem venientes ab intestato, respondit idem esse statuendum, etiamsi in primo Testamento instituti sint venientes ab intestato, & in tex. d. legis Theodosij subaudiendum esse verbum (Maximè) vt videlicet posteriore Testamento, quo venientes ab intestato sunt vocati, primum testamentum, quod iure perfectum est, tollatur, maximè, si in primo hæredes instituti sint extranei.

Fundamentum Castrensis est, quia postrema defuncti voluntas potissimum seruanda est, l. si mihi & tibi, §. In legatis, ff. de Legatis 1. Ergò præferenda est priori voluntati, licet solennibus iuris magis sit munita. Sententiam Castrensis secutus est Alexander, in consil. 146. lib. 2. & ijs adstipulari videtur Vlpianus, in d. l. 2. ff. de iniusto, rupto & irrito Testamento, quatenus simpliciter respondit, posteriore Testamento minus solenni, primum, quod solenniter confectum est, tolli, si in eo scriptus sit hæres, qui ab intestato venire potest: Neque enim illud etiam Vlpianus requirit, vt in priore Testamento institutus sit extraneus.

Sed non mihi placet hæc interpretatio & doctrina, quemadmodum nec Alexandro, nec Iasoni, nec Aretino, ad d. l. hac consultissima, §. si quis autem, C. de Testam. Etenim verba legis manifestè repugnant, necnon etiam ratio ipsius legis, quæ proximè allata est. Verba enim legis hæc duo simul exigunt: Vt videlicet in primo Testamento, quod solenniter conscriptum est, extranei sint hæredes instituti: in secundo autem minus perfecto & solenni, instituti sint venientes ab intestato. Id patet ibi: *Nisi fortè in priore Testamento scriptis iis, qui ab intestato ad Testatoris hæreditatem vel successionem venire non poterunt: in secunda voluntate Testator eos scribere instituit, quia ab intestato ad eius hæreditatem vocantur. Eo enim casu*, &c. Ratio autem legis repugnat: quoniam cùm in primo Testamento instituti sunt venientes ab intestato, ipsi eodem fauore digni sunt, & pro se habent defuncti Testatoris voluntatem & legem, quemadmodum & alij, qui posteriore Testamento sunt vocati: quam ob rem, cùm cætera sint paria, præualere debet Testamentum perfectum; quia secundùm Iuris Regulas non rumpitur posteriori imperfecto.

Quòd autem Castrensis dicebat, spectandam esse vltimam voluntatem, his regulis repugnat, quibus cauetur, vt iam dictum est, ita demum posteriorem voluntatem spectandam, ad priorem perfectam infringendam, cùm & posterior iure perfecta est; nec aliter loquuntur leges ab eo citatæ.

Quòd verò Vlpianus in d. l. 2. ff. de iniusto, rupto & irrito Testamento, non adhibeat illam distinctionem, quã adhibuit Theodosius, parum prodesse suæ caussæ potest: nostræ verò sẽtẽtiæ nihil obest; siquidem alias leges alijs legibus declarari, distingui, elucidari, non est nouum, l. non est nouum, ff. de Legibus. Igitur Vlpiani responsum ex Teodosij lege declarabitur.

CAPVT VII.

Aliæ duæ Controuersiæ de eadem re.



PAter Testamentum fecit solenniter, filiumque suum impuberem instituit hæredem, eidemque pupillariter substituit extraneum; postea Codicillum fecit, & quinque testibus præsentibus substitutionem factam reuocauit, substituitque eidem filio suo cognatos proximiores ab intestato venientes, quæritur: an posterior substitutio in Codicillis facta priorem tollat in Testamento solenni comprehensam.

Triplex est Doctorum sententia. Prima est Bart. quem secuti sunt Castr. Fulgos. & Alex. in Comment. l. hac consultissima, §. si quis autem Testamento, C. de Testam. posteriori substitutione sublatam priorem videri. Fundamentum est in d. §. si quis autem Testamento. Sicut enim prius Testamentum perfectum, in quo instituti sunt extranei, posteriore tollitur imperfecto coram quinque testibus facto, in quo venientes ab intestato, sunt vocati; ita & substitutio, de qua agitur, sublata esse videtur. Huc accedat, quòd substitutio pupillaris in Codicillo facta, videtur esse in Testamento facta, scilicet pupillari Testamento, §. Igitur, in Institut. de pupillari substitutione. Quod quidem pupillare Testamentum fieri potest etiam seorsim à Testamento patris, l. si quis eum, 16. §. 1. ff. de vulgari & pupillari subst.

Altera est sententia Baldi, Angeli, Salyceti, & aliorum, quos commemorant Alex. & Iason in Comment. dicti loci; In hac specie, de qua agitur, posteriorem substitutionem in Codicillis factam non valere, & ideo priorẽ non videri sublatam. Fundamentum est, quia in Codicillis hæreditas neque dari, neque adimi directè potest, l. 2. C. de Codicillis, §. Codicillis, in Institutionibus, eodem titulo: in hac autẽ specie nostra hæreditas directè aufertur prioribus substitutis in Testamento, & datur alijs substitutis in Codicillis; igitur non valet, & consequenter priorem substitutionem non infirmat.

Postrema est sententia, quæ mihi cęteris probabilior videtur, Alex. in d. §. si quis autem, post alios, quos commemorat: posteriore substitutione in Codicillis facta, sublatam videri priorem, non quidem iure directo, sed per fideicommissum, ita videlicet, vt substituti in Testamento, rogati esse videantur hæreditatem restituere substitutis in Codicillis. Fundamentum habet hæc sententia satis firmum, in l. Scæuola, ff. ad Trebel. *Si pater*, ait textus, *filium suum ex asse hæredem scripserit, eiq; Codicillis substituerit, deinde filius impubes decesserit, licet substitutio inutilis sit, quia Codicillis hæreditas neque dari, neque adimi potest; tamen benigna interpretatione placet, vt frater, qui ab intestato pupillo successit, substitutis fideicommisso obligetur*. Hactenus Iurisconsult.

Quod quidem responsum ad quæstionem nostram rectè accomodari potest, in hunc sanè modum, vt licet inutilis sit substitutio directa in Codicillis facta, benigna tamen interpretatione ij, qui in Testamento substituti fuere, atque adeò ipsi pupillo succedere poterunt, fideicommisso obligentur ijs, qui in Codicillis substituti sunt.

Ad argumentum prioris sententiæ respondeo, textum in d. §. si quis autem, directè non comprehendere hanc speciem, & licet eadem sit ratio in Codicillis, quæ in Testamento, pręsertim cùm & posterius Testamentum non valeat, vt Testamentum, sed vt voluntas ab intestato defuncti; illud tamen est impedimento in quæstione nostra, quòd in Codicillis hæreditas directè dari non potest, consequenter ij, qui in Codicillis substituti sunt, directè succedere non possunt, sed per fideicommissum. qua ratione rectè perpensa, responsio patet ad argumentum alterius sententiæ: nihil enim aliud probat, nisi substitutionem in Codicillis factam iure directo non valere, quod nos etiam concedimus atque defendimus: sed valere tamen iure fideicommissi ex benigna quadam interpretatione, fatemur atque contendimus.

Altera est controuersia. Pater Testamentum fecit, & liberis hæredibus institutis in legitima portione; vel illis iustas ob caussas exhæredatis, extraneos instituit hæredes, adhibitis solennibus testamentorum, postea aliud Testamentum fecit, in quo hæredes filios suos instituit, non adhibitis quinque testibus, sed seruata tamen forma Nouellæ Iustiniani de Testamentis imperfectis; quæritur an posteriore testamento sic imperfecto, sublatum esse videatur prius perfectum & solenne; Et quidem sublatum non videri Oldradus, subobscure tamen, respondit, in consil. 119. Idem docuerũt Iason & Sichardus, in Comment. d. §. si quis autem. Fundamentum est in eo textu, quatenus Imperator disertè requirit quinque testes

in

in posteriori Testamento, in quo venientes ab intestato A instituti sunt, inter quos procul dubio sunt & liberi: Quare cùm in proposita specie quinque testes adhibiti non fuerint, primum Testamentum sublatum noo videtur.

Nec obstat, si dicatur Testamentum inter liberos valere etiam sine testibus, seruata tamen forma Nouellæ de Testamentis imperfectis: quia hic non tantùm opus est vt valeat, verùm etiam vt tollat præcedens Testamentum, quod videtur difficilius. Et ratio est; quia vbi nollum præcessit Testamentum, tuoc causa intestati iuuat caussam testati, vt loquuntur Doctores nostri, hoc est, quia liberi ab iotestato successuri sunt, idcirco facilè conceditur Testamentum valere inter ipsos liberos confectum à parentibus: sed vbi aliud præcessit Testamentum, io quo alij hęredes instituti sunt, hæc ratio cessat; quia defuncto succedunt hæredes instituti, non autem liberi.

Sed contrariam sentétiam habuit Castrensis in Auth. Hoc inter liberos, C.de Testam. Et Alexander post Bal- B dum, quem citat, in l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. eodem titulo.

Huius sententiæ fundameotum est: quia tale testamentum imperfectum inter liberos sine dubio valet. Si valet: ergò prius testamentum rumpitur: quia nemo potest decedere cum duobus testamentis validis, l. postumus, §. si paganus, ff. de iniusto, rupto & irrito testamento. Argumentum à simili affertur de Testamento militis: Primum enim militis testamentum iure communi celebratum rumpitur posteriore, quod iure militari conditum est. l. Eius militis, §. militia missus, ff. de militari Testamento.

Mihi prior sententia magis probatur, atque pro eiusdem sententiæ coofirmatione perpendo totam seriem ac dispositionem, l. hac consultissima, C. de Testamentis, vbi Theodosius primùm recenset solennia Testamentorum in scriptis. Secundò statuit testamentum illis solennitatibus carens, imperfectum esse. Tertiò, ex imperfecto testamento defuncti voluntatem tantum ioter liberos tenere. C Quartò commemorat soleonia testamenti nuncupatiui, vt in §. per ouncupationem, Postremò, in §. si quis autem vt, statuit primum testamentum perfectum posteriore imperfecto non rumpi, nisi io primo extranei; in secundo autem venientes ab intestato instituti sint, & in secundo fuerint quinque testes adhibiti.

Hoc postremum legis caput ad omne testameotum imperfectum referri debet, & sic etiam ad testamentum imperfectum, quod inter liberos factum est, de quo prius Imperator verba fecit; & sic Theodosius hoc vult, vt licet testamentum imperfectum aliquando seruandum sit, puta inter liberos, non tamen locum habere possit, vbi de priori testamento solenni rumpendo agitur, nisi hæc duo preterea concurrant: Nempe, vt io primo extranei fiot instituti: in secundo autem instituti sint ipsi liberi, vel alij ab intestato venientes coram quinque testibus.

Quibus ritè perpensis, patet contrariæ sententiæ argumeotum non obstare: Neque enim bona est collectio: D Testameotum inter liberos ita conditum valet: ergò tollit præcedens testameotum solenne: valet enim, si oollum præcedat testamentum, sed non potest aliud præcedens testameotum infirmare.

Nec simile obstat, quod affertur à nonnullis ex l. eius militis, §. militia missus, quia nouissima voluntas militis testamentum est, vt ibi dicitur. Itaque in milite ea distinctio non adhibetur, quæ in cæterorum testamentis adhiberi solet: Virum nempe, prius testamentum perfectum sit & solenne: nostra autem quæstio non est de milite.

CAPVT VIII.

Vtrum Theodosij Constitutio, de qua in d. l. hac consultissima, §. si quis autem testamento, C. de Testamentis. locum habeat, si quis testamento facto extraneos hæredes instituerit; deinde quinque testibus adhibitis se intestatum decedere velle, & testamentum suum reuocare declarauerit. Et an primum testamentum reuocetur per secundum, si testator iurauerit se illud non reuocaturum.



QVidam testamentum fecit solennibus adhibitis, atque in eo hæredes extraneos instituit; deinde testibus quinque adhibitis declarauit, se illud reuocare velle, quoniam intestatus decedere in animo habet. Quęritur, an prius testamentum perinde infirmetur ac si secundum scripsisset testamentum, atque hæredes ab intestato venientes instituisset.

Commuois est sententia reuocatum videri prius testamentum, ita Alexander, in l. Sanconos, C. de Testamentis. Couuatruuias ad Rubricam de Testamentis, in secunda parte. Versiculo, Sexta concIosio. Alios citat Cardinalis Franciscus Mantica, de coniectutis vltimarum Voluntatum, libro secundo, titu. decimoquinto, nume. decimooctauo. Et fundamentum est, quia is, qui vult intestatus decedere, censetur hæreditatem venientibus ab intestato relinquere, l. conficiuntur, ff. de iure Codicillorum: sicut ergo primum testamentum esset reuocatum, si secundum condidisset, in quo venientes ab intestato instituisset hæredes, vt in l. Hac consultissima, §. si quis autem, C. de Testamentis: ita etiam respondendum videtur in hac specie, in qua tacitè venientibus ab intestato hæreditatem reliquit.

Sed contrariam seotentiam habuerunt Paulus Castrensis & Fulgosius in d. l. Sancimus. C. de Testamentis, peodetque hæc iuris controuersia ab ea quęstione: An testamentum reuocetur ex eo, quod testator declarauerit, se velle illud reuocare, ac intestatum decedere. Qua in re aliqua sunt iuris loca, ex quibus decisio colligi possit: io primis textus in l. militis, §. Veteranus, ff. de militari Testamento. *Veteranus miles*, inquit Papinianus, *testamentum iure communi, tempore militiæ factum, irritum esse voluit, & intestatus esse maluit. Hæredum institutiones ac substitutiones in eodem statu mansisse placuit. Legata verò petentes exceptione doli mali secundum ius commune submoueri, cuius exceptionis vires ex persona petentis æstimantur, & alioqui potior est in re pari, causa possessoris.*

Seotentia legis hæc est. Testamentum minimè reuocari quantum ad institutiones, & substitutiones, ex eo, quod testator dixerit, velle se illud irritum esse, & intestatum decedere, sed quantum ad legata, reuocatum censeri, & ideo legatarijs petentibus legata ex tali testamento, doli mali exceptionem objici posse: Si tamen res legatas possideant, eorum causam meliorem esse: quia scilicet, non poterunt hæredes ab eis res legatas petere.

Secundus locus est in l. prima, §. si hæres, ff. si tabulæ Testamenti nullæ extabunt. Vlpianus: *Si heres institutus non habeat voluntatem* (defuncti) *vel quia incisæ sunt tabulæ, vel quia cancellatæ, vel quia alia ratione testator voluntatem mutauit, voluitque intestato decedere: dicendum est ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt.*

Hic locus videtur contrarius præcedenti: Hoc enim Vlpianus vult: Hæreditatem pertinere ad venientes ab intestato, propterea, quod testator priori mutata voluntate declarauerit se velle intestatum decedere.

Tertius locus est in §. ex eo, in Institutionibus: Quibus modis Testameota infirmentur: *Ex eo autem solo,*

inquit Imperator, *non potest infirmari testamentum, quòd* A *postea testator id noluerit valere*, &c.

Hic locus videtur esse similis primo quem citauimus.

Quartus locus est in l. Sancimus, C. de Testamentis. vbi Iustinianus ita dicit: *Si quidem perfectissima est secundi testamenti confectio, ipso iure tollitur primum testamentum: Si autẽ testator tantummodo dixerit, non voluisse prius stare testamentum, vel alijs verbis vtendo, contrariam apparuerit habuisse voluntatem, & hoc vel per testes idoneos, non minùs tres, vel inter acta manifestauerit, & decennium fuerit emensum, tunc irritum esse testamentum tàm ex contraria voluntate, quàm ex cursu temporali*, &c.

Sunt igitur tria iuris loca, ex quibus probatur: Testamentum non reuocari ex eo solo, quod testator dixerit; se nolle illud valere, sed potius intestatò decedere; ex quibus planè efficitur, vt in quæstione proposita Fulgosij & Castrensis sententiam iuris magis consentaneam esse nõ dubitem: Si enim Testamentum illo modo reuocari non potest, nisi & decennale tempus concurrat, sequitur dicen- B dum in proposita quæstione, reuocatum non videri.

Respondent cõtrariæ sententię authores; Leges proximè allatas loqui, quoties testator tres tantùm adhibuerit testes in reuocando testamento autoritate d. l. Sancimus, ibi. *Et hoc vel per testes idoneos, non minùs tres*, &c. Non rectè; Quia idem vult textus in d. l. Sancimus. Etiamsi essent plures testes quàm tres; Illa enim verba, *Non minùs tres*, significant, non pauciores esse oportere, quàm tres, sed tamen idem esse respondendum, licet sint plures, quàm tres.

Non obstat textus in d. l. 1. §. si hæres, ff. si tabulæ testamenti nullæ extabunt: quia Iurisconsultus ibi non docet ex professo; Testamentum irritum fieri ex eo, quod testator illud reuocet, & velit intestatus decedere: sed præcipua eius mens ac intentio est, explicare: Vtrum ab intestato venientes, qui bonorum possessionem acceperunt, excludere aliquando possint hæredem scriptum: & respon- C dit, posse, si hæres scriptus non habeat defuncti voluntatem, vt puta, si tabulæ testamenti sint incisæ, vel cancellatæ à testatore, vel si qua alia ratione voluntatem testator mutauerit, volueritque intestatus decedere. Quæ autem sit illa ratio, Iurisconsultus non declarat, neque verò illa ratio esse poterit: Si videlicet testator dixerit, se velle intestatum decedere: quia hæc sola non sufficit ad infirmandum testamentum prius confectum, vt iam dictum est; sed hoc intelligere oportet, si testator aliquid aliud fecerit simile incisioni & cancellationi tabularum, ex quo manifestum sit, ipsum mutasse voluntatem, vt puta, si testium sigilla, vel subscriptiones, vel partem scripturæ testamenti lacerauerit, dixeritque se velle intestatum decedere: tunc enim irritum efficitur testamentum, l. penult. C. de Testamentis.

Non obstat textus in d. l. hac consultissima, §. si quis autem, loquitur enim de eo, qui post primum testamentum aliud fecit. Et licet eadem ratio esse videatur etiam in hac D specie, tamen illud est impedimento, quod secundum iuris regulas primum testamentum ex eo solo non rumpitur, quod postea testator dixerit, se nolle, illud valere.

Quòd attinet ad alteram quæstionem; sunt qui existiment, primum testamentum iuramento non obstante reuocari, sunt qui negent; sunt qui reuocari quidem putent, sed testatorem in periurium incidere. Vide Couuaruuiam, ad Rubricam de Testamentis, in 2. parte, nu. 9. Et Iulium Clarum, §. Testamentum, q. 94.

Qui reuocari putant, eo mouentur argumento; quod iuramentum sequitur naturam actus super quo interponitur, l. vltima, C. de non numerata pecunia. hæc autem est natura testamenti, vt reuocari possit: qui verò negant, iuramento nituntur, & is, quæ pro eius efficacia, & virtute Sacris Canonibus constituta sunt, c. cùm contingat, de iureiurando, cum alijs similibus.

Sed mihi magis probatur reuocari posse, quamquam temerè iurantem, hoc modo à peccato excusare non possim, ex notatis in c. vlt. de Procuratorib. lib. 6. Etsi enim A iurisiurandi magna sit virtus & efficacia in contractibus, & cæteris conuentionibus, non tamen eandem esse in actibus, qui ex sola voluntate facientis pendent, iudico, quantum ad hoc, vt reuocari non possint. Illud non probo, quod nonnulli afferunt, tale iuramentum esse contra bonos mores: quia liberam testandi facultatem impedit, ex l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verborum obligationibus. Neque enim illa lex ad hunc casum rectè accommodari potest, & si quæ aliæ sunt similes leges: quia de stipulante & paciscente loquuntur, qui liberam testandi facultatem alijs præripere conatus est.

CAPVT IX.

Vtrum testamentum ex causa exhæredationis filiorum sit nullum.

B VAriæ ac diuersæ sunt Doctorum sententiæ, si paterfamilias Testamento facto suos exhæredauerit liberos, an valeat testamentum. Et quidem nequaquam valere, si exhæredationis causæ non adscribantur; vel adscriptæ non probentur, docuit olim Martinus Glossator, & Iacobus Beluisius, quorum sententiam de iure veriorem esse scribit Aretinus in Commentarijs Auth. Non licet, C. de Liberis præteritis. Cæterùm, communior sententia est, distinctionem adhibendam esse, in hunc modum. Vt si quidem nulla exhæredationis causa testamento fuerit inserta, vel talis causa inserta fuerit, quę legitima non sit ac sufficiens, tunc testamentum sit nullum: si verò causa legitima inserta sit, sed probari ab hærede non possit, tunc testamentum consistat, sed tamen rescindi per quærelam de inofficioso possit. Ita docuerunt Bartolus, Alexander, Iason, num. 18. Cagnolus num. 75. in Authen. Ex causa, C. de Liberis præteritis. Iulius Clarus, §. Testamentum, quæstio. 40.

C Tertia denique est sententia, in omnibus his casibus testamentum quidem valere: cæterùm quærela proposita rescindi tanquam inofficiosum posse. Ita docuere Fulgosius, in Commentarijs d. Auth. Ex causa, Ioannes Imolensis, ad l. 1. ff. de Testamentis. Viglius ad Institutiones, titulo de inofficioso testamento, in principio. Vasquius de Successionum creatione, parte 1. lib. 2. §. 20. num. 161. Et in eandem sententiam inclinare videtur Couuarruuias, ad c. Raynucius, in principio, nu. 6. de Testamentis. Adde Duarenum in Commentarijs ad Tit. C. qui testa. facere poss. c. 3. & ad Titulum de inoff. testamento.

Atque hanc sententiam postremo loco relatam, ego verissimam esse iudico, quam breuiter confirmabo; deinde argumentis contrarijs respondebo.

Probatur igitur hæc sententia primò, quia certum est, ante Nouellam Iustiniani, de qua in §. aliud quoque capitulum, in Authentic. Vt cùm de Appellatione cognoscitur: Eiusmodi testamentum inofficiosum appellari posse, D ac proinde rescindi per quærelam, non autem nullum esse & inualidum. id patet ex toto ferè titulo, ff. & C. de inofficioso Testamento, ergò nullo alio argumento nullum esse demonstrari potest, quàm ex dicta Nouella Iustiniani, sed in d. Nouella ius antiquum non corrigitur à Iustiniano circa quęrelam inofficiosi testamenti, quod sanè ius antiquum si tollere voluisset Imperator, vel aliqua ex parte mutare, æquum fuisset id exprimere, sicuti expressit, dum causas iustas exhæredationis & præteritionis constituit. Et sanè cuilibet vel mediocriter versato in lectione Nouellarum notum esse potest, eum esse morem Iustiniani, vt nunquam ius antiquum emendet ac mutet, nisi præmissa præfatione, & causis, quibus se inductum fuisse commemoret. Quam ob rem cùm in tota illa Nouella nullum sit verbum, ex quo talis correctio & mutatio deprehendatur, non est à nobis temerè inducenda.

Secundò probatur ex verbis d. Nouellæ Iustiniani, in §. fin autem hæc obseruata non fuerint, ibi: *Sed quantum ad hoc non rescissum testamentum*, &c. Et rursus ibi: *Et*

rescisso

rescisso testamento, &c. his enim verbis indicatur testamẽtum rescindi posse, & consequenter nullum dici non posse; quia id quod nullum est, rescindi non potest. l. nam et si sub conditione, ff. de iniusto, rupto & irrito testam.

Nec valet responsio illa: Rescindi posse testamentum impropriè, quatenus de facto processit: sicuti & alibi id, quod nullũ est, rescindi dicitur, l. 1. ff. de Ferijs, l. 1. ff. quę sententiæ sine appellatione rescindantur. Nam nulla suppetit ratio in d. Nouella, ita accipiendi verbum *rescindi*, quod cum propriè referatur ad actum validum, qui tamẽ infirmari potest, nostrum non est à proprietate verbi recedere; præsertim cum ex hoc inducatur correctio legũ antiquatum, sed potius sequi nos proprietatem oportet, vt eam euitemus correctionem. Nec bona est consequentia. Verbum aliquod alibi in eo sensu accipiendum est: igitur & hoc in loco: alijs enim locis conuenire potest, & congruere illa interpretatio, non autem huic loco.

Primum argumentum contrariæ sententiæ sumitur ex §. Aliud quoque capitulum, Nouellæ supra dictæ, in illis verbis: *Sancimus igitur, non licere penitus patri vel matri, auo vel auiæ*, &c. *filium suum, vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exhæredes in suo facere testamento; nisi forsitan probabuntur ingrati: & ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento*, &c. Ergò nisi hæc obseruata fuerint, testamentum est nullum, veluti factum contra legem, argumento l. non dubium, C. de legibus, & l. cum lex, ff. de fideiussoribus.

Respondeo: Testamentum nõ esse nullum, sed rescindi posse per querelam. Nam & olim sine iusta causa non licuit parentibus filios exhæredare, & tamen testamentum valebat, sed rescindi poterat: hoc enim sufficit in eũ qui legis præcepta non obseruat, constituere, vt scilicet actus effectu non consistat, & infirmari possit.

Secundum argumentum est ex eadem nouella, in §. siue igitur, vbi Imperator statuit: Testamentum suam habere firmitatem, si parentes vnam, vel plures ex causis ibi enumeratis expresserint in exhæredatione liberorum & scripti hæredes eam probauerint: Ergò à contrario sẽsu nullum est testamentum, si hæc seruata non fuerint.

Respondeo. Non hoc sequi, sed testamentum suam firmitatem non habiturum, quia videlicet rescindi poterit. causis autem expressis & probatis nequaquam. & sic argumentum à contrario sensu rectè sumetur.

Tertium argumentum est ex eadem Nouella, vbi Iustinianus post §. siue igitur, ita dicit: *Si autem hæc obseruata non fuerint, nullum liberis exhæredatis præiudicium generari*: si enim nullum generari potest præiudicium: ergo testamentum non valet: Nam si valeret, aliquod præiudicium generaretur, si vel tempore constituto querela inofficiosi testamenti non proponeretur, vel filius exhæredatus antequam esset præparata, moreretur.

Respondeo, nullum fieri præiudicium liberis exhæredatis, scilicet si querelam proposuerint tempore constituto, non autem si testamentum approbauerint. Nam etsi nullum esset testamentum, & ipsi illud approbarent, præiudicium oriretur. Fateor vtilius esse liberis si testamentum sit nullum, quàm si sit inofficiosum: sed non propterea inferri potest, nullum esse, & querela opus non esse: quia satis est, si proposita querela, quam proponendi liberam habent potestatem, vt testamentum rescindatur, liberi possint impetrare, & ea ratione suæ indemnitati prospicere.

Quartum argumentum est ex eadem nouella post §. siue igitur. in illis verbis: *Sed quantum ad institutionem hæredum testamento euacuato ad parentum hæreditatem liberos tanquam ab intestato peruenire.*

Respondeo, *euacuato testamento*, scilicet per querelam. Nam per eam rescinditur & exinanitur testamentum, & res ad causam intestati reducitur.

Postremum argumentum est ex eodem §. siue igitur. in illis verb. *Si tales igitur causas, vel vnam ex iis liberi testamentis inscripserint, & scripti ab iisdem hæredes eam probauerint, testamentum in sua firmitate manere præcipimus;*

A *si autem hæc omnia non fuerint obseruata, nullam vim huiusmodi testamentum, quantum ad institutionem hæredum habere sancimus.*

Respondeo: *Nullam vim habere*, quia rescindi poterit. id patet ex verbis sequentibus: statim enim subdit textus: *Sed rescisso testamento, eis, qui ab intestato ad hæreditatem defuncti vocantur, res eius dari disponimus.*

CAPVT X.

Quomodo accipiendum quod dicitur in Auth. Præterea, C. de liber. præteritis, si testamentum irritum sit ex causa præteritionis & exhæredationis, cætera tamen firma manere.



B Ontrouertitur autem quo modo sit accipiendum, quod dicitur in d. Auth. Præterea, cætera in testamento contenta præter institutionem firma manere; vtrum scilicet in ea parte ita testamentum consistat, vt ex eo nascatur actio legatarijs & fideicommissarijs. Duplex est Doctorum sententia. Vna crebrior, vt mihi videtur, agẽdum esse ex testamento. ita Bartol. Castrens. Alexand. Iason, Corneus, in Commentarijs d. Auth. Præterea, C. de liber. præterit. Andr. Geyll, lib. 2. Obseru. 113. ad finem.

Fundamentum est in §. siue igitur, in Authen. vt cum de Appell. cog. ibi. *Tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum.*

Secunda est sententia Dyni, Cyni & Petri, actionem ex testamento non oriri, sed agendum Condictione ex lege. Fundamentum est: quia nemo potest decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus, secundum vulgarem Iuris Regulam. Igitur cum testamentum, quantum ad institutionem, sit irritum, valere non potest quoad cętera in ea disposita, licet cætera firma maneant, ac præstari debeant. Non enim ex testamento peti poterunt,
C sed Condictione ex lege, tanquam ab intestato. Præsertim vero, quod ex lege firmantur, & cum aliquid confirmatur agendum sit ex confirmante, non ex confirmato, argum. l. asse toto, ff de hæred. instit. l. si quis priore, ff. ad Trebell. l. postum. §. vlt. ff. de iniusto, rupto & irrit. testamento. Huc accedat quod textus in dicto §. siue igitur; non absolutè dicit, testamentum in ea parte valere, sed inquit, *Et tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum*. Illa dictio *Tanquam*, est improprietatis nota, secundum Albericum, in Dictionario, in verbo, tanquam. Denique, nemo potest decedere cum duobus testamentis validis, sed si posterius valet, tollitur prius, §. posteriore, in Institut. quibus modis testam infir. Si quis ergo vnum faciat testamentum, deinde aliud, in quo filium exhęredet hoc secundum testamentum, cum sit irritum, non poterit præcedens tollere; ergo præcedens manebit firmum, & simul quoque posterius, quantum ad cętera in eo disposita præter institutionem.

D Verum istis nil morantibus, communem sententiam veriorem esse iudico, & ad primum contrariæ sententiæ argumentum respondeo: ab initio quidem neminem posse decedere pro parte testatum, & pro parte intestatum; secus ex post facto, l. circa, ff. de inof. testamen. Ergo pro parte rumpi testamentum poterit defuncto testatore, & pro parte obtinere; Et cum hac de re clara sit Constitutio Iustiniani, nullatenus ambigendum videtur. Nam & statum obtineri posse, vt testamentum pro parte valeat, & pro parte non valeat, optimè probat Decius, ad l. ius nostrum, ff. de regu. iur. Quod vero dicebatur ex confirmante agendum, non ex confirmato, non semper verum est, id patet: quia cum pactum à lege confirmatur, ex pacto agitur, l. legitima, ff. de pactis. Et ratio est; quia, si testamentum, quod rescindi poterat, ita confirmatur à lege, vt valeat, nec rescindi possit, sine dubio illud, tanquam validum, actionem producit, sicut cætera testamenta. Et dictio *Tanquam* aliquando est veritatis nota, vt docet Albericus loco annotato. Ad vltimum argumentum

mentum respondeo: si talis proponeretur facti species: A
primum testamentum vires habiturum, non secundum quippe quod in omnibus non consistat, nec aliter posteriore testamento prius infirmetur, quam si posterius voluerit. Vide Angelum inter consilia Petri Ancharani, consil. 203.

CAPVT XI.

Cum testamentum est nullum, ex causa præteritionis filij, vel inofficiosum, ex causa exhæredationis; vtrum filius, qui ab intestato vindicat hæreditatem, eam restituere teneatur heredibus in testamento scriptis virtute Clausulæ codicillaris in testamento adiectæ.



Ommunis est sententia, filium, qui ab intestato vendicat hæreditatem, eam ob caussam, quod sit exhæredatus, vel præteritus in testamento, vigore clausulæ codicillaris fideicommisso teneri ad restituendam scriptis hæredibus hæreditatem, detracta scilicet legitima. B
Vide Bartolum in Authent. ex causa, C. de liber. præterit. in l. 1. num. 9. ff. de iure codicillor. Castr. Alex. Iason, & alij, de quibus per Gabrielum commun. conclu. titu. de de clausulis, concl. 7. & Iulium Clarum, in §. testamentum, quæst. 46.

Et fundamentum est primo in l. ex ea, §. 1. ff. de testa. Paulus: *Ex his verbis quæ scriptura paterfamilias addidit; Hoc testamentum ratum esse volo, quacunque ratione poterit, videri eum voluisse, omnimodo valere ea, quæ reliquit, etiam si intestatus decessisset.* Secundò, quia codicillaris clausula idem operatur, ac si testator venientes ab intestato rogasset, vt hæreditatem scriptis hæredibus restituerent, l. vlt. C. de codicill. ibi: *Illud quoque pari ratione seruandum est,* &c. Sed si ita rogasset expresse venientes ab intestato, vt scriptis hæredibus restituerent hæreditatem, nullum videretur esse dubium, quin fideicommissum præstandum esset, l. si quis cum testamentum, de iure codicillor. Ergo idem respondendum, vbi clausula codicillaris testamento adiecta est. C

Verum huic communi sententiæ vt assentiri non possim facit textus in l. Titia, ff. de inoff. testam. Scæuola: *Titia filiam hæredem instituit, filio legatum dedit; eodem testamento ita cauit. Ea omnia, quæ supra dari fieri iussi, ea dari fieri volo ab omni hærede bonorumve possessore, qui mihi erit etiam iure intestato. Item quæ dari iussero, ea, vti dentur fiantque fidei eius committo. quæsitum est, si soror centumuirali iudicio obtinuerit, an fideicommissa ex capite supra scripto debeantur. Respondi: si hoc quæratur: an iure eorum, quos quis sibi ab intestato hæredes, bonorumve possessores successuros credat, fideicommittere possit. Respondi posse. Paulus notat. probat autem nec fideicommissa* ab intestato data deberi, *quasi a demente.*

Vides hic, quod Paulus docuit in l. ex ea, §. 1. ff. de testamen. non probari eidem Paulo in hac, de qua agitur, specie: quia fideicommissum à demente factum videtur. Et sanè leges, quæ testamentum has ob caussas rescindunt, & filijs præteritis siue exheredatis ab intestato successionem deferunt, quodammodo eluderentur, hac, de qua agimus, cautela clausulæ codicillaris, omnisque minueretur ferè honor liberis debitus ex honorabili institutionis titulo, si rescisso testamento hæreditatem nihilo minus reddere scriptis hæredibus cogerentur. D

Idem docet Scæuola in l. patronus, §. vlt. ff. de legat. 3. *Apud Scæuolam* (inquit textus) lib. 18. *Digestorum, Claudius notat, nec fideicommissa ab intestato data debentur ab eo, cuius de inofficioso testamento constitisset: quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse, ideoque nec aliud quid pertinens ad suprema eius iudicia valet.*

Dicebam olim, sublatam esse hanc rationem, qua nititur l. Titia. ex Iustiniani Nouella, statuentis cætera in testamento contenta, præter institutionem, firma manere. Sic enim præsumi ac censeri non possunt, veluti a demente ordinata, alioqui firma non manerent. Correcta autem ac sublata ratione legis, videri sublatam & correctam legem, vt docet Glos. in l. 1. ff. de legit. tutor. Iason ad l. postum. nume. 18. C. de bonor. possess. contra tabu. Sed iam non placet hæc responsio: quia procedere potest quo ad alia in testamento ordinata præter institutionem. hic verò est quæstio de ipsa institutione, an vigore clausulæ codicillaris conuertatur in fideicommissum: Et de hac re nihil Iustinianus statuit, sed de alijs duntaxat legatis & fideicommissis, quæ in testamento continentur. Et ratio est; quia testator nil peccauit circa reliqua legata & fideicommissa, sed duntaxat circa ipsam institutionem, meritò illa irrita efficitur, non cætera legata: Si irrita efficitur & corruit, non facilè intelligo, quo modo possit ad fideicommissum trahi; Non lex, non ratio id suadere potest. Quare à communi sententia recedendum puto, vnà cum Accursio in Authen. ex caussa, C. de liber. præterit. & cum multis alijs à Gabrielio citatis loco annotato. Adde Bursatum in cons. 15. nu. 8. lib. 1.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo: concedo eam esse regulariter vim clausulæ codicillaris, sed nego eam in proposita specie obtinere; quia præsumitur in ea re fuisse testator furiosus, ac non sanæ mentis.

Ad secundum respondeo, si paterfam. rogasset filios suos, qui ab intestato succedunt, vt hæreditatem illis restituerent, tunc omnia salua fore, & filios retenta legitima portione, quæ de restitutione excipienda est, iuxta §. quamobrem, in Authen. de restit. & ea quæ parit, &c. Restituturos hæreditatem. quia nihil continet absurdi illa dispositio ac voluntas testatoris. Filij enim sunt hæredes, sicut lex præcipit, & fideicommisso grauati, quod lex non vetat. At vbi filiis præteritis vel exhæredatis, alius hæres instituitur, manifestus est dementiæ testatoris prætextus, ac cui per codicillarem clausulam prouideri non potest.

CAPVT XII.

Vtrum clausula codicillaris testamento adiecta, operetur, vt postumus ignoranter præteritus, qui testamentum rumpit, teneatur scriptis hæredibus restituere hæreditatem ex fideicommisso.



Vbnectam his vulgarem, sed arduam & celebrem controuersiam de postumo ignoranter præterito; an, etsi rumpat testamentum, teneatur tamen scriptis hæredibus restituere hæreditatem vigore clausulæ codicillaris testamento adiectæ, legitima scilicet, vel etiam, secundum aliorum sententiam Trebellianica detracta, Bartolus respondit, non teneri, in l. prima, nume. 10. ff. de iure Codicillor. quem multi secuti sunt, & multi reprobarunt, vt videre licet ex Alexandro, in consilio 50. lib. 6. Crauet. in cons. 34. Tiraquell. ad l. si vnquam, in verbo, *Donatione largitus*, num. 269. C. de reuoc. donat. Antonio Gabriel. commu. conclus. titu. de clausulis, conclus. 8. num. 8. Rolando à Valle, in cons. 7. lib. 4. Cagnol. in Authent. ex caussa, C. de liber. præter. Iulio Claro, §. Testamentum, quæst. 46. Bursato, in consil. 15. Andrea Geyll, lib. 2. Obseru. 114. Omnium latissimè Anton. Tessauro, decis. Pedemont. 141. Menochio, consil. 499. lib. 5. & de Præsumpt. lib. 4. præsumpt. 32.

Argumenta Bartoli & sequacium hæc sunt. Donatio inter viuos reuocatur filiorum natiuitate, l. si vnquam, C. de reuoc. donat. Ergo multo magis fideicommissum, quod in clausula codicillari continetur. Nam donatio ex consensu duorum perficitur, nempe donantis & donatarij; Fideicommissum autem ex consensu vnius tantum, nempe, defuncti, & consequenter difficilius reuocari debet, quam fideicommissum, argumento eorum quæ notantur in l. 1. C. de pactis. Duplex enim funiculus magis ligat, &c.

Secundò

Secundò, in testamento militis, quod iure communi confectum est, tacitè inest illa clausula, Vt, si non possit iure communi valere, iure militari valeat, l. 3. ff. de milit. testam. & tamen postumi ignoranter præteriti natiuitate, rumpitur, argum. l. qui iure militari, ff. eod. titu. & l. si cum vel in vtero, C. eod.

Tertiò, legata non debentur à postumo ignoranter præterito, vbi alius hæres institutus est, & ipse cohæres efficitur, quia videlicet de eo testator non cogitauit, l. qui graui, l. penult. ff. de iure codicillor. Ergo multo minus si deicómissum ipsius hæreditatis debebitur. neque enim verisimile est, defunctum testatorem voluisse postumo, de quo non cogitauit, tale fideicommissum iniungere, vt hæreditatem restituat hæredi scripto.

Quartò, hæc confirmantur ex eo, quod non præsumitur testatorem voluisse alienam sobolem suæ anteponere, atque adeo bona sua peruenire ad hæredes scriptos, exclusis filijs proprijs, argumento l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. l. generaliter, C. de instit. & substit. l. ex testamento, ff. de vulg. & l. si is qui ducenta, §. item si pater, in fine, ff. de reb. dub. Videretur autem illud voluisse, si Clausula codicillaris in hac specie id efficeret, vt filius postumus videretur esse grauatus fideicommisso bona restituere scriptis hæredibus.

Fundamentum autem contrariæ sententiæ est in eo positum, quod per clausulam codicillarem testator videtur velle, (præsertim cum verbis ad futurum tempus respicientibus concepta est) vt in testamento disposita iure fideicommissi effectum habeant, si testamentum quomodocunque infirmetur, l. vlt. C. de codicill. Cum igitur ob postumi præteritionem, testamẽtum rumpatur, videtur ipse postumus tanquam proximior & hæres ab intestato, quasi ex Codicillis, rogatus fideicommisso hæreditatẽ restituere scriptis hæredibus.

Confirmari potest hoc argumentum ex eo, quod licet postumus natus, testamentum rumpat, non tamen rumpit Codicillos, & fideicommissa præstare tenetur, vt in l. si quis cum nullos, §. sed & si post codicillos, l. conficiuntur, §. si post factum, l. qui graui, & l. pen. ff. de iure codicillor. Denique, iuuare hanc sententiam videtur textus in l. generaliter, §. ex testamento, ff. de fideicommiss. libertat. vbi rupto testamento postumi natiuitate, libertates deberi, probatur, cum à legitimis quoque hæredibus relictæ sunt.

Ego iuri & æquitati magis consentaneam existimo priorem sententiam, quam Bartolus amplexus fuit, & multi alij secuti sunt. Et moueor tum argumentis allatis, tum hac potissimum ratione, quod, cum nulla lex propositam hanc facti speciem decidat, ex iuris & æquitatis ratione decidendam necessario esse. Illa vero maximè pugnat pro sententia Bartoli; siue enim testatoris defuncti expressam voluntatem contemplemur, siue id, quod verisimile est ipsum facturum fuisse, si de postumo nascituro cogitasset, siue rei ipsius æquitatem & iustitiam intueamur, proculdubio existimabimus, postumũ testatoris filium, fideicommisso de quo agitur, grauatum non videri. In expressa enim testantis voluntate, quę testamento cõtinetur, nullũ est verbum de fideicommisso postumo nascituro iniungendo; immò verbum nullum, nulla prorsus de postumo cogitatio. Quod si de nascituro filio cogitasset testator, qui defunctus est, quis est interpres tam durus voluntatis paternæ, qui eam in alios magis, quam in proprium sanguinem propensuram existimare velit? Si iustitiam ipsam & æquitatem respiciciamus, hæreditatem rupto testamento secundum leges filio attribuemus; Cæteris quidem legatis saluis, prout magis videbitur eiusdem defuncti voluntati conuenire. Cæterum institutione prorsus irrita effecta, non autem ex fideicommisso vires habitura. Quæ enim est hæc subtilitas, quæ legum iustitiæque ordinem peruertit?

Non me deterret ab hac sententia virtus ordinaria clausulæ codicillaris, quasi argumẽto sit, testatorẽ saltem in genere cogitasse de casu isto, quo postumi natiuitate

A testamentum rumpi solet. Quomodo enim de hoc cogitare potuit testator, qui de postumo nihil cogitabat, quem ignorabat se habiturum, & quem si habiturum sperasset, proculdubio hęredem fecisset? Aut quanti momenti est imaginaria isthęc cogitatio generalis, vt honestati, rationi, & æquitati præferatur, filijs hæreditatis emolumentum auferat, alienis largiatur?

Non offendunt hanc sententiam leges, quæ docent postumum codicillos non rumpere. Cur enim rumperet codicillos, in quibus nec alijs directè data est hæreditas, nec ipsi adempta: neque enim dari aut adimi directò potest, §. codicillis, in Instit. de codicillis? At in hac specie de testamento agitur, in quo alij, postumo ipso præterito, instituti sunt hęredes. Hoc vero, si rumpit postumus, vt certum est, qui fieri potest, vt illud per obliquum exequi cogatur? Fac parentem de postumo cogitasse, tum codicillos fecisse, quibus postumi fidei committat, vt alijs hęreditatem restituat: tunc concedam natum postu-
B num codicillos non rumpere, exequi parentis codicillos oportere. Si non cogitauerit de postumo defunctus, tunc non equidem natus ille, rumpet codicillos, sed non eos exequetur, præsertim vero in hac, qua de agitur specie, qua hæreditatem aliis restituere cogeretur.

Denique nihil mouet hoc, quod dicitur, postumum legitimam suam detracturum, quæ detractio cessat in specie, de qua loquitur l. si vnquam, C. de reuocan. donatio. Etenim, non ea ratione nititur l. si vnquam; quod inofficiosa sit donatio, sed quia verisimile non est donaturum fuisse parentem, si de liberis nascituris cogitasset: quæ ratio in hac specie euidenter militat. Enimuero, quod de legitimæ detractione adfertur, nihil moratur; quæ enim est ratio, assignare liberis exiguam portionem trientis, alienisque bessem hæreditatis per fideicommissum restitui oportere?

Ad textum in l. generaliter, §. ex testamento, ff. de fideicommiss. liber. responsio ex dictis patet; neque enim
C agitur ibi de hæreditate præstanda hęredibus scriptis, vt in specie nostra, sed de libertate danda, quæ legato vel fideicommisso relicta est à legitimis hęredibus. Ex quo non rectè inferri potest ad hęreditatem relictam, postumo scilicet auferendam, & alijs restituendam.

CAPVT XIII.

An sit idem respondendum circa postumum ignoranter præteritum, cum testator superuixit, & testamentum non mutauit.



Ed rursus cõtrouertitur: quid si post natum filium, quem in vtero vxoris existẽtem ignorans testator præterijt, ipse aliquo tempore superuixerit, nec testamentum mutauerit, an id operetur clausula codicillaris testamẽto adiecta, vt filius teneatur fideicommisso restituere scri-
D ptis hęredibus hęreditatem? Affirmant multi ex his, quos annotauimus in pręcedenti capite, multi etiam negant. Affirmantium illud est fundamentum, quod cum testator diu superuiuit, & testamentum non mutat, videtur in eadem voluntate decedere, & consequenter velle, suam hęreditatem ad legitimos hęredes peruenire, cum sciat ruptum esse testamentum filij præteriti natiuitate. Argumento sumpto ex l. Athletę, § dat remissionem, ff. de excusat. tutor. ex l. tractabatur, ff. de milita. testamen. ex l. 3. C. de inoffic. testamen. ex l. 3. & l. eum qui, ff. de probation.

Negantis autem sententię fundamentum est potissimum primo, in l. filio, §. Seia, ff. de adim. leg. vbi legatum ob superuenientes inimicitias reuocatum, non debetur, tametsi postea testator in codicillis illud non reuocauerit. Deinde in eo, quod habetur in Authent. Vt factę Nouę Constitutiones, & c. quatenus nihil imputari posse Iustinianus dicit testatori, quod testamentum non mutauerit: *Non enim*, inquit Iustinianus, *omnia sunt in nobis*,

nobis, nec semper quibusque tempus est testandi, & repentè plerunque incidunt hominibus mortes, testandi eis potestatem auferentes. A

Mihi negantium sententia magis placet, sed alio argumento, illo nempe; quod directa hæredis institutio in testamento facta ad fideicommissum trahi non possit, etiamsi adiecta sit clausula codicillaris, rupto testamento filij præteritione, quia fideicommissa videntur ab intestato data, quasi à demente, hoc in casu ex l. Titia, ff. de inoffic. testamen. vt conclusum est supra, cap. 11. Videtur enim quasi dementis, hoc velle, vt filius cogatur extraneis vel alijs remotioribus hæreditatem restituere. Quare id nequaquam præsumendum est voluisse eum, qui post conditum testamentum superuixit. Hic pugnant inuicem præsumptiones. Illa: quia superuixit, videri in eadē voluntate decessisse: Ista, non videri, ne dementiæ arguatur, præferendo filijs alios remotiores & alienos. Quis vero ambigat hanc esse vehementiorem, veri similem magis, æquiorem, iuri magis consentaneam? Vincat igitur aduersantem eamque prosternat. Nec vllum impedimentum afferunt leges in argumento allatæ, quibus voluntatis constantia elici videtur, ex eo, quod testator superuixit, nec mutauit testamentum: neque enim eo in casu loquuntur, quo contraria militat præsumptio, vt in specie ista. B

Dices etiam in specie, de qua loquitur l. 3. C. de inoffic. testamen. filium præteritum fuisse, qui postea natus fuerat, & dici neglectum a patre eam ob caussam, quod testamentum cum posset, non mutauerit. Respondeo, etiam in specie nostra eousque fatemur parentum in eadem voluntate mansisse, vt videlicet postea natum filiū neglexisse videatur, ac proinde testamentum ruptum esse dicatur nato postea filio, sed non dicimus, neque præsumimus, eum voluisse testamentum ita in codicillos conuerti, vt filius intestato succedens, alijs cogatur hæreditatem restituere, ne talem parentem dementiæ arguamus, charitate paterna exuamus, nobis præsertim cū existimare liceat, cum de suo nihil disposuisse testamento, eo quod sciret filio suscepto reuocatum fuisse: nec putaret generalem illam clausulam codicillarem eas vires habituram, vt hunc etiam casum contra mentem eius, & iuris rationem comprehenderet, filiumque legitimum hæredem fideicommisso inducto luctuosa spoliaret hæreditate. C

CAPVT XIV.

Vtrum legata conseruentur testamento ex postumi præteritione ignoranter facta rescisso.



Sed & si de legatis testamento relictis agatur quod præteritione postumi ignoranter facta rescissum est, inter Doctores controuertitur, vtrum ea conseruentur ac præstari debeant. Et quidem negant conseruari Bartolus, Castrens. Iason, & alij multi, in commentarijs, Authen. ex caussa, C. de liber. præterit. & per Clarum, in §. testamentum, quæst. 52. versicu. Sed quid si postumus. Quorum illud est fundamentum; quod licet ex nouella Iustiniani, vt cum de Appel. cog. §. aliud, & sequen. perspicuum sit, legata conseruari ac firma remanere testamento præteritione vel exhæredatione filiorum scienter facta, rescisso; quia filij appellatione intelliguntur, tam is, qui natus est viuente testatore, quam qui postea, l. etiam, l. nomen filiorum, ff. de verbo. signi. l. si quis filiabus, ff. de testamen. tutela. tamen vbi ignoranter est præteritus, alia est ratio. Non enim præsumitur is, qui testamentum fecit, ea legata donaturus fuisse, si se liberos suscepturum cogitasset. Argumento l. si vnquam, C. de reuoc. donat. D

Confirmatur hęc sententia ex l. qui graui, ff. de iure codicillor. Papinianus: *Qui grauidam vxorem esse ignorabat, codicillis ad filium scriptis libertates dedit, nata post mortem patris filia, cum de ea nihil patrem sensisse constitisset, placuit libertates a solo filio præstari posse.* Idem respondit Marcellus in l. pen. ff. eo. tit.

Sed contrariam sententiam habuerunt Alexander & Corneus, in dicta Auth. ex caussa, pro qua etiam teste ibidem Cagnolo, num. 23. Collegium Mediolanense respōdit, quorum duo sunt potissimum argumenta. Primum, quia cum parens ignoranter pręterit filium suum, minus peccat, quàm cum scienter. Cum itaque legata firma manere inter omnes constet, vbi filius scienter est pręteritus, multo magis idem est dicendum, vbi ignoranter pręteritus est. Secundum argumentum est ex l. cum mater, ff. de inoff. testam. vbi Iurisconsultus: *Cum mater*, inquit, *militem filium falsò audiuisset decessisse, & testamento hæredes alios instituisset, diuus Adrianus decreuit hæreditatem ad filium pertinerē, ita vt libertates & legata præstentur.*

Sed planè fortiora sunt prioris sententię ac communioris argumenta, quamobrem adstipulatorem me illi adscribo non inuitus. Et quod ad primum contrarię sententiæ argumentum attinet; illud equidem valeret, nisi repugnaret coniectura voluntatis defuncti. Itaque non idcirco legata irrita sunt in hac proposita specie, quod testamentum irritum fit. Licet enim olim ita esset constitutum, tamen à Iustiniano emendatum est, ita statuente, vt testamento hanc ob caussam irrito effecto, firma tamē legata maneant, sed legata non debentur à filio ignoranter pręterito; quia non ab eo relicta sunt. Et dubium est, an, si sciuisset testator alium nasciturum, relicturus fuisset.

Quod vero attinet ad l. cum mater, ff. de inoff. testam. cum illam Baldus obiecisset Bartolo, is respondit ex verbis sequentibus solutionem haberi. Subdit enim textus: *Hic illud adnotatum est, quod de libertatibus & legatis adijcitur. Nam cum testamentum inofficiosum arguitur, nihil ex eo testamento valet.*

His enim postremis verbis videtur responsum prius corrigi, quasi textus velit, non deberi legata. Et solutio hęc communiter recepta est, Cagnolo teste, nu. 30. versi. tenenda ergo.

Sed non est bona solutio, neque sensus legis est, quod superius dictum est, legata & libertates præstādas, id corrctū esse. Ait enim textus: *Hic illud adnotatum est*, &c. Non autem emendatum est: non ea est verbi significatio nec Iurisconsulti Pauli est emendare, quod D. Adrianus decreuit. Hic verò est sensus: Hic illud adnotatum est, quia cum Testamentum inofficiosum arguitur, nihil ex eo Testamento valet, & consequenter etiam in ea specie idem respondendum videbatur. Sed tamen aliter est constitutum & decretum; & ratio est; quia cum filius est pręteritus, quem mater non extare putabat, & ideo alios hęredes instituit, filius si extet, videtur tacitè institutus, & vocatus ad hęreditatem ex coniectura voluntatis matrenę, quę procul dubio filium instituisset, si putasset viuere, vt habetur in l. 3. C. de inoffic. Testam. & in l. vlt. ff. de hęred. instit. Cum itaque filius in ea specie hęreditatem cōsequatur, tanquam tacitè vocatus ex Testamento, & ex voluntatis coniectura, meritò legata & libertates pręstare debet, sicut ea pręstaret, si expressè institutus fuisset. Et hoc est, quod Iurisconsultus dicit: *Hic illud adnotatū est*, &c. Licet enim, cum Testamentum inofficiosum pronunciatur, omnia legata corruant, tamen in ea specie filius non succedit, quasi ab intestato, quasi inofficiosum testamentum sit; Sed succedit tanquam tacitè vocatus in ipso testamento à matre, & ideo legata pręstare cogitur. Ita hanc legem, sed non ita clarè & prolixe Iacobus Cutacius explicat, lib. 10. c. 22. Obseruationum.

Cęterum, ne quis impingat, scire oportet, nos hic non omnia legata infirmare, sed tantum ea, quę postumus pręteritus rupto testamento, pro sua parte pręstare deberet, veluti ab intestato rogatus, ex clausula codicillari. Nam si alij exteri filij in testamento instituti, qui pariter succederent, legata ab eis pręstanda sunt: nisi tamen

in

in eam facti speciem incidamus, de qua textus loquitur in l. 3. C. de inoffic. testam. & in d. l. cum mater, ff eodem titu. tunc enim legata præstanda essent, etiam à filio præterito,

CAPVT XV.

Quomodo accipiendum sit, quod dicitur in l. quoties, C. de hæred. instit. hæredem institutum in re certa, loco legatarij habendum, & quid si nullus alius institutus fuerit hæres, sed ipse in re certa institutus, prohibeatur plus habere.



HAeredem institutum in re certa, loco legatarij esse, docet textus in l. quoties, 13. C. de hæred. instit. sed controuersia est, quo modo id accipiendum sit. Prima est interpretatio Acursij, ad l. si quis priore, ff. ad Trebel. B institutum in re certa, in omnibus haberi pro legatario, præterquam respectu querelæ inofficiosi testamenti. Nam ne illam intentare queat, filius in re certa institutus, loco hæredis videtur,

Sed non probatur hæc interpretatio, quoniam certũ est etiam alias ob causas institutum in re certa pro hærede habendum, etiam extra causam impugnationis testamenti, vt in l. 1. §. si hæres ex fundo. ff. de hæred. instit.

Secunda est opinio antiquorum interpretum, quos Bartolus recenset in dicta l. quoties, C. de hæred. institu. institutum in re certa, in omnibus esse loco hæredis, præterquam quoad actiones hæreditarias, vt in d. l. quoties.

Sed nec ista sententia placere potest, quia manifestum est, institutum in re certa, loco esse legatarij, non solum eo nomine, quod actiones hæreditarias non habeat, neque ijs obstrictus sit, verum etiam aliam ob causam. Nã cum constat detractioni ex lege Falcidia instar legatarij obnoxium esse, vt in l. quoties, C. fam. hercisc. C

Tertia est sententia, institutum in re certa, loco hæredis censeri, si sit filius, argumento eorum quæ habentur in §. Aliud quoq; Capitulum, in Auth. Vt cum de appel. cognosc. secus si filius non sit, & ita accipienda l. quoties, C. de hæred. instit.

Non placet, quia etiamsi extraneus sit hæres institutus in re certa, aliquando tamen loco hæredis habetur, si nullus scilicet alius hæres institutus sit, vt in d. l. 1. §. si hæres ex fundo, ff. de hæred. instit.

Postrema est sententia vera & communis, quam secuti sunt Bartol. Castrens. Alexand. Iason. Sichardus, & alii, in dicta l. quoties, institutum in re certa, non esse propriè legatarium, nec propriè hæredem, sed tertiam quandam speciem constituere, quæ in aliquibus legatarij naturam; in aliquibus autem hæredis imitetur. Nam quatenus is non vtitur actionibus hæreditarijs, nec illis conueniri potest, naturam legatarij participat, & quatenus etiam ex lege Falcidia detractionem patitur. In summa D quoad rem, in qua institutus est, legatarius censetur, l. ex facto proponebatur. l. si alterius, ff. de hæred. instit. Cæterum, respectu tituli institutionis, videtur quodammodo hæredis loco esse, & ideo nec testamẽtũ impugnat, & totam hæreditatem, si nullus alius sit hæres institutus, consequitur, vt in d. l. 1. §. si hæres ex fundo.

Sed oritur hic controuersia; si institutus in re certa, plus accipere prohibeatur, vtrum, nullo alio hærede existente, totam nihilominus consequatur hæreditatem detracta rei mentione,

Respondet Bartolus in l. quoties, §. si duo, ff. de hæred. instit. quem secutus est Castrensis ibidem, necnon Corneus in d. l. quoties, C. eodem titu. Si quidem nullus alius in eo testamento hæres instituatur, hæreditatem tali instituto in re certa, non accrescere: secus verò si alius hæres instituatur qui vel nolit, vel non possit hæreditatem accipere.

Fundamentum est, quia cum institutus hæres alius A repudiat hæreditatem, vel eam capere non potest, tunc cessat ratio, quæ testatorem mouit ad prohibendum, ne institutus in re certa plus acciperet; Ita enim prohibuisse censetur, vt alius hæres hæreditatem obtineret. Quare eo veluti obice iam sublato, videtur cessare ipsa prohibitio. argumento l. peto, ff. de leg. 2. l. 2. §. sed si fini, ff ad Tertull. Istud autem argumentum cessat, vbi nullus est alius hæres institutus; tunc enim, quia testatoris voluntas refragatur, non licet in re certa instituto hæreditatem obtinere. argumento d. l. quoties, §. si duo, ff de hæred. instituẽd. Vlpianus: *Si duo sint heredes instituti, vnus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse eiusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, vt detracta fundi mentione, quasi sine partibus heredes scripti hæreditate potirentur: si modò voluntas patrisfamilias manifestissime non refragatur.*

Alij vero dixerunt in proposita questione non accrescere reliquam hæreditatem instituto in re certa, siue nul B lus alius fuerit hæres institutus, siue fuerit quidem, sed is hæreditatem habere noluerit, vel nõ potuerit, ita Decius. in l. 1. num. 2. C. de testam. mili. Purpuratus, in consil. 558. lib. 2. quanquam hic in ea facti specie loquitur, in qua nullus alius hæres institutus est, & Iacobus Menochius, in cons. 483. lib. 5.

Fundamentum est in voluntate testatoris: Is enim voluit institutum in re certa, illam rem duntaxat habere, non alia bona. Voluntas autem testatoris est seruanda, §. disponat, in Auth. de nuptiis.

Confirmatur hæc sententia argumento d. l. quoties, §. si duo, ff. de hæred. instit. ibi: *Si modo voluntae patrisfamilias manifestissimè non refragatur.* Si dicatur non posse quemquam ex paganis decedere pro parte testatum, & pro parte intestatum, respondent isti, hoc in casu testamẽtum corruere, quia nullus sit hæres institutus, l. vlt. ff. de iure codicillor. & consequenter rem ad causam intestati peruenire, ac hæreditatem in totum pertinere ad legiti C mos hæredes.

Tertia denique sententia est hæreditatem hoc in casu accrescere instituto in re certa, siue nullus alius cohæres institutus sit, siue institutus quidem, sed hæres esse noluerit, vel non potuerit. Ita Imolensis, in c. Rainucius, num. 64. de testam. & Alexander ad d. l. quoties, num. 11. C. de hæred. instit.

Fundamentum est; quia nemo potest facere, quin leges in suo testamento locum habeant, l. nemo potest, ff. de leg. 1. leges autem statuunt, neminem paganum decedere posse pro parte testatum, & pro parte intestatum, l. jus nostrum, de reg. iur. Et ideo si hæres in re certa instituatur, eum totam hæreditatem consequi detracta rei mẽtione, l. 1. si hæres ex fundo, ff. de hæred. institu. Et in milite specialiter est constitutum, vt possit vnum hæredem ex parte bonorum, puta ex fundo instituere, & in reliqs bonis intestatus decedere, l. si miles, 6. ff. de mil. testam.

Et ideo Iurisconsultus in l. Si quis ita hæres institu D tus, 74. ff. de hæred. instit. *Si quis,* inquit, *ita hæres institutus fuerit, excepto fundo, excepto vsufructu hæres esto, perinde eum iure ciuili atque si sine ea re hæres institutus esset, id que autoritate Cai Aquilii factum est,*

In hanc postremam sententiam ego sanè procliuior sum. Etenim cum testator in solo fundo hæredem quempiam instituit, satis apertè declarat, se velle vt solum habeat fundum; similiter cum hæredem quis instituit, excepto fundo, manifestum est eum nolle vt fundum habeat. Et tamen in his casibus hæres totam hæreditatem consequitur, ne inutilis illa adiectio vel detractio, vtilẽ vitiet institutionem. Quare & in proposita quæstione eadem est ratio, ideoque non voluntas ipsa testatoris sequenda, sed legis constitutio est; Quam ob rem & Iustinianus in §. disponat, in Authent. de nuptiis: *Disponat* inquit, *testator vnusquisque vt dignum est, & sit lex eius voluntas. Vt dignum est,* inquit Glo. id est, secundum leges & bonos mores.

Vnus est textus, ex quo pro contraria sententia argumentum

mentum ſumitur non contemnendum, in l. quoties, §. ſi duo. ff. de hæred. inſtit. in illis verbis: *Si modo voluntas patrisfamilias manifeſtiſſimè non refragatur*. Cęterum reſpondeo, duplicem illa verba ſenſum habere poſſe; Vnũ, niſi patrisfamilias voluntas refragetur, hæredes ſcriptos, hæreditate non potiri, ſed fundum duntaxat habituros. Alterum, hæreditate non potiri quaſi ſine partibus, detracta fundi mentione, inſtituti eſſent. Prior ſenſus non eſt admodum probabilis: quia non dicit Iuriſconſultus in verbis præcedentibus hoc tantum, videlicet hæredes ita ſcriptos hæreditatem conſecuturos; tunc enim rectè ſubijceretur exceptio; niſi voluntas teſtatoris refragaretur; ſed Iuriſconſultus dicit, *detracta fundi mentione quaſi ſine partibus*, hęredes ſcriptos hæreditate potituros. Quam ob rem, illa exceptio, *niſi voluntas patrisfamilias manifeſtiſſimè refragatur*, huc referri debet, nempe, potituros hæreditate ſcriptos hęredes quaſi ſine partibus, & ſic æquis partibus, *niſi voluntas manifeſtiſſimè refragatur*. Quia ſi voluntas manifeſtiſſimè refragetur, potientur quidem hæreditate; ſed non ęquis partibus, perinde, ac ſi ſine partibus hęredes ſcripti eſſent, ſed ex partibus inæqualibus, prout voluntas patrisfamilias manifeſtiſſima deſignauerit. Poſterior ergò ſenſus magis eſt probabilis. Huc accedat, quod ſi priorem ſenſum admittamus, fateri cogimur, teſtatorem poſſe hoc efficere, vt in ſolo fundo hęredes habeat ex teſtamento, quod repugnat l. prima, §. ſi hæres ex fundo, ff. de hæred. inſtit. Si verò poſteriorem ſenſum amplectamur, nullum ſequitur abſurdum, & ſententiam verbis ac rationi conſentaneam colligimus. Porro ex coniecturis ab hac ſententia recedendum nec ne ſit, verbi gratia, ſi teſtator alium magis dilexerit, quàm inſtitutum in re certa, vt veriſimile ſit eum maluiſſe ad eum reliqua bona peruenire, quã ad inſtitutum in certa. Vide Cranettam de antiquit. tempor. in quarta parte principali, num. 132. & in conſi. 856. num. 17. lib. 5.

CAPVT XVI.

Cum quis vxorem ſuam in vſufructu hæredem inſtituit, alio poſt eius mortem hærede inſtituto, quæ ſit interpretatio adhibenda.



Controuertitur etiam illud, quo modo accipiẽda ſit vxoris vel alterius inſtitutio in vſufructu facta, alio poſt eius mortem inſtituto. Et duplex adhibetur interpretatio; Vna, prout verba ſonant, nempe, vt vxor vſumfructum habeat donec vixerit: alter verò, qui poſt mortem eius inſtitutus eſt, videatur ſub conditione inſtitutus. Et ſi quidem vxori fructuariæ ſuperuixerit, tunc, hæreditatem conſequatur; ſi verò præmoriatur, hæreditas accreſcat vxori inſtitutę in vſufructu. Ita Corn. in l. extraneum, C. de hęred. inſtit. Aretin. in l. filius à patre, ff. de libe. & poſtum. Couuar. lib. 2. Variar. reſol. capit. 2. nu. 5. Ruinus in conſ. 54. lib. 2. Mantica de Coniecturis vltimar. volunt. lib. 4. tit. 5. art. 7.

Altera eſt interpretatio: vxorem detracta vſusfructus mentione, in totum hæredem eſſe, ſed rogatam videri per fideicommiſſum reſtituere hæreditatem ei, qui poſt mortem inſtitutus eſt. Hanc ſecuti ſunt Alexander, in conſil. 162. lib. 2. Crauetta, in conſ. 820. lib. 5. Menoch. in conſ. 273. lib. tertio. & de præſumpt. lib. 4. capit. 141. numero 26.

Priori ſententiæ magnopere adſtipulantur voluntas teſtatoris, & verba ipſius, quę hanc interpretationem planè recipiunt; Aut igitur is qui poſt vxoris mortem inſtitutus eſt, vxori ſuperuiuet, & hæreditatem adibit, aut nõ ſuperuiuet, vel hæreditatem non adibit: Priore caſu à morte teſtatoris hæres fuiſſe videbitur; quia conditio retrotrahitur, l. quod dicitur, ff. de teſtam. milit. l. Hæres quandocunque, 54. ff. de acquir. hęred. Poſteriore autem in caſu hæreditas vxori accreuiſſe intelligitur, iuxta l. primam, §. ſi hæres ex fundo, ff. de hæred. inſtit. Et tale ius accreſcendi ad hæredes vxoris tranſmittetur, l. ſi ex pluribus, ff. de ſuis & legitim. hæred. l. qui patri, ff. de acquiren. hæred.

Poſteriorem autem ſententiam iuuant aliquæ iuris noſtri regulæ generales. Illa in primis: Hæres inſtitutus in re certa, nullo dato cohęrede vniuerſali, in totum hęres eſt, detracta rei mentione, l. prima, §. ſi hęres ex fundo, ff. de hęred. inſtit. Ergo vxor in hac facti ſpecie erit in totum hæres, quia nullus ei datus eſt cohęres. Secunda regula: Is qui ſemel eſt hęres, non poteſt deſinere hęres eſſe, l. ei qui ſoluendo, ff. de hęred. inſtit. l. & ſi ſioe, §. ſed quod Papinianus, ff. de Minoribus. Ergò vxor, quę ſemel eſt hęres, vt dictum eſt, non poteſt deſinere hęres eſſe; & conſequenter, quia poſt mortem eius alius eſt hęres inſtitutus, videbitur fideicommiſſo rogata ei reſtituere hęreditatem. Tertia regula: Subſtitutio directa fieri non poteſt alicui pagano poſt pubertatem, l. verbis ciuilibus, ff. de vulg. Ergò talis ſubſtitutio valebit in vim fideicommiſſ. argumento l. Scęuola, ff. ad Trebell.

Ego priorem ſententiam magis probo. Nam certum eſt, hęredem ſub conditione inſtitui poſſe, §. hęres, in Inſtit. de hęred. inſtit. & poſt mortem alterius, l. filius à patre, ff. de liber. & poſtumis. Is ergò, qui poſt mortem vxoris inſtitutus eſt hęres, videbitur inſtitutus ſub conditione, ſi videlicet vxori ſuperuixerit, l. hæres meus, l. quibus diebus, §. quidam Titio, ff. de cond. & demonſtr. Ergò nihil prohibet, quo minus hanc interpretationem accipiamus, quę in omnibus eſt conſentanea iuri, & menti teſtatoris. Huc accedat, quod poſterior interpretatio magnopere videtur incommoda. In primis repugnat menti teſtatoris, qui voluit vxorem eſſe fructuariam; illa verò interpretatio facit eam hęredem. Deinde directa ſubſtitutio transfertur in fideicommiſſariam abſque vlla neceſſitate, & detractioni Trebellianicę ſit locus. Denique, non eſt difficile ad argumentum contrarię ſententię reſpondere. Nam cum dicitur in argumento, nullum fuiſſe datum vxori cohęredem, id negari poteſt: fuit enim illi datus cohęres, licet ſub conditione, & poſt mortem vxoris quod iure permiſſum eſt.

CAPVT XVII.

Quid ſtatuendum cum in ſolo vſufructu hæres eſt inſtituta Vxor, & nullus alius etiam poſt eius mortem hæres inſtitutus eſt.



Sed & controuerſia eſt, quid reſpondendum, ſi vxor inſtituta fuerit in vſufructu donec vixerit, & nemo alius poſt eius mortem inſtitutus fuerit hęres, vtrum ea ſuccedat in tota hęreditate ſimpliciter detracta vſusfructus mentione; an verò ſuccedat quidem, ſed cum onere reſtituendi hęreditatem venientibus ab inteſtato, cum ipſa morietur. Etenim, rogatam quaſi per fideicommiſſum tacitè videri hęreditatem legitimis hęredibus reſtituere, reſpondit Paulus Caſtrenſis, in conſi. 241. lib. 2. Idem reſponderũt multi alii, quos refert & ſequitur Menochius, lib. 4. de pręſumpt. cap. 141. nume. 5. Cęterum, non videri, reſponderunt Corneus, in conſ. 60. nume. 6. lib. 1. & alii quos refert & ſequitur Franciſcus Mantica, de Coniecturis vltimar. volunt. lib. 4. titulo 5. in principio, num. 13.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt; quia cum teſtator auferat legitimis hęredibus hæreditatem donec vxor vixerit, ea mortua videtur velle ad eos peruenire, argumento l. vlt. C. de legatis, l. Titia, cum teſtamento, §. vlt. de leg. 2. & l. peto, poſt principium. verſ. Idem dicemus, eod. tit.

Sed poſterior ſententia magis mihi probatur; Nam certum eſt, hęreditatem ex die. & ad diem, dari non poſſe, ſed detracta temporis mentione purè relictam videri l. hęreditas ex die, ff. de hęred. inſtit. Certum eſt etiam,

ſi ex

ſi ex certa re quis hæres inſtituatur, detracta rei mentione, in totum hæredem intelligi, l. 1. §. ſi hæres ex fundo, ff. eod. tit. cùm ergo vxor in ſolo vſufructu inſtituta fuerit, donec vixerit, detracta temporis & rei mētione, cùm nullus alius cohæres datus fuerit, hęres purè, & in totum eſſe iudicabitur. Quod verò tacitè rogata eſſe videatur, hæredibus legitimis hæreditatem reſtituere nulla ratione, nulla lege demonſtrari poteſt.

Nec enim mouent, quæ ſuperius allatæ ſunt leges. Nā quod attinet ad l. vltimam, C. de legatis, Iuſtinianus hoc tantùm voluit: legata temporalia, ſiue ad tempus relicta, poſt completū tempus ad hæredem redire. Nihil id commune habet cum quæſtione noſtra. Nam in ea ſpecie, de qua Iuſtinianus loquitur; hæres erat inſtitutus in teſtamento, qui proinde lapſo tempore legatis pręſtandis conſtituto, non tenebatur de cætero præſtare. Hic verò nullus alius eſt hæres præter vxorem inſtitutus.

Quod verò attinet ad l. Titia, §. vlt. *Reſponſum eſt, licet ea verba non proponerētur, quibus teſtatricis filia fideicommiſſum petere poſſet propter voluntatem, tamen poſt patris mortem petere poſſe.* Rectè. Nam cùm teſtatrix viro ſuo multa reliquiſſet, donec is vixiſſet, ſimul voluiſſe videtur, eo defuncto, res relictas ad hæredem filiā pertinere. Quamobrem & Bartolus in Summario inquit: *Qui voluit res ad aliquem pertinere ad tempus, poſt illud videtur velle ad ſuum hæredem redire.* Ibi ergò maritus erat legatarius, & hæres inſtituta filia. Hic vxor eſt hæres & nemo alius hæres inſtitutus.

Denique, quod Papinianus ſcribit in d. l. peto, nihil iuuat priorem ſententiam; loquitur enim Papinianus, cùm teſtator & rationē habuit legitimi hęredis, & illius mentionem fecit. Verba hæc ſunt: *Idem dicemus, ſi, cùm ex aſſe ſcripſiſſet hæredem eius gratia, qui legitimus hæres futurus eſſet, ita loquatur. Peto pro hæreditate, quam tibi reliqui, quæ ad fratrem meum iure legitimo rediret, contentus ſis centum aureis.*

CAPVT XVIII.

Quid ſi vxori legatus fuerit omnium bonorum vſusfructus, alio poſt eius mortem hærede inſtituto, an valeat eiuſmodi legatum.

SEd priuſquam ad alias controuerſias tranſeamus, non eſt illa diſputatio negligenda: an legatum vſusfructus omnium bonorum valeat vxori relictum in teſtamento, alio hærede poſt eius mortem inſtituto. Quęſtio celebris, & ab antiquis Doctoribus agitata, noſtris verò temporibus plurimum illuſtrata ſcriptis duorum præſtantiſſimorum Iuriſconſultorum Franciſci Manticæ nunc Illuſtriſſimo Cardinali, de Coniect. vltimar. volunt. lib. 4. tit. 5. artic. 10. & Iacobi Menochij de Præſumpt. lib. 4. c. 141. nu. 33. Non mihi faciendū putaui, vt tanquam actuarius omnia deſcriberem, atque huc adferrem, quæ ipſi dixerunt: ſed operæpretium duxi, meam potius ſententiam breuiter adſcribere. Exiſtimo, ſaluis iuris noſtri regulis, legatum conſiſtere non poſſe; ſed tamen teſtatoris voluntatem hoc efficere, vt locum habeat, quaſi aliter dictum, aliter verò ſcriptum videatur. Primū quod aſſerui, haudquaquam probatu difficile eſt. Nam vſusfructus legatum ex die aditæ hæreditatis cedit, l. 2. ff. quando dies leg. cedat, l. vnica, §. in nouiſſimo, verſ. libertatibus, C. de cad. tollend. Hic verò hæreditas adiri non poteſt, niſi mortua vxore, quo tempore vſusfructus extinguitur, §. finitur, in Inſtitu. de Vſufruct. & conſequenter præſtari non poteſt.

Quod verò ſecundo loco dixi, non vſque adeo exploratum eſt, ſed tamen veriſimile puto, propter voluntatem patrisfamilias. Nam eius voluntas tam euixa deprehenditur legati conſeruandi, vt non aliam ob cauſam hæredem alium inſtituerit poſt vxoris mortem, & non ante, quàm vt illa vſumfructum haberet, quaſi dubitaret, ne

A alio hærede ſimpliciter inſtituto, illa vſufructu careret.

Nec improbabiliter quis dixerit, hæredem in hac facti ſpecie purè inſtitutum videri, detracta temporis mentione, argumento l. hæreditas ex die, ff. de hæred. inſtit. Neque enim vxor hoc in caſu inſtituta eſt in vſufructu, vt vigore tituli inſtitutionis dubitari poſſit, an cæteram ex iure accreſcendi conſequi valeat hæreditatem, vt in præcedentibus eſt diſputatum.

Quæ cùm ita ſint, non poſſum ſatis mirari, cur apud clariſſimos autores, quos citaui, tanta ſit difficultas ac diſputatio circa remedium, quo mulier hoc in caſu conſequi vſumfructum poſſit. Nam interpretatione hac recepta & admiſſa voluntatis teſtatoris, hæres purè intelligitur inſtitutus, & conſequenter ad legatum præſtandum ordinarijs actionibus conueniri poteſt. Vide de eadem hac quæſtione Andream Geyll, lib. ſecundo. Obſeruat. 143.

B

CAPVT XIX.

Vſufructuarius omnium bonorum ex teſtamento relictus, an teneatur æs alienum teſtatoris defuncti ſoluere.

SEd quando incidimus in vſufructuarium omnium bonorum, antequam eum relinquamus, operæprecium erit, celebrem illam controuerſiam expendere, an teneatur ad ſoluendum æs alienum defuncti. Quatuor ſunt Doctorum ſententiæ hac de re. Prima, vſufructuarium teneri. Secunda, non teneri. Tertia, non teneri quidem vſufructuarium, & hoc onus hæredi incumbere, ſed eidem hæredi permittendum, vt ex bonis hæreditarijs æs alienum in primis detrahat; deinde id, quod detracto eo ſupereſt, fructuario reſtituat. Quarta eſt ſententia fructuarium non teneri, nec hæredem poſſe ex bonis æs alienum de-
C trahere, ſed omnia bona abſq; diminutione tradere oportere fructuario, vt eis vtatur, fruatur. Vide Bartolum ad l. vlt. ff. de Vſufr. leg. Bald. in conſil. 23. lib. 2. & 477. lib. 3. & in conſ. 237. lib. 1. Gozadin. in conſ. 94. col. 5. Guid. Papæ deciſ. 541. Angelum Aretin. in §. conſtituitur, nu. 3. in Inſtit. de Vſufr. Pract. Papienſ. in forma libelli, quo agitur ad dotem, in verbo, Dedit, col. 2. Decium in conſil. 536. & 590. & in conſ. 620. in fine. Alexand. ad l. vſufructu, ff. ad legem Falcid. Couuar. lib. 2. Variar. reſol. cap. 2. nu. 4. Borgninum Caualcan. de Vſufr. mulieri relicto, nu. 211. Andręam Geyll, lib. 2. Obſer. 146. Menochium de Præſumpt. 143. poſt nu. 9.

Ego eorum ſententiam probo, qui dixerunt fructuarium ad ſoluendum æs alienum non teneri, ſed hæredē, cui id incumbit onus, deducere in primis æs alienum ex bonis poſſe, & quod ære alieno deducto, ſupererit, fructuario tradere oportere: Nam hæc ſententia textibus ſatis luculenter probatur. In primis ſpectare ad hæredem
D æris alieni diſſolutionem, probat textus in l. 1. C. ſi cert. pet. & in l. 2. C. de hæred. actio. Hęredem autem deducere æs alienum poſſe, probatur ex l. vlt. ff. de Vſufr. legato. Venuleius: *Nam ſi bonorum vſusfructus legabitur, etiam æs alienum ex bonis deducetur.* Item ex l. vſufructu, ff. ad leg. Falcid. Pomponius: *Vſufructu bonorum legato, æs alienum ex omnibus rebus deducendum eſt.*

Nec difficile eſt ad argumenta reſpondere, quibus aliæ ſententiæ nituntur. Nam illorum argumentum, qui putarunt fructuarium ad ſoluendum æs alienum teneri, ſumitur ex l. vxori meæ. ff. de Vſufruct. legato, Labeo: *Vxori meæ vſumfructum lego bonorum meorum. Quæſitum eſt an prædiorum, tam ruſticorum, quam vrbanorum, & mancipiorum, & ſupellectilis, itemq; Calendarij vſusfructus ad vxorem pertineat. Reſpondit ſecundum ea, quæ proponerentur pertinere.*

Si Calendarij vſusfructus pertinet, ergò debita & credita videntur pertinere: Calendarium enim continet debita & credita, l. qui filium, ff. de leg. 3.

Respondeo, Calendarium debita non continere, ſed nomina debitorum, & ſic credita & pecuniam iam exactam & fœnori deſtinatam, vt declarat tex. in d. l. qui filium, de leg. 3. Cum enim veteribus menſtruas uſuras facere moris eſſet, quæ ſingulis Calendis ſoluebantur, inde Calendarium eſt dictum, id eſt, negotiatio ipſa nominum faciendorum, vt diligenter explicat Connanus lib. 7. Commentar. iuris, cap. primo, nume. 12. Et verò, (bona pace doctorum uirorum dictum ſit) ineptum uidetur exiſtimare Iuriſconſultum in dicta l. vxori meæ, ff. de vſufr. legat. illud quærere, an vſufructu à teſtatore legato, debita ipſius legantis contineantur ſub Calendarij nomine: niſi hoc uoluerint, etiam debita contineri in conſequentiam creditorum, vt qui vſumfructum habet creditorum, onus etiam ſubire debeat debitorum: ſed tunc nec tex. d. l. vxori meæ; ad rem faciet, nec bona erit illa conſequentia; eum ad hæredem onus ſoluendi æs alienum pertineat, ad quem ſpectat emolumentum & commodum hæreditatis.

Argumentum uerò poſtremæ ſententiæ ſuperius à nobis relatæ, illud mihi videtur; quoniam ita onus æris alieni ſoluendi ad hæredem ſpectat, vt debeat fructuarius veluti legatarius eo nomine indemnis ſeruari; quod non fieret, ſi ea detractio permitteretur. Sed iſta ratio locum habere poſſet in legato vſuſfructus rerum aliquot particularium, non autem in vſufructu omnium bonorum legato; ſi quidem perſpicuum eſt bona appellari, quæ deducto ære alieno ſuperſunt, l. ſubſignatum, §. bona, ff. de verborum ſignific. & cum clariſſimi ſint textus, quibus hæc deductio manifeſtè probatur, non puto cuiuſquam rationes tanti æſtimandas, vt ueritati ac legi anteponantur.

CAPVT XX.

Inſtitutus in re certa, an comprehendatur in conceſſione emphyteuſis facta pro hæredibus.



Nequam ad alia transeamus, cum multas de inſtituto in re certa, controuerſias tractauerimus, non putauimus illam omittendam: an filius in re certa inſtitutus, comprehendatur in emphyteuſi conceſſa pro filiis hæredibus. Et hac de re tres extare Doctorum ſententias animaduertimus. Vna eſt Bartoli, in l. vt iuriſiurandi, §. ſi liberi, ff. de oper. libert. qui reſpondit, inſtitutum in re certa, obtinere debere partem rei in emphyteuſim conceſſæ, exemplo filiorum patroni, qui à liberto exigere poſſunt operas debitas, quamuis patroni defuncti hæredes ſint ex partibus inæqualibus, vt in d. §. ſi liberi, talibus enim liberis, vt hæredibus operæ debētur, l. cum patronus, §. 1. ff. eo. ti.

Altera eſt ſententia Pauli Caſtrenſis, ad l. quoties, C. de hæred. inſt. ſi de re Eccleſiaſtica in emphyteuſim conceſſa agatur, quoniam illa ad filios tantum, non etiam ad extraneos tranſit, tunc ueram eſſe Bartoli ſententiā; quia maior eſt habenda ratio eius, quòd ſit filius, quàm quòd ſit hæres. Cæterùm, ſi de re in emphyteuſim data à priuatis, ſit quæſtio, quoniam illa etiam ad extraneos hæredes peruenire poteſt, tunc veram non eſſe Bartoli ſententiam, ſed iſtud etiam requiri, vt filius ſit hæres, & ideo inſtitutum in re certa, non eſſe admittendum; quia uidetur eſſe legatarius, vt in d. l. quoties, C. de hæred. inſtit.

Tertia eſt ſententia neta & communis, emphyteuſim hoc in caſu non pertinere ad filium in re certa inſtitutum, ſed ad filios hæredes; quia duo hæc coniunctim requiruntur, vt filij ſint, & ſimul etiam hæredes. Hæredis autem appellatione continetur uniuerſalis ſucceſſor, l. quædam, §. nihil intereſt, ff. de edend. Hæredes enim iuris ſucceſſores ſunt, l. quoties, §. hæredes, ff. de hæred. inſtitu. Ita docent Alexand. Iaſon & Iacopinus,

A in dicto §. nihil intereſt, Couuarru. lib. ſecundo, variar. reſolut. cap. 2. poſt nume. 5. Iulius Clarus §. emphyteuſis, quæſtio. 38. Bellouus Supputationum Iuris lib. quarto, cap. 18.

Ad argumentum Bartoli reſponderi poteſt, aliam eſſe rationem eius, qui inſtitutus ſit pro parte inæquali hæres, de qua ſpecie loquitur textus in dicto §. ſi liberi, de quo in argumento, talis enim ita inſtitutus hæres, nihilominus hæres eſt uerè & propriè, cum in partem hæreditatis ſuccedat, vnde meritò etiam in partem rei emphyteuticæ ſuccedere debet. At nos de filio loquimur in re certa inſtituto, qui alio hærede inſtituto, non eſt hæres, ſed inſtar legatarij, l. quoties, C. de hæredibus inſtitu. neque enim in ius uniuerſale, aut in totum, aut pro parte ſuccedit, ſed in re particulari duntaxat & certa.

B

CAPVT XXI.

De hærede in re certa inſtituto, an ſit in poſſeſſionem mittendus, ex l. vlt. C. de edicto Diui Adriani tollend.



Nſtitutum in re certa, in teſtamento non abolito, non cancellato, neque ex aliqua parte uitiato, mittendum eſſe in poſſeſſionem, ex l. vltima, C. de edicto Diui Adriani tollendo, cenſuerunt Curtius iun. in Commentarijs dictæ l. vlt. nume. 38. & alij, quos refert & ſequi videtur Tiraquellus, in tracta. *le mort ſaiſit*, parte ſecunda, Declaratione 4. num. 13. Quorum illud eſt argumentum, quod ſecundum illam legem hæres etiam ex parte mittendus ſit in poſſeſſionem bonorum defuncti: inſtitutus autem in re certa, videtur eſſe aliquo modo hæres, aut hæredi ſimilis, cum poſſit autoritate propria poſſeſſionem accipere bonorum, in quibus inſtitutus eſt, ad

C inſtar hæredis, vt docet Bartolus, in l. ex facto, nume. 2. ff. de hæred. inſtit. Alexander & Iaſon, ad l. quoties, C. eod. titu. Ex quo ſequitur, eum multo magis eam poſſeſſionem autoritate Iudicis obtinere poſſe. Denique, non videtur vlla ratio diuerſitatis inter hæredem & inſtitutum in re certa, vterque enim à teſtatore inſtitutus eſt, cuius voluntatem executioni mandati publicè intereſt, l. vel negare. ff. quemad. teſtam. aper.

Sed contrariam ſententiam magis probabilem exiſtimo; quoniam inſtitutus in re certa, re uera non eſt hæres, ſed inſtar potius legatarij, dicta l. quoties, C. de hæred. in ſtit. lex autem illa de hærede loquitur. Nec obſtat, quod poſſit autoritate propria poſſeſſionem bonorum accipere; quia, vt maximè id verum ſit, de quo iam non diſputo, non tamen efficitur eum hæredem eſſe. Et dum dicitur: Si poteſt autoritate propria: Ergò multo magis ex l. vlt. Negatur: quia conſequentia non eſt bona. Illa eſt bona collectio; Ergò multo ma-

D gis Iudicis autoritate ex remedio iuris ſibi competente, poſſeſſionem accipere poterit.

Non obſtat quod dicitur, non eſſe rationem diuerſitatis inter inſtitutum in re certa, & hæredem; quia immò eſt diuerſitatis ratio, illa nempe, quòd hæres ad onera hæreditaria tenetur: & vicem ſuſtinet defuncti; quamobrem, eum ſtatim in poſſeſſionem mittendum, ſumma ratione & æquitate conſtitutum fuit; vt ſcilicet exequeretur ea, quæ teſtator iniunxit, actionesque exciperet, & exerceret, ac perſonam defuncti repræſentaret; Non talis eſt inſtitutus in re certa, nec tanto fauore dignus, ac proinde non eſt in eo eadem ratio, quæ in hærede,

CA-

CAPVT XXII.

Vtrum filiæ hæres ex testamento vel ab intestato, mittenda sit in possessionem bonorum feudalium, contradicentibus agnatis, tanquam vocatis ex inuestituris feudalibus.

SI proponatur patremfamilias decessisse hærede relicta filia ex testamento, vel ab intestato, & adsint feudalia bona, an in possessionẽ eorum sit mittenda: an uerò potius agnati, qui contendunt, feuda ad se pertinere, controuersi iuris est. Et hic totius difficultatis vertitur cardo, quia dicit tex. in cap. 1. §. inter filiam, si de feudo defuncti controuersia fuerit inter dominos & agnatos vasalli: *Inter filiam defuncti & agnatos defuncti, de quodam prædio mota est quæstio, agnatis feudum, filia verò allodiũ esse asserentibus, super possessione apud quem manere deberet, quærebatur. Responsum est, apud filiam possessionem interim esse collocandam.*

Huius ergo textus argumento, filiam esse in possessionem mittendam. Etiam quando constet bona esse feudalia, primus omnium Ioan. Andreas docuit, quem & alij omnes autorem laudant, in add. ad Specul. ti. de Testamen. §. pen. vers. personam, vbi ait, post missionem demum esse cognoscendum ad quem feudum pertineat. Sequitur Alex. ad l. vlt. col. vlt. & ibid. Iason, num. 36. C. de edicto Diui Adriani tollen. & alij à Menochio citati, de adipiscen. possess. remed 4. nu. 375. & post eum ab Hartmanno Pistorio, Quæst. iuris, lib. 2. parte posteriore, c. 39. num. 32. Quibus (quatenus de filia ex testamento hærede loquuntur) astipulari uidetur ipsa l. vlt. C. de edicto Diui Adr. toll. vbi generaliter est constitutum, hæredem esse mittendum in possessionem omnium bonorum defuncti. Non obstat, si dicatur, in feudis regulariter fœminas non succedere; quoniam in multis casibus succedunt, vt in c. 1. de natura success. feud. cap. 1. de feudo fœmin. & alibi.

Cæterum, in his terminis, in quibus loquimur, videlicet, quando constat bona esse feudalia, non esse filiæ, sed agnatis tradendam possessionem, responderunt Iason in consi. 152. lib. 4. Goxad. in consi. 12. num. 8. Albert. Brunus in consi. 18. nu. 18. Alba in consi. 78. nu. 16. Plotus ad l. si quando, nu. 111. C. vnde vi, Iacop. in d. l. vlt. C. de edicto diui Adria. toll. nu. 49.

Horum argumentum illud est, quia fœminæ regulariter feudorum sunt incapaces, & illa pertinent ad hęredes masculos, cap. 1. §. filia, de success. feudi, c. 1. §. Hoc autem notãdum, qui feudum dare possunt, c. 1. §. ad filios, de success. fratris. Quamobrem agnati & hæredes masculi, ad quos feudum spectat, uidentur potius in possessionẽ mittendi, quàm filia ad quam non spectat.

Tertia est sententia Iacobi Menochii, in d. remed. 4. nume. 381. de adipiscen. possess. vt siquidem constet bona esse feudalia, & præterea etiam agnati probationes in promptu habeant, eius esse qualitatis, vt fœminę non succedant, tunc agnatis danda sit possessio, aliàs secus, & ita uidetur opiniones Doctorum conciliare ac interpretari.

Mihi verò ea sententia uidetur probabilior, quæ masculis hæredibus siue agnatis feudorum possessionem adiudicat, & multo magis, vbi ex inuestituris constat fœminam succedere non posse; sed solos masculos agnatos, explosa prorsus prima illa opinione, quæ nullum habet fundamentum solidum. Nam cum fœminæ regulariter in feudis non succedant, sed agnati & hæredes masculi, ipsi iam fundatam habent intentionem, ut loquuntur nostri, tum ad fœminam excludendam, tum ad obtinendam pro se ipsis bonorum possessionem. Illis enim procul dubio dari debet, quibus à lege delata est, non alijs, qui non uocantur. Et licet in aliquibus casibus fœminæ in feudis succedant, dum tamen de hac re

A disputatur & cognoscitur; quia regula iuris ipsis fœminis aduersatur, fauetq; agnatis, iustius est & æquius, vt interea possessio tradatur masculis hæredibus quàm fœminis. Sic & textus in dicto § inter filiam, dum cognoscitur an res sit feudalis vel allodialis, mandat fœminæ possessionem tradi; quia filia rem allodialem esse asserẽs regulam pro se habet, qua dicimus quamlibet rem præsumi liberam, & nulli obnoxiam seruituti, l. altius, C. de seruit. & aqua. Et licet feudalis esse possit; interea tamen visum est iuri magis consentaneum, fœminam in possessione esse, cui iuris regula fauet, quàm agnatos, quibus aduersatur.

Ex quibus manifestum euadit, fundamentum prioris sententiæ nixum d. §. inter filium, & perquam infirmum esse, & potius nostræ sententiæ suffragari, si ratio tex. rectè perpendatur.

Quòd vero attinet ad l. vlt. C. de edicto Diui Adriani tollen. illa prorsus nullum præstat argumentum, si qui-

B dem, cur hæres in testamento institutus, in possessionem bonorum defuncti mittendus sit, illa est ratio; quia hæres succedit in uniuersum ius defuncti, l. nihil aliud, ff. de regulis iur. sed fœmina in feudo non succedit, meritò in possessionem mitti non debet, nisi prius cognitum fuerit tale esse feudum, in quo etiam fœminæ succedant.

CAPVT XXIII.

Ex quibus rebus legitima filiorum detrahenda sit.

CVm filijs legitima in bonis parentum debeatur, eaque sit triens, si filij sint quatuor, vel semis, si plures existant, vt notum est ex Nouella Iustiniani de Triente, & Semisse. Controuersia est nonnulla, in quibus

C bonis debeatur, seu ex quibus detrahenda sit: Quam rem ego quatuor propositis conclusionibus commodè explicari posse iudico. Prima conclusio. Ex bonis iuri primogenituræ subiectis, vt cum nostris loquar, velut sunt Regna, Ducatus, Marchionatus, & similia, hæc enim primogenito ex consuetudine deferuntur, legitima detrahenda non est. Huius assertores conclusionis sunt Guido Papæ, decisio. 476. Glos. in cap. licet, de voto, Panormitan. in consil. duodecimo, in tertio dubio, lib. primo, & alii, quos refert & sequitur Tiraquellus, de iure primogeniorum, quæstio. quinta. Ergo, si princeps plures habeat liberos, in principatu succedet primogenitus, nec ex eo legitima debetur alijs filijs; licet aliquid aliud in pecunia, vel in alia re sit dandum, ex quo alimenta, & alia necessaria consequi possint.

Et huius conclusionis ratio est: quia eiusmodi dignitates diuidi non debent, vt in c. 1. §. præterea ducatus, de

D prohibita aliena. feudi per Fridericum. Nam vt Aristoteles inquit lib. 12. Metaphysicor. *Multos imperitare malum est, Rex vnicus esto.*

Secunda conclusio: Legitima debetur, iusteque deducitur & assignatur ex bonis feudalibus & emphyteuticis, si sint hæreditaria, id est, concessa pro hæredibus quibuscunque. Ita docent Bart. ad l. 1. § nec Castrensc, nu. 6. ff. de collat. bono. Ripa, ad l in quartam, nume. 177. ff. ad leg. Falcid. Clarus, in §. feudum, q. 46. Menoch. in consil. 251. num. 61. lib. 3.

Probatur hæc conclusio; quia talia bona sunt sicut cætera hæreditaria & patrimonialia, quæ allodialia uocantur. Quare sicut ex alijs bonis legitima debetur, ita & ex illis.

Tertia conclusio: Legitima non debetur, neque assignari potest ex bonis feudalibus ac emphyteuticis, quæ hæreditaria non sunt, sed concessa pro filiis & descendentibus, Doctores appellant ex pacto & prouidentia, si non acquisita sint à patre, sed ab auo, vel alijs ascen-

S 2 den-

dentibus, vti declarant Alexander, in consil. 29. nume. 4. lib. 5. Ripa, in l. in quartam, nu. 179. ff. ad leg. Falc. Ratio est: quia legitima est pars bonorũ patris, de cuius successione agitur. Hæc autem bona nõ sunt à patre profecta, seu acquisita, sed ab auo; Et consequenter quasi aduentitia ipsis filijs, & non patris, sed aut beneficio parta, argumento l. quæsitum, ff. de leg. 1.

Quarta conclusio: Legitima non debetur ex eiusmodi bonis feudalibus & emphyteuticis à patre acquisitis, si non hæreditariæ sint concessiones ac inuestituræ; sed ex pacto & prouidentia. Ita docent Ang. in §. optimè, in Authen. de nuptijs Castren. ad l. si patroni, ff. ad Treb. Alex. in cons. 89. nu. 5. lib. 4.

Fundamentum est: quia hæc bona filius non videtur habere patris beneficio, siue à patre ipso; sed potius à domino, qui concessit ac inuestiuit patrem & filios: legitima verò debetur ex substantia patris, l. scimus, §. Repletionem, C. de inoff. testam.

Contrariam sententiam habuerunt multi, quos refert & sequitur Alex. in consi. 29. nu. 4. lib. 5. & in l. si patroni, ff. ad Treb. Ripa ad l. in quartam, num. 178. ff. ad leg. Falc. Clarus, §. feudum, q. 46.

Fundamentum est, quoniam filius hæc bona videtur à patre habere. Primo, quia pater illa acquisiuit. Secundo, quia poterat illa alienare. Tertio, quia poterat ipsa feuda refutare in manus domini, vt loquuntur feudistæ. Postremò, quia cum stipulauit pro se, & filijs, primo sibi stipulari & acquirere intelligitur, deinde filijs: & sic uidetur mortis caussa hæc bona filijs donare, argumento, l. 2. ff. de donat. cau. mort. Donatio autem caussa mortis in legitimam filio imputatur, l. etiam, §. si patrono, ff. de bonis libertor.

Respondeo, si pater emerit eiusmodi bona, & preciũ numerauerit, argumenta supra dicta locum sibi uindicare. Et aliud præterea argumentum, quod sumi potest ex l. omnimodo, §. imputari, C. de inoffic. testam. vbi in militia, quã pater emit, ita cõstitutum est, vt in legitimã imputetur. Cæterum, si de feudo agatur, quod ex mera gratia & beneficio domini processerit, argumenta illa cessare videntur: quia non immediatè ex patris substãtia proueniunt eiusmodi bona. Nec obstat, quod pater potuisset non acquirere, vel refutare, vel alienare; quia, secundum Philosophos, caussa remouens prohibens, non dicitur esse caussa per se, sed per accidens.

Non obstat, quod dicitur, patrem dum stipulatur primo sibi, deinde filijs, videri mortis caussa donare, quia id iure non probatur. Et cum ipse non det filijs, sed tantum recipiat, non potest ulla donatio fingi, quæ proueniat ex patre, sed ex domino qui feudum dedit.

Si tamen proponatur feudalia bona fuisse concessa filijs, contemplatione ipsius patris & non filiorum, tunc putarem ea profectitia esse, argumento l. cum in plures, § in arrogato, ff. de vulg. & l. profectitia, vers. *Et quid si quis patri donauerit*, ff. de iure dotium. Et consequenter in legitimæ ratione computanda, sicut cætera bona, quę ex patris substantia proficiscuntur.

CAPVT XXIV.

Vtrum patris testamentum inter liberos valeat, si vni ex filijs legitimam absque titulo institutionis relinquat.

TEstamentum patris inter liberos ualere, quo vni ex filijs legitima absque titulo institutionis relicta sit, autor est Accursius, in Auth. Nouissima, C. de inoffic. testam. in ver. titulo, & alij, quos refert & sequitur Ias. ibi, nume. 16. Argumenta uerò sunt ista. Primum, quia testamentum etiam imperfectum inter liberos est seruãdum, vt in l. hac consultissima, §. ex imperfecto, C. de testam. Ex quo sumitur argumentum non esse necessario adhibenda iuris solennia: ergo multo minus illud erit necesse, vt institutionis titulo legitima relinquatur. Id enim ad solennia pertinere dubium non est.

A Secundum argumentum est ex cap. Rainucius, de testam. quatenus ibi S. Pont. mentionem facit cuiusdam testamenti, in quo simpliciter titulo legati relictum aliquid fuit uni ex filijs, & illud testamentum ualere presupponit, nec infringit.

Tertium est ex traditis per Bartolum in l. 1. nume. 62. C. de sacrosanct. eccles. docet ibi Barto. testamentum ad pias caussas, in quo legitima filio relicta titulo institutionis non est, valere: quia in eo testamento non requiruntur Iuris Ciuilis solennitates. Sic ergo dicendum uidetur etiam in testamento inter liberos; quia nec in eo tam subtiliter exigi oportet iuris ciuilis solennitates, relinqui posse legitimam absque titulo institutionis.

Quartum argumentum est: quia receptum est testamentum ualere, quo legitima titulo legati filiis relinquitur, si contineat clausulam, omni meliori modo, ut do-

B cet Baldus, in l. quoties, C. de hęred. instit. Marsilius Singul. 36. Sed hęc clausula, omni meliori modo, tacitè intelligitur in testamento inter liberos, ut tradit Glos. in l. coheredi, §. cum filiæ, in verbo, *non valebit*, ff. de vulg. ergo testamentum inter liberos valebit absque titulo institutionis.

Sed contraria sententia est communior, & ut mihi uidetur, etiam uerior. Vide Couuar. in cap. Rainucius, §. 1. numero 2. de Testament. Clarum, §. Testamentum, quæstio. 8. vers. sed pone testator. Fundamentum illud est solidum, quod generaliter sancitum est à Iustiniano, in §. aliud quoque capitulum, in Authen. vt cum de appell. cognosc. filios esse instituendos, vel ex iustis caussis exhæredandos, & sic à parentibus honorabili institutionis titulo vocandos ad hæreditatem. Cum ergo Imperator de testamento loquatur condito a parentibus, perspicuum est, ipsum loqui etiam de testamento inter liberos confecto & scripto. Quare omnis dubitatio est ina-

C nis & superuacanea.

Ad primum argumentum respondeo, & si voluntas patris inter liberos seruanda sit, etiam ex testamento imperfecto, quod scilicet vel subscriptione testium destitutum sit, vel signaculis, vel id genus alijs solennitatibus, non tamen obtinere potest, si & ipsa institutione filiorum, siue honorabili institutionis titulo destitutum sit. Immo vero tale testamentum rescindi poterit, vt d. Nouella Constitutione Iustiniani habetur.

Ad secundum respondeo, nullum posse fundamentum poni in cap. Rainucius, quia narrat tantum Summus Pontifex testamenti tenorem, in quo filio aliquid relictum fuit, sed quo titulo relictum fuerit, & quo modo non explicat. Quamobrem intelligi debet, relictum fuisse eo modo, quo relinqui oportuit, vt declarat optimè Couuar. ibi, nu. 7.

Ad tertium ex autoritate Bartoli responderi potest, eius sententiam iure non probari nec defendi posse.

D Ad quartum negatur in testamento inter liberos tacitè illam Clausulam, Omni meliori modo intelligendam esset, & illam Glos. multi reprobarunt, vt per Couuar. loco annotato, num. 3.

CAPVT XXV.

Quid si parens in testamento dicat, se filio centum pro sua legitima relinquere.

SEd rursus controuertitur: quid si pater dicat in suo Testamento; Titio filio meo centum pro sua legitima relinquo, vtrum ualeat, ac sufficiat, licet non dixerit instituo? Respondit Bartolus sufficere; quia intelligitur relicta eo modo, quo relinqui debet, hoc est, titulo institutionis, ita inquam respondit in consi. 151. Idem respondit Franciscus Tigrini eius coætaneus in consilio immediatè sequenti inter consilia eiusdem Bartoli. Sed con-

contrarium quidam alius eadem tempestate Iurisconsultus respōdit, cuius responsum est ibidem impressum post consilium Francisci Tigrini. Bartoli sententiam probarunt Castrens. & Decius in l. humanitatis, C. de Impub. & alijs substit. Clarus alios citans, §. Testamentum, q. 38. vers. Sed quid si dicat. Diuersæ autem sententię adstipulati sunt Salyc. ad l. quoties, C. de hæred. instit. Alexand. ad l. nam quod, §. non omnis, col. 3. ff. ad Treb. & in consil. 70. lib. 2. Iason in Auth. Nouissima, nu. 28. C. de inoff. testam. Couuar. alios citans in c. Rainucius, §. 1. num. 6. de Testam.

Fundamentum Bartoli est hoc, quod cum parens ita relinquit, videatur tacitè relinquere eo modo, quo oportet; & sic titulo institutionis, argumento, l. vlt. C. de necess. ser. hæred. instit. l. sciendum, ff. de verb. oblig. cum alijs similibus testimonijs, quibus dici solet, intrinsecam solennitatem præsumi adhibitam fuisse.

Fundamentum verò contrariæ sententiæ est illud; quod in proposita facti specie titulus institutionis non fuerit adiectus, qui tamen necessariò requiritur, ut in d. Nouella Iustiniani. Vt cum de Appell. cog. § aliud quoque capitulum. Neque enim verbum, (Relinquo) certę rei adiectum, institutionem importat, vt declarat Bart. in l. Centurio, nu. 33. ff de vulg.

Hæc sententia contra Bartolum videtur mihi sanè probabilior; quia si titulus institutionis esset præsumendus, non esset opus illum adijcere, nec vnquam testamētum eam ob causam rescinderetur, quod legitima non esset relicta institutionis titulo; semper enim dici posset, illum titulum institutionis tacitè subaudiendum, ac intelligendum. Quam ob rem, vana esset Iustiniani Constitutio in d. Nouella.

Nec me mouent argumenta Bartoli. Nam quod attinet ad primum, longè diuersam habet rationem; quia cum seruum quis hæredem instituit, necesse est vt libertatem ei reliquerit, vt in lege allegata: quia alioqui nec hæres esse posset, sed filius potest consequi ea, quæ relicta sunt, etiam si titulo institutionis non fuerint relicta.

Quod verò dicitur in l. sciendum, ff. de verbor. oblig. *Si quis scripserit se fideiussisse, videri omnia solenniter acta*, nihil obstat; quia loquitur in dubio, cum scilicet non apparet an solennia fuerint adhibita; neque enim rectè scriptum esset *fideiussisse*. Sed hic versamur in claris, cum in Testamento prætermissus fuit titulus institutionis; & pater dixit, se relinquere pro legitima, non est hic dubium, an adiecerit institutionis titulum testator, necne; apparet enim non adiecisse. Quare longè dissimilis est casus, & longè dispar ratio.

CAPVT XXVI.

Vtrum legitima filiorum augeatur auctis patrisfamilias facultatibus post eius mortem?

Bona defuncti patrisfamilias augeri possunt vel extrinsecè, vel intrinsecè (placet enim vti vocabulis vsitatis apud pragmaticos Doctores.) Extrinsecè dicuntur augeri, cum aliquid eis accedit, vel alluuione, vel alias ob causas. Intrinsecè verò, cum eorum æstimatio crescit: sæpè enim accidit, vt rerum precia pro diuersitate temporum varia sint ac diuersa. Et quidem si de extrinseco agatur augmento, communis est sententia, cui & ipse assentior, legitimam non augeri. Ita docent Paulus Castrens. & Alexander, in l. in ratione, 30. ff. ad legem Falcid. Romanus Sing. 128. Volo tibi vnum dicere, & alij, quos refert & sequitur Curtius senior in cons. suo omnium vltimo.

Et probatur hæc sententia ex l. cum quæritur, C. de inoff. testam. ibi: *Si quartam partem mortis tempore testator reliquit.* Et ex l. si patronum, 44 §. si ex bonis, ff. de bonis libert. Solet autem in cōtrarium adferri, l. serui qui, 42. ff. ad leg. Falcid. Sed vera & communis est solutio, illum textum loqui de Falcidia, non autem de Legitima.

A Ratio diuersitatis est; quia vt Falcidiæ locus non sit, latior fieri debet interpretatio: sic enim legata non minuuntur, & voluntas defuncti executioni mandatur. Alia ratio est in Legitima. Nam si ea filio sola sit relicta, iam apparet noluisse defunctum plus filium habere; si verò non reliquit, Testamentum non valet, sed rescinditur.

Cæterum, si de intrinseco augmento agatur, controuersia est inter Doctores; an inspiciendum sit tempus mortis testatoris, vel tempus, quo Legitima ipsa petitur. Sit hæc facti species: Decessit paterfamilias relictis bonis æstimationis trium millium aureorum, hæc bona post decem annos æstimantur sex millibus. Quæritur, an filius qui legitimam suam portionem non nisi post decem annos à parentis morte petijt, debeat illam obtinere secundum æstimationem eius temporis, quo pater vita functus est, quod si fiat, mille consequetur: an

B verò secundum æstimationem eius temporis, quo illam petit, quod si concedatur, longè plus obtinebit, vt patet.

Et quidem inspiciendum esse mortis tempus, & eius temporis præstandam esse æstimationem, censuerunt Baldus, in cons. 22. lib. 4 Curtius senior in cons. suo omnium vltimo. Curtius iunior in cons. 21. nu. 14. Hippolitus Riminaldus alios citans, in cons. 148. lib. 2.

Argumenta sunt ista: Primum; legitima est portio bonorum, quæ erant tempore mortis patris, l. cum quæritur, C. de inoff. testam. Ergò debet assignari filio secundum ęstimationem eiusdem tēporis mortis patris; quia si ea ęstimatio non obseruetur, filius aliquando plus, aliquando minus habebit, quàm tempore mortis patris esset habiturus.

Secundò, legitima non augetur, licet bona patris post eius mortem augeantur extrinsecè, quoad quantitatem, vt inter omnes conuenit, ergò idem respondendum est, si bona patris augeantur quoad æstimationem, & pre-

C cium.

Tertiò, nisi tempus mortis patrisfamilias per omnia spectetur, etiam quantum ad ęstimationem, semper erit incertum, quanta sit legitima filij, quia semper bona augeri vel minui possunt, quoad æstimationem. Hoc autem est absurdum; Ergò, &c.

Contrariam sententiam habuerunt Corneus in consil. 263. libro 2. Gratus respond. 79. libro 2. Bertrandus, 141. libro 2. Berengarius ad l. in quartam, num. 122. ff. ad leg. Falcid.

Et hæc sententia mihi verissima videtur. Namq; augmentum, ac diminutio ęstimationis bonorum ad eum pertinere debet, ad quem bona pertinent, l. in ratione, 30. ff. ad leg. Falcid. l. pignus, C. de pig. act.

Sed legitima ad filium pertinet statim à morte patris, l. Scimus, §. cum autem, C. de inoffic. testam. ibi: *Quia nostra constitutio omnem dilationem, omnemque moram censuit esse subtrahendam, vt quarta pars pura, & mox*

D *filio restituatur*, &c.

Ergò omne augmentum, ac diminutio legitimę portionis ad filium ipsum spectare debet.

Omitto cætera argumenta, quia non videntur mihi tam fortia, ac vrgentia.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis respōdeo, legitimam esse portionem tertiam, vel semissem bonorum, quæ tempore mortis erant. Et ideò rectè infertur, eius augmentum ad filium pertinere; quia si tempore mortis patris illam habuisset, procul dubio etiam eiusmodi commodum habuisset augmenti: Nec absurdum est, filium plus consequi ratione auctæ huiusmodi æstimationis, quam tempore mortis habuisset; Id enim fit ex accidenti, hoc est, ex mutatione precij rerum & varietate, quā varia, ac diuersa tempora inducere solent.

Ad secundum argumentum iam responsio patet; quia alia est ratio augmenti extrinseci, alia intrinseci quoad ęstimationem, vt dictum est.

Ad tertium respondeo negando incertitudinem respectu corporum, hoc est, bonorum ipsorum defuncti i

S 3 legi-

legitima enim erit semper tertia pars, vel semis pro numero liberorum, Respectu verò æstimationis, nil refert an sit certitudo, necne, eo enim pacto omnibus incertũ est quid & quantum possideant, quoniam æstimatio bonorum indies mutatur, vt notum est.

CAPVT XXVII.

Si filio legitima à patre viuente fuerit assignata, vtrum auctis facultatibus patris, mortis eius tempore possit filius eam petere secundum bonorum quantitatem, quæ tempore mortis reperietur.

PAter filio legitimam suam dedit, postea factus est ditior, & mortuus est, filius petit legitimæ quantitatem iuxta tempus mortis, habita scilicet bonorum ratione postea quæsitorum. Quæritur an rectè petat. Non rectè petere, sed contentum esse debere quantitate bonorum sibi data à patre viuente pro legitima, docuerunt Iacobus Butrigarius, in l. pactum, C. de Collat. Roman. in l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verb. oblig. & alij, quos refert, & sequitur Guilhelmus Benedictus, ad c. Raynucius, in verſ. Duas habens vxores, num. 242. de Testam. Menoch. de Arbitr. iudic. Casu 149. nu. 18.

Fundamentum est, quia filius habuit legitimam iuxta facultates patris tunc viuentis, & sic cum voluerit eã ante tempus habere, sibi imputare debet; nec enim se læsum fuisse allegare poterit ex eo, ꝙ pater alia bona quæsierit; quia potuisset amittere, & in summa paupertate mori; quo casu nemo diceret filium aliquid restituere oportere, quasi plus debito accepisset, habita ratione bonorum quæ tempore mortis erant: Itaque cum ita se res habet, vt lucrum, & commodum parere possit, idque pendeat ex incerto, ac futuro euentu, læsio allegari, ac deceptio non potest, l. de fideicommisso, C. de Transact. l. 1. C. de pactis, l. si ea lege, C. de vsuris.

Huc accedat, quod ad læsionem cognoscendam inspiciendum sit tempus rei gestæ, l. voluntate, ad finem, C. de rescind. vend. l. habitationum, ff. de periculo, & cõmodo rei vend. sed si tempus, quo legitima assignatur, inspiciatur, nulla apparet læsio ipsius filij; quia tunc pater non habebat plura bona, ergo nulla læsio allegari potest.

Contrariam sententiam habuerunt Paulus Castr. & Alexand. in l. in ratione, 30. ff. ad leg. Falc. Iason in Authen. Nouissima, num. 9. C. de inoff. testam. & alij, quos refert & sequitur Couuar. in c. quamuis, in 3. parte, §. 1. nu. 2. de pactis, lib. 6. quibus adde Vasquium de successio. Creatione, lib. 2. §. 20. 4. parte, nu. 221. & D. meum Cephalum, in conſ. 165. nu. 15. lib. 2.

Et hæc sententia mihi probabilior videtur, & satis luculenter probari, ex l. si quando, §. 1. C. de inoffic. testam. *Si quis* (inquit) *à patre certas res, vel pecunias accepisset, & pactus fuisset, quatenus de inofficioso aduersus testamentum paternum querela ab eo minime moueretur.* Et paucis verbis interiectis, *huiusmodi pacto filium minimè prægrauari secundum Papiniani responsum, in quo definimus meritis magis filios ad paterna obsequia prouocandos, quam pactionibus adstringendos.*

Si non prohibetur filius impugnare testamentum, & consequenter plus petere, & consequi pro legitima portione, licet pactus fuerit, de non petendo, & de testamento non impugnando: cum certas res à parente pro legitima, vt ego interpretor, accepit: ergò multò minus prohiberi debet cum simpliciter accepit certas res pro legitima, & nihil pactus est in contrarium. Huc accedat ratio: nam legitima portio moderanda est ex bonorum quantitate, quæ tempore mortis patris repetiuntur, l. cum quæritur, C. de inoffic. testam. Cum igitur mortis tempore facultates auctæ reperiantur, manifestum est ex illis ita auctis legitimæ portionem esse constituendam.

A Ad argumentum contrariæ sententiæ respondeo; nõ eam ob causam filio licere suam petere legitimam secundum quantitatem bonorum, quæ tempore mortis patris est, quia videlicet ex pactione sit læsus, qua legitimã illi pater viuens assignauit, sed alia de causa; nempe, quia aut filius res certas pro legitima accipiens, pollicitus est se nil amplius petiturum, & talis promissio nihil valet; aut nec tacitè, nec expresſè promisit, & tunc nihil proponitur, cur petere non possit legitimam sibi assignari pro quantitate bonorum, quæ pater mortis tempore reliquit. At voluit inquies ante tempus habere legitimam, ergò sibi imputare debet, nec enim si bona patris diminuta essent, aliquid restitueret. Respondeo, filium quidem ita voluisse, sed eiusmodi pactiones iure non probari, sed potius reijci, ac proinde siue auctis, siue diminutis paternis facultatibus totam hanc legitimam portionem ad suum tempus referendam esse, & ex bonis relictis à defuncto prorsus moderandam fore.

B

CAPVT XXVIII.

De legitima parentum, & fratrum, an sit triens vel quadrans.



FIliorum legitimam non vt antiquo iure quadrantem hæreditatis, sed trientem esse, inter omnes constat ex Nouella Iustiniani de Triente, & Semisse. Sed & parentum legitimam esse trientem, vera & communis est sententia, vt notat Iason in Auth. Nouissima, num. 36. C. de inoff. testam. Castr. in Auth. Ex causa, num. 2. C. de lib. præter. & Rolandus à Valle, in conſil. 39. lib. 3. Et satis clarè probatur ex d. Nouella de Triente, & Semisse, in illis verbis: *Hoc obseruando in omnibus personis, in quibus ab initio antiqua quarta ratio de inofficioso lege decreta est.*

C Cæterum, an idem constitutum sit in ea legitima, quæ fratribus debetur, quoties turpis persona est instituta, nonnulla est inter Doctores controuersia. Etenim auctam non esse fratrum legitimam, sed quadrantem intelligi, vt olim autores sunt Alexand. in l. si patroni, §. vlt. ff. ad Trebell. Cagnol. ad l. 1. num. 22. ff. de inoffic. testamento. Natta in consil. 478. Afflictus decis. 204. quorum illud est fundamentum, quod Iustinianus in Nouella de Triente, & Semisse legitimam duntaxat filiorum, & parentum auxerit, quibus ordinario quodam iure querela competit inofficiosi testamenti: non autem fratrum, quibus ita demum querela datur, cum turpis persona est instituta. Id patet: quia Imperator in præfatione dicit se disponere uelle, secundum id, quod consequens est naturæ: Sed fratri non debetur legitima iure naturæ. Et cum fratribus ab initio querela non competat inofficiosi testamenti, sed ex post facto, cum scilicet turpis persona est instituta, colligitur Imperatorem non de legitima fratris esse locutum in versic. *Hoc obseruando in omnibus personis, in quibus ab initio*, &c.

D

Verùm istis nil morantibus, contrariam sententiam amplector, & autoribus vtor, Hieronymo Gabriello, qui & alios citat, in consil. 126. & Iacobo Cuiacio, in expositione Nouellæ 18. non procul à principio. Et argumento sumpto ex d. Nouella, in versic. *Hoc obseruando*, &c. Si enim idem obseruandum est in omnib. alijs, quibus antiquo iure querela competebat inofficiosi testamenti, vt videlicet eorum legitima sit aucta, & triens esse intelligatur, sequitur dicendum idem etiam obseruandum in fratribus, quibus constat querelam competiuisse turpi persona instituta.

Nec verum est Iustinianum auxisse tantum earum personarum legitimam, quibus ordinario quodam iure querela competebat. Non hoc dicitur in Nouella.

Non obstat, quod dr̃ ex post facto cõpetere, non ab initio. Nam primũ verba, *ab initio*, in tex. Nouellæ nil aliud signi-

significant, nisi secundũ iura vetera: deinde si hæc ratio ualeret, etiã parentibus non esset aucta; quoniam nec illi querelam instituere possunt, nisi sint exhæredati, & sic ex post facto. Illud tantum est in fratribus constitutum, vt non habeant querelam, nisi sint exhæredati, & simul institutæ turpes personæ; sed huius rei non est habenda ratio; quia satis est illos habuisse querelam antiquo iure, quod sufficit, vt Constitutio locum habeat. Denique illa verba præfatioois Nouellæ non obstant; quia Imperatoris intentio præcipua fuit prouidere filijs; sed tamen etiam ad alios extẽdit suam Constitutionem, omnes uidelicet, quibus querela competebat. Quare sub hac lege fratres quoque contineri iudico, quia & ipsis olim querela competebat, turpi persona instituta.

CAPVT XXIX.

Quanta sit legitima matris, si filius testamento condito hæredes instituat duos fratres vtrinque coniunctos, & matrem in legitima instituat.



Vm sicut descendentium, ita & ascendentium Legitima sit tertia pars hæreditatis, vt dictum est in præcedenti capite. iam alia oritur controuersia. Filius condito testamento matrem in legitima instituit hæredem, duos fratres vtrinque coniunctos hæredes instituit; quęritur, quanta sit matris legitima. Est antiqua & celebris controuersia inter Iacobum Buttrigarium & Bartolum. Censuit Butrigarius Legitimam esse tertiam partem totius hæreditatis. Bartolus contra, esse tertiam partem tertiæ partis hæreditatis. Bartoli sententiam secuti sunt Ias. in consil. 61. lib. 3. Alexander in consil. 14. lib. 1. Corneus in consil. 150. lib. primo, & Iacopinus in l. pater filium, nume. 40. ff. de inoffic. testam. Butrigarii verò sententiam amplexi sunt. Bald. in Authen. Nouissima, C. de inoffic. testam. Oldr. in consil. 123. Socin. sen. in consil. 75. num. 7. lib. 3.

Fundamentum Butrigarii est in §. 1. in Authen. de Triente & Semisse, vbi Imperator statuit legitimam filiorum augendam esse, ita, vt integram habeant tertiam partem hæreditatis: ac idem obseruandum esse mandauit in omnibus, quibus querela inofficiosi testamenti cõpetebat: & sic idem obseruandum esse colligitur ac infertur etiam in legitima parentum, vt dictum est. Consequenter legitima parentum erit integra tertia pars hæreditatis.

Fundamentum verò Bartoli est; quia legitima est iam tertia, sed olim quarta pars eius partis, quam quis ab intestato habiturus esset, l. Papinianus, §. si qui mortis causa, ff. de inoffic. testam. Sed hoc in casu mater ab intestato succedens habuisset tertiam partem hæredatis; quia duo fratres extabant, inter quos & matrem hæreditas diuidenda erat in capita, vt notum est ex Authent. Defuncto. C. ad Tertullianum. Ergo legitima matris erit tertia pars huius tertiæ partis. Et hæc sententia mihi sanè probabilior uidetur: Quod enim ex Nouella de Triẽte & Semisse infertur legitimam matris portionem esse integram tertiam partem substantiæ seu hæreditatis filij, rectè infertur, ac sibi locum id uindicare potest, vbi mater est sola, cui debetur intestati successio; non autem ubi sunt alij legitimi hæredes. Nam si, verbi gratia, quatuor essent fratres defuncti hæredes ab eo instituti, & mater in sola legitima instituta, plus haberet mater, quàm alij hæredes singuli, quòd uidetur esse absurdum, præsertim si instituta mater fuerit in minima portione, quo in casu legitimæ supplementum petere potest, iuxta l. omnimodo, C. de inoffic. testam. petendo supplementum plus consequeretur, quam quilibet ex hæredibus esset habiturus, & quam ipsamet esset habitura, si vna cum fratribus esset instituta.

CAPVT XXX.

Vtrum legitima sit ascendentibus titulo institutionis relinquenda, vt valeat testamentum.



Egitimam ascendentibus quocunque titulo relinqui posse, atque adeò institutionis titulum non esse necessarium, Bar. existimauit in Authen. Nouissima, C. de inoff. testam. eo argumento adductus, quod idem sit receptum in legitima patroni, iuxta no. in l. 1. §. 1. ff. si quis à parente fuerit manum. & quia, cum olim quocunque titulo rectè relinqueretur, vt probatur ex d. Auth. Nouissima, nullus extet locus, quo probetur in ascendentibus ius antiquum immutatum esse, & legitimam institutionis titulo illis relinquendam.

Sed contrarium docet uera & communis Doctorum sententia, vt per Iasonem in d. Authen. Nouissima, nu. 3. quæ probatur ex §. Aliud quoque capitulum, iuncto §. Et hæc quidem de parentum ordinauimus testamentis, in Authen. vt cum de appell. cog. Dicitur in §. aliud quoque capitulum, filios à parentibus hæredes instituendos esse, aut ex iusta caussa exhæredandos, etiam si eis legitimam portionem legati titulo vel alio modo reliquerint. Postea subdit Imperator: *Et hæc quidem de parentum testamentis ordinauimus. Iustum autem perspeximus & econtrario de liberorum testamentis hæc eadem cum aliqua distinctione disponere.* Et infra: Disponit idem, ut nõ liceat filijs parentes exhæredare sine iusta caussa; sed hæredes instituendos esse. Quamobtem illa verba hoc etiam in loco reperita videri debent, nempe: *Etiamsi eis legitimã portionem legati titulo, vel alio modo reliquerint*. Sed hæc res mihi videtur esse clarior, quàm vt longiori egeat disputatione.

CAPVT XXXI.

Vtrum filij, qui parentibus non succedunt, in numero censendi sint filiorum ad augendam, vel minuendam portionem legitimæ eorum, qui succedunt?



Rauis est, ardua, & subtilis disputatio: vtrũ filij, qui à parentum suorum successione excluduntur, in numero filiorum existimandi sint ad aliorum, qui succedunt, legitimæ portionem, vel augendam, vel minuendam. Ego aliquot conclusionibus propositis rei obscuræ aliquam lucem adferre, & dissidentium Iurisconsultorum sententias explicare conabor. Igitur filius filiave à successione patris excludi potest; Primò, exhæredatione ex caussa legitima facta. Secundò, renunciatione iurata, iuxta c. quamuis, de pact. lib. 6. Tertiò, municipali constitutione; vtputa, si existentibus filijs masculis fœminæ excludantur, dotatæ, vel dotandæ. Quartò, si filius incapax reddatur delicto perpetrato, vel religionis ingressu ordinis Minorum S. Francisci. Postremo, si non velit succedere, & sic hæreditatem repudiauerit.

Rursus, talis filius à successione exclusus in numero filiorum haberi potest ad minuendam legitimæ portionem aliorum filiorum, qui succedunt, vel ad eam augendam. Ad minuendam, exempli causa. Pater quatuor habet filios, quorum unus aliqua ex præmissis caussis à successione repellitur, alij verò tres succedere possunt. Quæritur, quanta sit legitima horum trium filiorum; videlicet, quoniam est triens, an non triens diuidendus sit in quatuor partes, an verò in tres? si filius à successione exclusus, in numero sit habendus ad minuendam aliorum legitimam, triens erit in quatuor partes diuidendus, & sic filiorum quilibet unciam tantum habebit: si verò filius exclusus non sit in numero filiorum, totus triens in tres tantum partes distribuetur, ita vt quilibet filiorum successionis capacium tertiam partem trientis,

tis, non autem quartam, vt in alio casu, consequatur.

Ad augendam verò legitimæ portionem aliorum, qui succedunt, filius à successione exclusus haberi in numero filiorum potest, hoc modo: Pater habet quinque filios: Vnus eorum non potest succedere. is si in filiorum numero sit habendus ad aliorum portionem augendam, tunc legitima erit semis, quasi quinque sint filij; sin minus legitima erit triens, perinde ac si essent tantum quatuor, nulla ratione habita eius filij, qui non succedit.

Tractant hanc quæstionem Alexander & Ias. in l. planè, §. si duobus, ff. de leg. 1. Castrens. l. huiusmodi, §. si Titio, ff. eod. ti. & in consi. 287. lib. 1. Guido Papę decis. 245. & 599. Curt. senior consi. 5. Alciatus in consil. 775. Socinus iunior in consilio 25. lib. 2. Fabianus de Giochis, & Marcus Antonius Cucchius in Authen. Nouissima, C. de inoffic. testam. Bellonus in consil. 84. Dominus meus Cephalus in consil. 245. libro secundo, Iacobus Menochius in consi. 207. lib. 3. Andreas Geyll, lib. secundo, Obseruat. 122.

Hæc igitur sit prima Conclusio: Filius exhæredatus à parente ex iusta & legitima caussa, in filiorum numero censendus non est ad minuendam aliorum filiorum legitimam portionem: Itaque, si pater reliquerit tres filios, & iustam ob caussam unum ex eis exhæredauerit, aliorum duorum legitima erit triens integer.

Probatur hæc conclusio ea ratione, quia cũ filius exhęredatus nihil ex hæreditate patris habiturus sit, cæteri filij, qui exclusi non sunt, in tota hæreditate succedunt; ergo legitima eorum erit tertia pars hæreditatis: quoniam legitima est tertia pars eius partis, quæ ab intestato defertur, l. parentibus, C. de inoff. testa. l. Papinianus, §. si quis mortis caussa, & §. quoniam, ff. eod. tit.

Confirmatur hæc sententia ex l. si post mortem, §. liberi, ff. de bonorum possess. contra tab. *Liberi*, inquit, tex. *qui contra tabulas habere non possunt, nec partem faciunt. Quod enim bonum est eis fauere, vt partem faciant nihil habituri.*

Huc accedat tex. in §. si verò filios, in Auth. de nupt. vbi Imperator statuit lucra nuptialia reseruanda esse filijs: *Sed si* (inquit) *quis ex eis ingratus videtur, præmium hoc alijs damus nihil tale agentibus, vt & alios corripiamus parentes honorare, & ad fratrum exemplum respicere.*

Possem huc adferre regulam, l. planè, §. si duobus. ff. de leg. 1. vbi dicitur: eum qui ad partem non admittitur, partem non facere: sed quia alibi contrarium dicitur, qua de re eruditè Zasius disputat lib. 1. Sing. Resp. c. 19. ideo hoc argumento non utor.

Cæterùm sententiæ supra dictæ aduersantur Bart. & Paulus Castrens. ille, in l. pater filium, num. 14. ff. de inoffic. testam. iste, in d. l. planè, §. si duobus, & in consil. 286. lib. 1. in eo tantum casu, quo pater tres filios habens, vnũ exhæredauit, & alios hæredes instituit in re certa, ac in omnibus alijs bonis extraneum hæredem instituit. Hoc in casu existimant exhæredati filij portionem nequaquam lucro cedere aliorum filiorum, sed hæredis instituti. Hanc rationem afferunt, quod filij non exhæredati melioris conditionis esse non debeant propter alterius exhæredationem, ne culpa vnius alijs prosit. Sed hæc ratio nihil valet, quia contrarium docet Iustinianus in d. §. si vero, in Auth. de nupt. nempe, partem exhæredati & ingrati aliorum, qui digni sunt, & bene merentes, lucro cedere.

Secundum argumentum adferunt, quia, cum filij nõ exhæredati non sint vniuersales hæredes sed particulares in re certa, non potest eis accrescere pars exhæredati, arg. l. Proculo, de leg. 2.

Respondeo, filios non exhæredatos non hoc commodum habere ex iure accrescendi; quasi videlicet eis accrescat pars exhæredati, sed per remotionem obstaculi, ut ita dixerim. Nam cum legitima sit triens, illis solis debetur, qui ad successionem vocantur; & filius exhæreda-

A tus obstare alijs poterat, quominus integrum haberent trientem; iam vero non obstat: quoniam ille non succedit, & cum à successione sit exclusus, videtur in consequentiam à legitima quoque exclusus, quæ successionis est pars.

Tertio vtuntur hoc argumento, quòd testator exhæredati portionem maluisse credatur ad uniuersalem hæredem peruenire, quam ad filios in re certa institutos. Sed quis talem patrisfamilias mentem cognoscere poterit? aut qua æquitate propriam quis sobolem extraneis post habere credatur?

Secunda conclusio: Sicut exhæredatus filius in numero filiorum non habetur ad aliorum portionem in legitima minuendam, ita nec ad augendam. Itaque, si paterfamilias quinque liberos habens, vnum ex illis exhæredauerit, & alios in legitima instituerit, illa erit in hoc casu triens, quasi quatuor sint filii, non autem semis, perinde, ac si quinque forent.
B

Probatur hęc communis & vera conclusio duabus rationibus: altera, quia legitima est pars hæreditatis, ut iã dictum est. Cum ergo quatuor duntaxat filii ad hæreditatem vocentur, sequitur legitimam esse trientem, nulla ratione habita eius filii, qui exhæredatus est, quia videlicet ab hæreditate excluditur. Altera est ratio, quoniam Imperator ideo decreuit legitimam esse semissem, quando sunt plures filii, quàm quatuor, ne nimis pauperes essent, si tantum trientem haberent, vt in d. Nouella, de Triente & Semisse. Sic enim ait tex *Frequenter igitur & alia vice mirati sumus, quomodo legitimis & beneuolis filiis, quibus agunt gratias parentes, quibusque quod relinquitur tam etiam debitum vocant solum trunciam definierunt, ex necessitate relinqui; reliquum verò interim voluntate parentum, & capiunt quidem cognati omnia, & extranei; filii verò, licet multi consistant, confunduntur: & triuncium dimidium solum. vel si decem fortè, aut amplius fuerint*
C *pauperes erunt filii, donec vixerint parentes idonei.*

Vbi ergo quatuor tantum existunt, inter quos legitima diuidatur, cessare videtur ratio paupertatis. Est autem ita in proposita facti specie: quia filius exhæredatus non habet partem, & sic soli tres trientem participabunt.

Sed iterum hic repugnantem Bartolum habemus, in d. l. pater filium, nu. 15. ff. de inoff. testam. vbi docet, eo in casu, quo exhæredati portio cęteris fratribus accrescit, legitimam portionem filiorum nõ exhæredatorum ex persona exhæredati augeri. Mouetur hoc argumento: quod videlicet filii exhæredati portio cæteris filiis accrescat, ex l. qui repudiantis, & l. si ponas, §. vlt. ff. de inoffic. testam. Quibus in locis habetur: vno ex filiis exhæredatis renunciante querelæ. reliquis eius portionem accrescere, ita, vt rescisso per querelam testamento, totam obtineant hæreditatem.

Sed hæc videntur mihi dissimilia; quoniam ibi filio
D exhæredato competit querela, & portio hæreditatis rescisso testamento, quamobrem si non velit querelam intentare animo repudiãtis, ut inquit tex. merito illius portio cæteris accrescit, iuxta l. vnam, C. quando non petentium partes petentibus accrescant. Cæterum, in ea facti specie, de qua agitur, cum filius ex legitima caussa exhæredatus proponatur, ille non habet partem ullam, ideoq; nec alijs accrescere potest: Tunc enim ius accrescendi locum habet, cum portio vni est delata, qui non vult, vel non potest eam habere, vt in d. l. vna, C. quando non peten. partes, & in l. vna, §. vbi autem, C. de caducis tollen. & in specie nostra declarat Alexan. in d. l. planè, §. si duobus, num. 5. de leg. 1.

Tertia conclusio; filius ex delicto, vel aliã ob caussam incapax hæreditatis & successionis effectus, inter filios recẽsendus non est, quo ad aliorum filiorum, qui capaces existunt, portionem vel minuendam, vel augendam.

Hæc conclusiò confirmari potest iisdem argumentis, quibus in præcedentibus vsi sumus, neque enim ratio discriminis apparet inter hunc & præcedentes casus.

Quar-

Quarta Concluſio; Filia excluſa renunciatione ab hæreditate paterna, iuxta formam, cap. quamuis, de pactis, lib. 6. non eſt referenda in filiorum numerum ad augendam aliorum filiorum, qui non renunciarunt, portionē, ſed ad eam minuendam inter filios reputanda eſt.

Probatur vtraque pars Concluſionis hoc modo: Vbi filia renunciat hæreditati paternæ, illa renunciatio cedit in fauorem, & commodum patris: quia pater dote ei data non tenetur amplius eam inſtituere: Ergò ſi, v.g. pater habeat tres filios, & filiam, eaque renunciauerit, iam pater eius portionem conſecutus eſt; & conſequenter in numero filiorum eſt habendus, ad hoc, vt triens diuidatur in quatuor partes, quarum vna cedat patri vigore renunciationis, aliæ tres cedant alijs tribus filijs. Non habetur autem in numero filiorum, ad augendam aliorum legitimam; quia ſic pater damnum ſentiret ex renunciatione. Et quia ſi, verbi gratia, ſint quinque filij; & inter eos filia renuncians, ſoli quatuor inter ſe diuident trientem.

Quinta Concluſio: Filia à ſucceſſione excluſa vigore Statuti mandantis eam dotari, & filios maſculos ad ſucceſſionem vocantis, non eſt in numero filiorum ad minuendam portionem legitimæ maſculorum.

Probatur: quoniam excluſa à ſucceſſione, dicitur eſſe excluſa etiam à legitima; cum illa ſit pars hæreditatis, & ſucceſſionis: Et cum ita non admittatur ad partem, nec partem facere debet ad aliorum detrimentum, l. planè, §. ſi duobus, ff. de leg. 1.

Huc accedat, quod tale Statutum conditum eſſe videtur in fauorem maſculorum, & agnationis; ſed ſi filia faceret partem ad diminuēdam maſculorum portionem, videretur in odium quodammodo retorqueri, l. quod fauore, C. de legibus.

Contra iſtam Concluſionem adferri ſolet textus in l. huiuſmodi, § ſi Titio, de leg. 1. *Si Titio, & Mæuio* (inquit textus) *legatus fuerit Stichus, qui Titij erat, debebitur pars Stichi Mæuio. Nam Titius quamuis ad legatum non admittatur, partem facit.*

Reſpondeo, Tinus ibi non admittitur ad partem legati: quia dominus erat ſerui, & res propria non poteſt alicui legari, l. proprias, C. de legatis. Facit autem partem: quia ius retentionis habet iure vetuſtioris dominij, vt ibi explicat Bartolus, & poſt eum Zaſius, libro 1. Sing. Reſponſ. cap. 19. & Socin. iun. in d. conſil. 25. numero 12. lib. 1.

Sexta Concluſio: Filia Statuto excluſa à ſucceſſione, vt ſuprà, inter filios annumeranda eſt ad legitimæ portionem maſculorum augendam, vt, ſi verbi gratia, ſint quinque, & inter eos filia excluſa: legitima ſit ſemis, nō autem triens.

Probatur: quia hic ſunt quinque filij; ergò legitima eſt Semis, vt in Nouella, de Triente, & Semiſſe. Non obſtat, ſi dicatur filiam quidem extare, ſed non ſuccedere; quia nihilominus in numero eſt habenda ad commodum filiorum. Ratio eſt: quia dotem habuit, vel habitura eſt, & ſic dos videtur eſſe loco legitimæ: quamobrem erit perinde, ac ſi ipſa quoque legitimæ portionem habuiſſet; conſequenter alij pinguiorem partem habere debent; quia incommodum ex dote data, vel danda, habituri ſunt. Et ſanè, ſi trientem tantum haberent, cum onere dotis dandæ, nimis exigua eſſet portio eorum.

Sed contrarium reſpondit Paulus Caſtrenſ. in conſil. 287. lib. 1. atque vtitur hoc argumento. Is qui loco extranei cenſeri debet, non poteſt in numero filiorum haberi; quia hæc longè differunt, haberi pro extraneo, & haberi pro filio: Sed filia ſic excluſa, pro extranea habetur, quantum ad ſuccedendum patri: Ergò non debet pro filia haberi, quantum ad eum effectum. Aſſumptio probatur: quia nec talis filia quærelam habet inofficioſi teſtamenti, nec ei legiuma debetur; cum enim à ſucceſſione excluſa ſit, videtur etiam excluſa à legitima, quæ pars eſt ſucceſſionis.

Reſpondeo, filiam ſic excluſam non haberi prorſus pro extranea perſona: quia dotari debet, & dos eſt loco legitimæ; quæ res cum in detrimentum cedat filiorū maſculorum, meritò & ipſi ex eius perſona pinguiorem, & vberiorem facient legitimæ portionem.

Quædam alia adferuntur argumenta contra ſuperiorem ſententiam, ſed illa, & leuia ſunt, & diligenter à Domino meo Cephalo refutantur in d. conſ. 245. lib. 2. vt non ſit operæprecium actum agere.

Poſtrema Concluſio: Si filius ſit excluſus à ſucceſſione, quia nolit ſuccedere, ac repudiauerit hæreditatē, illius portio hæreditatis conſequenter etiam legitimæ cæteris accreſcit, l. vna, C. quando non petent. partes, petentibus accreſcant.

CAPVT XXXII.

Vtrum legitima filiorum Statuto tolli poſſit.

CONtrouerſia etiam eſt circa legitimam filiorum, an ea tolli ex Statuto poſſit? Sunt. n. qui exiſtimant tolli poſſe, ſunt qui negant; & non deſunt, qui minui poſſe affirment, tolli autem poſſe negent. Vide Couuar. in 4. lib. Decret. par. 2. c. 8. §. 6. nu. 5. Andream Geyll, lib. 2. Obſeru. 122.

Qui tolli poſſe exiſtimant, hoc argumento vtuntur: Id quod Iure Ciuili conſtitutum eſt, alio Iure Ciuili, nēpe, ex Statuto, mutari & tolli poteſt, vt in §. ſed naturalia, in Inſtit. de iure natur. gent. & Ciuili. Sed legitima eſt à Iure Ciuili cōſtituta; ergo alio Iure Ciuili puta Statuto, tolli poterit.

Aſſumptio probatur ex l. Lege XII. Tabularum, C. de legit. hæred. vbi Imperator ait: Lege XII. Tabularum conſtitutum eſſe, vt ad ſucceſſionem tam maſculi filij, q̄ fœminæ vocentur. Legitima verò eſt pars ſucceſſionis. Et ex §. 1. in Auth. de Triente, & Semiſſe, vbi Imperator dicit: Legem parentibus neceſſitatem imponere, vt filijs legitimam relinquant.

Confirmatur hæc ſententia: nam remedia, quibus ipſa hæreditas, ac legitima obtineri poteſt, Iure Ciuili prodita ſunt; veluti querela Inofficioſi, petitio ſupplementi, & ſimilia: Ergò Iure Ciuili videtur eſſe legitima conſtituta.

Negantis autem ſententiæ firmamentum eſt in contrario Syllogiſmo. Quod iure naturali debetur, mutari ac tolli Iure Ciuili non poteſt, §. ſed naturalia, in Inſtit. de iure natur. gent. & ciuil. ſed legitima iure naturali debetur, & filijs conſtituta eſt; Igitur Statuto tolli non poterit.

Aſſumptio probatur primum ex l. cum ratio, ff. de bonis damnator. *Cum ratio naturalis* (inquit textus) *quaſi lex quædam tacita liberis parentum hæreditatem addicat, velut ad debitam ſucceſſionem eos vocando, &c.*

Secundò, ex l. ſcripto, ff. vnde liberi, Papinianus: *Liberos ad bona parentum natura ſimul, & commune parentum votum admittit.*

Tertiò, ex §. primum itaque, in Authent. de hæredib. Falcid. *Primum itaque* (inquit textus) *illud eſt cogitandum; quia teſtantibus alijs quidem neceſſitatem imponit Lex, diſtribuere quandam partem perſonis quibuſdam, tanquam hoc ſecundum ipſam naturam eis debeatur, quale eſt filijs, & nepotibus, & patribus atque matribus, interdum verò etiam fratribus, &c.*

Quartò ratione probatur; nā legitima debetur filijs, vt ex ea ſe alere, & ſuſtentare poſſint, teſte Imperatore in Auth. de Triente, & Semiſſe: Cum ergo alimenta iure naturæ filijs debeantur, l. 1. §. ius naturale, ff. de Iuſt. & iure, ſequitur & legitimam eodem iure deberi.

Tertiæ autem opinionis fundamentum eſt in eo poſitum, quòd iure naturali legitima debeatur; & idcirco tolli in totum non poſſit, ſed quia eius quantitas Iure Ciuili præſcripta, & definita eſt, idcirco ex lege municipali

aliqua

aliqua ex parte minui poſſe, iuſta ſcilicet cauſſa ſubſiſtente. A

Hanc poſtremam ſententiam æquiorem ac probabiliorem eſſe iudico, & omninò ſequendam; tum, quia ſupremum Cameræ Imperialis tribunal eam ſequi ſolet, teſte Andrea Geyll, loco proximè citato; tum, quia illam amplecti ſolet etiam Rota Romana, vt notatur deciſio, 18. in nouil. Fuit dubitatum, & deciſ. 476. Nota conſuetudo, in antiquis.

Ita tamen hanc ſententiam arbitror locum ſibi vendicare poſſe; ſi modò non ita minuatur, vt ad filiorum ſuſtentationem non ſufficiat; Cuius declarationis autore vtor Couuarruuia, loco proximè citato: & eo argumēto, quod alioqui Statutum eſſet iniquum, & irrationabile, & conſequentes non valeret, cap. Erit autem lex, quarta diſtinct.

Ex his argumenta incontrarium non obſtare manifeſtum eſt. Eſt enim legitima partim Iure Ciuili, partim Iure naturali conſtituta: Iure ciuili, quoad quantitatem, B Iure Naturali, quoad rem ipſam & ſubſtantiam; ideo, quatenus ex Iure Ciuili definitionem accepit, mutari poteſt, quatenus verò ex Iure Naturali debetur, mutari nō poterit; vti nec ipſum Ius Naturale.

CAPVT XXXIII.

Utrum pater aſſignare filio legitimam poſſit in pecunia numerata.

SI pater filium in legitima inſtituerit, eamque in pecunia aſſignauerit; vtrum filius cogatur acquieſcere paternæ voluntati, non eadem eſt omnium ſentētia. Etenim, ſi in hæreditate relicta, pecunia reperiatur, affirmāt cogendum filium acquieſcere, & eam acceptare. poſt alios, quos citant Ripa, ad l. in quartam, num. 126. ff. ad legem Falc. & Iacobus Menoch. de arbitr. iudic. Caſu 163. C Fundamentum eſt: quia legitima relinqui debet ex ſubſtantia patris: Talis autem eſt pecunia in hæreditate inuenta; ergo nihil prohibet, quo minus in eiuſmodi pecunia aſſignari poſſit ac relinqui. Nam & omnia bona patri alienare permiſſum eſt, ſi velit, eaque in pecuniam redigere, nec filio iniuriam facere videtur.

Cęterum, negantem ſententiam amplexi ſunt Bartol. in l. ſuus quoque, ff. de hæred. inſtit. ad finem. Alexand. in conſ. 79. lib. 1. Iaſon ad l. non amplius, §. cum honorem, nume, 7. de leg. 1. Et fundamentum eſt: quia legitima eſt tertia pars vel Semis, pro numero liberorū, paternę ſubſtantię, vt patet ex §. 1. in Authent. de Triente & Semiſſe. Ergo in ipſis bonis ac ſubſtantia eſt aſſignanda, non autem in pecunia: Intereſt enim filij, potius res habere, quam pecuniam, propter iuſtam affectionem, eā ob cauſam, quod fuerit maiorum ſuorum, argumento l. ſi in emptionem, ff. de minorib.

Hæc ſententia videtur mihi tutior: & confirmari poteſt ex eo, quod parentibus non licet, nec modum, nec D dilationem, nec conditionem, nec quodcunque aliud grauamen legitimæ adijcere, l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. teſtam. Videtur autem aliquis modus, immò grauamen adijci, cum in pecunia numerata legitima aſſignatur filio. Nam debet ei liberum ius patere eam conſequendi, prout iuſtum videtur; non quidem vnam rem eligendo meliorem, vel ex rebus ſingulis cum aliorum præiudicio partem deducendo; ſed ita res eſt moderanda Iudicis arbitrio & prudentia, vt ex vna vel pluribus rebus legitima deducatur, filioque aſſignetur, prout magis commodum & minus alijs damnoſum videbitur, argumen. l. nō amplius, §. cum bonorum, & l. Sequentis, de legat. 1. & l. 2. C. quando, & quibus quarta pars debeatur, lib. decimo, vide Menoch. dicto caſu 163. nume. 16.

CAPVT XXXIV.

Utrum legitimam filius amittat, propter inuentarium non confectum.

NOn eſt omittenda celebris hæc controuerſia Vtrum filius Legitimam amittat propter Inuentarium non confectum. Et quidem filium legitimam amittere propter Inuentariū non confectum, atq; adeo, ad oīa legata & fideicommiſſa perſoluenda teneri, etiam ſi eis ſolutis nihil pro legitima ei ſuperſit, autores ſunt multi. Oldrad. in conſ. 134. Paulus Caſtrenſ. in conſ. 188. lib. 2. & alij. quos diſtinctione quadam adhibita refert & ſequitur Couuar. in cap. ſi hæredes, num. 10. de teſtam. ſed latiſſimè omnium Franciſcus Sarmientus lib. 2. Selectar. Interpret. cap. 7. addi poteſt his & Cuiacius, in expoſitione d. Nouellę, de hęred. & Falcid. & Phanucius de Inuentario hæredis, parte 7. num. 13.

Argumenta vero tria ſunt potiſſimum. Primum eſt; quia hęres, qui Inuentarium non confecit, tenetur etiā vltra vires hæreditarias; nec diſtinguitur an ſit ſuus hæres, vel alienus, l. vlt. C. de iure delib. §. ſin autem dubias, & in §. ſi verò poſtquam. Et diſertè habetur in §. ſancimus, in verſ. ſi vero non fecerit, in Auth. de hæred. & Falcid. *Si vero non feceris Inuentarrium*, &c. inquit Iuſtinianus, *complebis legatarios & fideicommiſſarios, quamuis pura ſubſtantia morientis excedas menſuram legatorum datio.*

Secundum argumentum eſt. Hæres non conficiens Inuentarium; ſi ſit creditor defuncti, actionem & creditum amittit, l. debitori, C. de pactis. Hoc eſt enim vnum ex beneficiis, quæ conſequitur ex Inuentarii confectione, vt actiones hæredi ſint ſaluæ, quas cōtra defunctum habuit, vt in d. l. vlt. §. In computatione, C. de iure deliberan. Ergo etiam filius hæres non conficiens Inuentarium, actionem ad legitimam, & illud quaſi creditum, amittet.

Tertium argumentum eſt: quia ita conſtitutum eſt in Falcidia, vt eius commodo & beneficio hæres non fruatur, qui Inuentarium non confecerit, vt in d. l. vlt. C. de iure deliber. & in Auth. de hęred. & Falcidia. præſumitur enim ſubtraxiſſe bona, quę Falcidiæ ſufficiebant, vt ibi dicitur. Ergò idem eſt in legitima.

Et confirmari poteſt hoc argumentum; quia in Falcidia eadem ratio videtur, quæ in legitima. nam ante ius nouiſſimum, etiam Falcidia à teſtatore prohiberi non poterat; l. ſi vt allegas, l. quanquam, C. ad legem Falcid. ſicut nec legitima. Ergo idem iuris videtur eſſe in vtraque.

Sed contrariam ſententiam amplexi fuere Gloſ. & Alexand in l. vlt. §. penult. C. de iure deliber. Idem Alexander, in conſil. 67. lib. quatro, & 134. lib. 1. Imol. in cap. primo, num. 10. de teſtament. Alciatus in conſil. 41. lib. 9. ſecundum impreſſionem Lugdunenſem. Cagnol. in l. Papinianus, §. meminiſſe. num. 15. ff. de Inoffic. teſtam. Oſaſcus deciſio. Pedemont. 148. numero 6. Rolandus à Valle de Confectione Inuentarij, §. 5. §. dubitatio oritur. Andreas Geyll, lib. 2. pract. Obſeru. cap. 138. nume. 14. qui & alios citant.

Et hanc ſententiam ego probabiliorem eſſe iudico. Primum enim ſatis firmum pro eius confirmatione illud eſt argumentum, quod nulla lege cautum hoc ſit, quemadmodum in Falcidia, quę locum habet cum vltra dodrantem legata relinquuntur. Deinde illud eſt firmiſſimum argumentum; quoniam hęc diſputatio oriri non poteſt, niſi cum filius hęres inſtitutus, & legatis vel fideicommiſſis vniuerſalibus aut particularibus grauatus eſt: Quantum enim attinet ad æs alienum defuncti, inter omnes conſtat, illud legitimæ prę ferendū eſſe, ex l. Papinianus, §. quarta, ff. de inoffic. teſtamen. Sed illud certum eſt, legitimam nec directè tolli poſſe, nec indirectè, [illegible] vllum grauamen pręiudiciumve filio inferri in legi[illegible]

poſſe,

poſſe, vt in l. quoniam in prioribus, C. de inoff. teſt. poſſe, ſcimus, §. cum autem, C. eod. & habetur in Nouella de reſtitutionib. & ea quæ parit in vndecimo menſe, vbi cauetur, legitimam eſſe excipiendam ab onere reſtitutionis iniunctæ. Ergo legata & fideicommiſſa, quibus legitima vel tollitur, vel diminuitur, irrita ſunt, & pro non ſcriptis habenda. Ergo filius etiam inuentarium non conficiens, propter eiuſmodi legata & fideicommiſſa, damnum in legitima ſentire non poteſt, nec debet: neque enim inuentarij confectio ei à lege iniungitur, vt legitimam integram & nulli oneri ſubiectam obtinere valeat. Quod ſanè, ſi neceſſarium fuiſſet, æquum erat exprimere, vt filius ſciuiſſet leges, quibus legitimæ proſpectum eſt, ceſſare inuentario non confecto, ſicut expreſsè cautum eſt in Falcidia.

Ad primum argumentum contrariæ ſententiæ reſpōdetur, hæredem inuentarium non conficientem ad legata præſtanda & fideicommiſſa teneri vltra uires hæreditartas, cum talia ſunt legata & fideicommiſſa, quæ de iure valent, & relinqui potuerunt, ſed legata & fideicommiſſa in pręiudicium ac diminutionem legitimæ ordinata, irrita ſunt, ac nullius momenti, & pro non ſcriptis habentur, vt iam dictum eſt, ergo filius ad ea ſoluenda non tenetur.

Ad ſecundum reſpondeo, argumentum illud locum habere poſſe, cum filius hæres inſtitutus, vel ab inteſtato ſuccedens nemini tenetur hæreditatem reſtituere, vel legata præſtare, quibus hæreditas exhauriri poſſit: tunc enim cum ſit hæres, & bona teneat, actiones illi competentes confunduntur: ſed cum hæreditatem alijs reſtituere tenetur, vel legata præſtare, alia eſt ratio; tunc enim ſeparare poteſt legitimam ſibi debitam, eamque ſaluam ac præcipuam retinere, & reliquum reſtituere. Nec illud ius legitimæ ſiue ad legitimam pertinens, quod filio competit, ex aditione confundi poteſt; quia iam per legem prorſus exceptum & exemptum eſt ab omni reſtitutione ac onere. Si enim vult lex legitimam exemptam eſſe à reſtitutionis onere; conſequenter vult legitimam filio reſeruare, eamque ſeparare ab omni onere reſtitutionis: *Quamobrem præſentem ponimus legem*, inquit Iuſtinianus in Auth. de reſtitut. & ea quæ parit, &c. *Omnia quidem alia prioris à nobis poſita conſtitutionis, rata manere volentes: hoc verò innouantes ſolummodo, vt ſi quis de cætero reſtitutionem fecerit ſuarum rerum, primum quidem ſeruet filio legitimam partem, non quartam*, &c.

Hæc igitur legitima, quo modo poſſit legatis vel fideicommiſſis exhauriri, & exinaniri, eò, quod filius inuentarium non confecerit, cuius conficiendi ad hunc effectum, legitimæ non amittendæ nullum à lege præceptū habet, ego prorſus non intelligo; ſi enim legatum ac fideicommiſſum ab ipſo initio non præiudicat legitimæ, nec illam tangit, quia reſeruanda eſt, quomodo fideicommiſſo abſorberi poterit ex poſt facto, ob inuentariū non confectum?

Ad tertium argumentum reſpondeo, de Falcidia id quidem luculenter conſtitutum fuiſſe; ſed alia eſt detractio ex lege Falcidia, alia eſt legitima filijs debita. illa, vt maximè olim prohiberi non potuerit a teſtatore, nunc tamen poteſt, vt illa ipſa Nouella de hæredibus & Falcidia conſtitutum eſt à Iuſtiniano. hæc verò nec olim, nec hodierno iure prohiberi à parente, tolli, minui, aut abſorberi poteſt, & omnia quæ in eius grauamen ſcripta ſunt, pro non ſcriptis cenſentur. Illa nec ratione naturali debetur, & legi antiquæ duodecim tabularum repugnat, qua conſtitutum erat; vti quiſque rei ſuæ legaſsit ita ius eſto, hæc iure naturali debetur, & omnibus legibus antiquis & nouis adiuuatur, ac relinqui pręcipitur: Cur igitur argumentari liceat ex Falcidia ad legitimam, cum ad affirmandum infirmum argumentum appareat à minori ad maius? ab eo quod diuerſum eſt? quod differentem rationem habet?

A

CAPVT XXXV.

De inuentario hæredis controuerſiæ aliquæ, & prima circa tempus illud conficiendi, an incipiat ex die aditæ, an verò delatæ hæreditatis.



NOn alienum fore putamus aliquas his adnectere controuerſias Doctorum de Inuentario hæredis. Et illam inprimis: quoniam in l. vlt. C. de iure deliber. triginta dies conſtituti ſunt ad illud inchoandum, & alij ſexaginta ad perficiendum, niſi res hæreditariæ, vel maxima earum pars poſita ſit alibi, tunc enim hęres anni ſpatium habet ad inuentarium conficiendum, vt in ea lege dicitur. Hęc cum ita conſtituta ſint, oritur controuerſia; quando tempus hæredi incipiat currere, an ex die aditæ hæreditatis, an verò delatæ: Et quidem communior uidetur ſententia, illud incipere ex die aditæ hæreditatis: ita enim docet Gloſ. in d. l. vlt. in ver. *delatam*, quam ſequuntur Bartolus, Paulus Caſtrenſis, Alexand. Iacopin. & Corneus in Commentarijs eiuſdem loci, alijque non pauci, quos refert & ſequitur Roland. à Valle de Confectione inuentarij in 3. parte, §. quæritur quo tempore.

B

Fundamentum eſt primò in d. l. vlt. §. ſi verò poſtquā, C. de iure delib. *Si verò poſtquam adierint, vel ſeſe immiſcuerint præſentes, vel abſentes, inuentarium facere diſtulerint, & datum iam a nobis tempus ad inuentarii confectionem effluxerit*, &c. His enim verbis text. indicare videtur tempus præfixum currere, poſtquam hæres adiuit hęreditatem.

Secundo, quia textus dicit in d. l. vlt. C. de iure deliber. in ipſo inuentario ante omnia pręponendum eſſe venerabile ſignum Sanctę Crucis manu hæredis; ſed nemo dicitur hæres proprie, niſi qui hęreditatem adiuit, l. ſi in diem, ff. de cond. & demonſtr. l. ſtatu liberos, §. ſi quis hæredi, ff. de ſtatu liberis. Ergo tex. præſupponit iam aditam eſſe hęreditatem cum inuentarium conficitur.

C

Tertio, quia dicitur in d. l. vlt. §. donec, C. de iure delib. hęredem intra tempus inuentarij conficiendi à creditoribus, legatarijs, & fideicommiſſarijs moleſtari nō poſſe. Hoc autem fruſtra diceretur, niſi cum inuentarium hærȩs conficit, iam adiuiſſet hęreditatem. Si enim hæreditatem non adierit, indubitatum eſt moleſtari nō poſſe.

Sed contraria ſententia mihi longè probabilior videtur, nempe, tempus, de quo agitur, ex die delatæ hæreditatis currere. Ita docuit olim Ricardus Malumb. Ioan. Andr. ad Specul. tit. de inſtr. editio. §. vlt. Odofr. in Auth. Sed cum teſtator, C. ad leg. Falc. Abbas in conſi. 73. Phanuc. de inuentario in 1. par. in princ.

Et omiſſis inutilibus argumentis, iuxta meum antiquum morem, (quid enim prodeſt inutilia referre argumenta eaque refellere?) Fundamentum huius ſententię ſolidum eſt in dicta l. vlt. C. de iure deliber. verſ. Sin

D

autem dubius, vbi textus ita dicit: *Si autem dubius eſt, vtrum admittenda ſit necne defuncti hæreditas, non putet ſibi eſſe neceſſariam deliberationem, ſed adeat hæreditatem, vel ſeſe immiſceat, omni tamen modo inuentarium ab ipſo conficiatur, vt intra triginta dies poſt apertas tabulas, vel poſtquam nota fuerit ei apertura tabularum, vel delatam ſibi ab inteſtato hæreditatem cognouerit, numerandos exordium capiat inuentarium.* Hactenus verba legis. Ex quibus patet, tempus inuentarij conficiendi exordium ſumere ex die, quo apertæ ſunt tabulæ teſtamenti, delatamque ſibi hæreditatem hęres cognouit.

Reſpondent contrarię ſentētiæ autores, illa verba ſupplenda eſſe ex §. ſi verò poſtquam, in eadem lege, vt nimirum tempus hęredi currat ex die delatæ hęreditatis, & ſimul etiam aditę. Sed non probatur hęc ſuppletio ex d. §. ſi verò poſtquam, nec aliquo alio teſtimonio.

Reſpondeo enim ad dictum §. ſi verò, non loqui de tempore ex quo initium ſumere inuentarij confectionem

nem oporteat, verùm de hærede, qui inuentarium non confecit, & dicit eum in ſolidum teneri creditoribus, & alijs.

Ad ſecundum argumentum reſpondeo, quod dicitur venerabile Crucis Signum manu hæredis præponendũ eſſe, id accipiendum tam de hærede, qui hæreditatẽ adiuit, quam de eo, qui non adiuit. Conſtat enim & hæredem, qui nondum adiuit inuentarium cõficere poſſe, vt in eadem l. vlt. §. ſin autem hoc aliquis fecerit.

Ad vltimum reſpondeo, illud beneficium, quod Lex concedit, vt interim donec inuentarium conficitur, hæres moleſtari non poſſit, vtile eſſe, & nullo modo fruſtra conceſſum, cum hæres adiuit; licet, cum non adiuit, neceſſarium non ſit. Et cum Lex aliquid operatur, ſaltem in aliquo caſu, ſuperflua reputari non debet, l. 2. C. de noxalibus act. declarat Dec. in l. cum quidam, nume. 1. C. de inſtit. & ſubſtitut. Dominus meus Cephalus in conſil. 104. num. 17.

CAPVT XXXVI.

Alia controuerſia circa locum, in quo inuentarium confici debet ab hærede.

EST & controuerſia circa locum, in quo inuentarium ab hærede confici oporter. Nam in preſentia iudicis eſſe conficiendum, autores ſunt Angelus, de inuentario, num. 7. Socin. iun. in conſil. 19 num. 14. lib. 3. & alij; quos refert & ſequitur Rolan. à Valle, in conſi. 73. nu. 36. lib. 2. Alij verò negant iudicis præſentiam eſſe neceſſariam. Ita, Bart. in conſi. 154. Caſtrenſ. & Salic. in d. l. vlt. C. de iure delib. Alios commemorat Rolandus à Valle de Confectione inuentarij, §. Præſentia iudicis, vbi relatis omniũ ſententiis, diſtinguit, & docet præſentiam iudicis requiri, quantum ad hoc, vt inuentarium fidem faciat aduerſus creditores, & alios, non autem quantum ad obligandum ipſum hæredem.

Ego verò neque iuris neque moris eſſe puto, vt in conficiendo inuentario iudex præſens eſſe debeat: ſed uocatis creditoribus & aliis, fieri ſolet à notario vno, vel pluribus in loco honeſto & congruo. nimis enim & indecens, & moleſtum eſſet, iudicem occupari in ea re, quæ plures dies plerunque requirit. Et ſanè, cum & in l. vlt. C. de iure delib. & in Auth. de hæredib. & Falc. inuentarii ſolennia diligenter à Iuſtiniano commemorentur, ſi & præſentia Iudicis inter ſolennia recenſenda eſſet, ęquum erat id exprimere, & declarare, quod tamen factum nõ eſt. Nec textus in l. de creationibus, C. de epiſco. audien. qui pro contraria ſententia adſerri ſolet, præſentiam Iudicis exigit in eo inuentario, de quo loquitur; ſed tantum hoc dicit, inuentarium illud publicè conficiendum. Similiter & tex. de tutorum & curatorum inuentario verba faciens, in l. tutores, 24. C. de admin. tutor. præſentiam duntaxat requirit publicarum perſonarum, non autem Iudicis.

CAPVT XXXVII.

De hærede, qui non omnes res in inuentario ſcripſit, an amittat inuentarij beneficium.

INſignis eſt controuerſia in eadem materia inuentarij: ſi hæres non omnes res ſcripſit in inuentario, ſed aliquas omiſit, ac celauit, ſciens prudenſque, nec poſtea etiam adiecit: vtrum amittat inuentarii beneficium, an vero in duplũ tantum teneatur rei omiſſæ. Etenim, cum in duplum teneri probat textus, in l. vlt. §. licentia, C. de iure delib. *Licentia* (inquit tex) *danda creditoribus ſeu legatariis vel fideicommiſſariis, ſi maiorem putauerint eſſe ſubſtantiam à defuncto derelictam, quam hæres in inuentario ſcripſit, quibus voluerint legitimis modis quod ſuperfluum eſt* A *approbare, vel per tormenta forſitan ſeruorum hæreditariorum, ſecundum anteriorem noſtram legem, quæ de quæſtione ſeruorum loquitur, vel per ſacramentum illius, ſi aliæ probationes defecerint, vt vndique veritate exquiſita, neque lucrum neque damnum aliquod hæres ex huiuſmodi ſentiat hæreditate: Illo videlicet obſeruando, vt ſi ex hæreditate aliquid hæredes ſurripuerint, vel celauerint, vel amouendum curauerint, poſtquam fuerint conuicti, in duplum hoc reſtituere, vel hæreditatis quantitati computare compellantur.*

Hoc cum ita ſit, non debet amittere beneficium inuẽtarij; nam ſi illud amitteret, & ſimul etiam in dupli pœnam incideret, grauius puniretur, quàm is qui intra tempus conſtitutum inuentarium non confecit, qui in eo dũtaxat, punitur, quoniam inuentarii beneficium amittit, vt in d. l. vlt. §. ſi vero poſtquam, C. de iure deliber. cum tamen plus delinquat, quia bona ſurripuiſſe præſumitur, & longè plura, quàm is, qui vnam duntaxat rem oc- B cultauit.

Præterea, nemo duplici pœna eſt afficiendus ob unam & eandem cauſam, l. Sanctio, in fi. ff. de pœnis, l. Senatus, ff. de accuſ. Argumento vaſalli id confirmari poteſt. Nam vaſallus qui partem feudi alienat abſque domini conſenſu, illam duntaxat partem amittit, non etiam totum feudum, vt docet Glo. in c. 1. §. allodii, de prohib. feudi alien. per Frideric. Clarus, §. feudum, q. 31. verſ. Sed pone vaſallus. Et cum res ſit dubia, & obſcura, mitior pœna locum habere debet, l. interpretatione, ff. de pœnis, Dec. ad l. ſemper in obſcuris, nu. 10. de reg. iur. Alciat. de præſumpt. reg. 3. præſumpt. 6.

Denique iſthæc videtur eſſe magis communis Doctorum ſententia. Ita enim docent Odofred. in d. l. vlt. §. licentia, C. de iure deliber. & Oldradus, vt refert Cynus, Barto. in conſ. 154. nu. 8. lib. 1. Fulg. & Salic. in d. §. licentia, necnon etiam Caſtr. & Alexan. num. 4. poſt Imolam, quem citat Corneus ibidem, num. 9. Iaſ. & Iacop. Roma- C nus in conſ. 276. num. 8. Alexand. de Neuo, in conſil. 38. num. 17. Ang. Aret. de teſtamen. Glo. 12. col. vlt. Guliel. de Bened. cap Raynucius, verſ. Mortuo itaque teſtatore, num. 402. de Teſtam. Procellinus de inuentario, c. 3. nume. 6. Vitalinus tract. Clauſular. clauſula 41. nu. 38. Bellonus in conſi. 30. num. 6. Portius in conſ. 50. num. 7. cui ſubſcripſere Mantica, Tornïellus, Ragerius & Caterus. Benincaſius de Paupertate, q. 9. Villalob. comm. op. verſ. hæres, nume. 8. Roland. de inuentario, 4. par. 3. vtilitate, §. quod ſi hæres, verſ. Quid dicendum. Monticalus de inuent. nu. 154. Caualcan. de tutor. & curat. nu. 10. Io. Coraſius de inuentar. num. 24. Dionyſius Pontanus ad conſuetudines Bleſenſes, ti. 2. ar. 5. ti. de inuentario, q. 7. Dominus meus Decianus in conſ. 49. nu. 56. lib. 2. Menoch. qui hos citat, in conſ. 571. lib. 5.

Verùm iſtis non obſtantibus, contrariam ſententiam veriorem puto, nempe, hęredem hoc in caſu beneficio inuentarii indignum eſſe, ac merito priuandum, ſi ita lega- D tarii & creditores velint. Moueor in primis ex §. ſin autẽ dubius, iuncto §. Et ſi præfatam, d. l. vlt. C. de iure delib. Dicitur in §. ſin autem dubius. hæredem inuentarium conficientem ſubſcriptionem ponere debere *ſignificantem, & quantitatem rerum, & quod nulla malignitate circa eas ab eo facta, vel facienda, apud eum remaneant.* Sequitur §. & ſi præfatam. vbi dicitur: *Si præfatam obſeruationem hæredes ſolidauerint, hæreditatem ſine periculo habeant, & legis Falcidiæ aduerſus legatarios vtantur beneficio, & in tantum hæreditariis creditoribus teneantur, in quantum res ſubſtantiæ ad eos deuolutæ valeant.*

Igitur, ſi hæres non deſcripſit omnia bona in inuentario, ſed circa aliqua malignatus eſt, ea occultando, nõ eſt dignus beneficio legis.

Reſpondent contrariæ ſententiæ autores, ſumi non poſſe argumentum à contrario ſenſu, eo modo, quia repugnat textus in dicto §. licentia. Sed replicari poteſt, immò ſumi poſſe argumentum à contrario ſenſu; nam quod attinet ad dicto §. licentia, infra reſpondebitur.

Proba-

Probatur: quia, nisi tale argumentum sumeretur, illa verba sequentia perperam subijcerentur: *Etsi præfatam obseruationem solidauerint*, &c. nam etsi non solidauerint, idem tamen statutum esset, quod est absurdum. Præterea valet argumentum regulariter à contrario sensu, vt notum est ex l. prima, ff. de offic. eius, cui mand. est iurisdict. Tertiò dicit textus in §. si vero postquã, hæredem qui non confecit Inuentarium intra tempus constitutum, legis beneficium non habere, quam contemnendam putauit. Sed nonne & hæres, qui non omnes res apponit, legem contemnere videtur? Quartò dicit textus. *Subscriptionem tamen hæredem supponere necesse est significantem & quantitatem rerum, & quod nulla malignitate*, &c. Subdens: *Et si præfatam obseruationem solidauerint*, &c. Si hæres non subscribat inuentario, amittit legis beneficium, quia non obseruat eius præceptum, vt respondit egregiè Natta in consil. 214. nume. 13. & Roland. de Confect. inuent. 3 parte §. Requiritur. Cur ergo inuentarij beneficia habere debeat is, qui scripsit quidem, sed non fideliter, scilicet omnia bona indicans, vt debuit? Quid plura? vrget hoc argumentum Iustinianus ipse, in §. sancimus, in Authen. de hæred. & Falcid. ibi mandat inuentarium fieri secundum legis formam; et si non fiat, priuat hæredem beneficiis quæ illi concessit.

Et hoc est secundum argumentum, quod me mouet, nempe, ex dicto §. sancimus: *Fiat igitur inuentarium*, inquit textus, *ab hærede metuente, ne forte non habeat posse debita et legata. Falcidiam, secundum modum & tempora, per quæ dudum sancimus, quando homines excepimus ex damno rerum suarum in aditionibus, statuentes onera vsq; ad substantiæ relictæ mensuram.*

Hic Imperator æquiparat modum & tempora inuentarii conficiendi: Sicut ergò, cum intra constitutum tempus non fit inuentarium, hæres illius commodo priuatur, ita etiam priuari debet, si non fiat secundum modum & formam à lege præscriptam, qui modus est, vt omnia bona scribantur in eo, & nulla fiat malignitas, vel fraus.

Et ideo subdit textus: *Illo adiecto solo, vt oporteat huiusmodi hæredem, qui non creditores solum, sed etiam legatarios & fideicommissarios veretur & metuit, non damnificari solum, sed etiam non lucrari*, &c. Quibus verbis declarat Imperator hæredem, qui non vult damnificari; hoc est, ultra vires hęreditarias obligari, inuentariũ conficere oportere, secundum modum & tempora iam sancita: Ergo, si modus non seruetur, hæres inuentarij commodum & beneficium amittet.

Tertio confirmatur hæc sententia ex verbis sequentibus eiusdem textus: *Si verò non fecerit*, inquit, *inuentarium secundum hanc figuram, quam prædiximus, non retinebit falcidiam, sed complebit legatarios & fideicommissarios, licet pura substantia morientis transcendat mensuram legatorum datio*: *Et hoc dicimus, non nostram minuentes legem, quam posuimus, vt nihil de proprio damnificentur hæredes creditoribus; sed hoc, dabit ei pœnam exactio suæ malignitatis, cur transcenderit leges, quibus caute omnia agens, nihil poterat damnificari: sed ex diuerso etiam falcidia lege lucrari.*

Respondent Bartolus in dicto consilio 154. lib. 1. & Vitalinus de Clausulis loco superius relato, illum textum loqui de hærede, qui non confecit inuentarium; non autem de eo, qui confecit & aliquid omisit. Non rectè; quia textus non simpliciter dicit: *Si vero hæres non fecerit inuentarium*; sed dicit: *Si vero non fecerit inuentarium secundum formam prædictam*. Quibus verbis paret, sermonem esse de eo, qui non fecit inuentarium secundum formam legis. Præterea dicit textus: *Sed dabit ei pœnam exactio suæ malignitatis*. Quæ verba locum habent in hærede, qui confecit quidem inuentarium, sed malignè, celando scilicet, vel surripiendo aliqua bona. Huc & illa verba spectant; *Cur leges transcenderit, ex quibus cautè omnia agens, nihil poterat damnificari*. Hæc enim

A verba rectè conueniunt in hæredem, qui inuentarium fecit, sed non cautè, non rectè, non secundum leges.

Respondent præterea contrariæ sententię autores, aliud ex illo textu non induci, nisi hæredem, qui secundum leges antiquas non poterat ex re omissa in inuentario Falcidiam detrahere, & qui secundum Iustiniani legem in duplum tenetur, rei omissæ, nunc Falcidiæ beneficio penitus priuari, quoad omnes res hæreditarias. Ita Menochius dicto consilio 471. libro quinto, sed non placet hæc responsio; Quia manifestè repugnat verbis textus: Ait enim hæredem, qui non fecerit inuentarium *secundum figuram prædictam, complere debere legatarios, etiamsi substantia morientis mensuram transcendat legatorum datio*. Quibus verbis apparet non solum hoc Imperatorem velle, vt hæres amittat Falcidiam, verum etiam, vt teneatur vltra vires hæreditarias. Quod magis patet ex sequentibus verbis; *Et hæc dicimus, non no-*
B *stram minuentes legem, quam posuimus, vt nihil de proprio damnificentur*, &c. *Sed hoc dabit ei exactio suæ malignitatis, cur transcenderit leges, ex quibus cautè oĩa agens, nihil poterat dãnificari: sed ex diuerso etiã falcidia lege lucrari.*

Et hanc sententiam amplexi sunt multi, quibus autoribus vtor, ita enim docuere Bartolus in l. rescriptum, ff. de his quibus vt indig. Bald. in dicta l. vlt. § licentia, & in consilio 219. num. 4. libro primo, consilio 243. num. 6. lib. 5. Abb. consil. 73. lib. 2. Guido Papæ consil. 42. & tracta. de inuentario. num. 8. Ioan. Crotus in consil. 201. nume. 23. Ioannes Petrucius olim appellatus, Doctor integerrimi iudicii, vt refert Corneus, in d. §. licentia, Mansuerius in sua Praxi, tit. de success. colum. vlti. nume. 49. Bertachin. tracta. de Episcopis. lib. 4. parte 4. nu. 34. Natta in cons. 574. nu. 16. Herculanus ad l. Paulus, ff. ad leg. Falcid. Dominus meus Cephalus, in consi. 314. num. 24. lib. 3. cons. 506. nu. 14. lib. 4. cons. 702. num. 16. lib. 5. Crauetta in cons. 348. nu 46. Menoch. in consi. 89. num. 146.
C lib. 1. Cardinalis Albanus in cons. 2. num. 16. & 19. Hipp. Riminal. in cons. 417. nu. 124. lib. 4. Phanucius de Inuentario, in 3. parte. nu. 53.

Ad argumentum contrariæ sententię sumptum ex §. licentia, respondeo, illum textum loqui, & locum sibi vindicare eo in casu, quo creditores ac legatarii probare volunt hæredẽ aliquid occultasse & celasse ex bonis hæreditarijs, ad eum finem, vt veritate detecta, non lucretur, sed ex bonis occultatis satisfieri possit ipsis creditoribus & legatariis; Hoc in casu eis licentia datur id probandi, & propterea decernitur, vt hęres conuictus, dupli pœnam soluat. Sic enim ait textus; *Licentia danda creditoribus, vel legatariis*, &c. *vt veritate vndique exquisita neque lucrum aliquod, neque damnum hæres ex huiusmodi sentiat hæreditate*, &c.

Cæterum, si hac via prætermissa creditores & legatarij allegauerint hæredem indignum esse commodo & beneficio legis; quia non confecit inuentarium secundũ
D formam & modum à lege pręscriptum; quin hæc allegatio eis profutura sit, ad hoc, vt hęres omni prorsus commodo Inuentarij cadat, nihil proponi video. Alioquin repugnantiam lex Iustiniani continebit. Vno enim in loco statuet hæredem pęna dupli coercendum propter dolum & malignitatem. Alio loco, commodo ac beneficio Inuentarij multandum. Cum igitur promptum sit leges legibus concordare, l. 1. C. de inoffic. dotib. dicendum est, hęredem priuari ex causa, de qua agitur, commodo inuentarii, nisi legatarii & creditores elegerint aliam viam, nempe, demonstrandi ac probandi alia esse in hæreditate bona, præter ea, quæ descripta sunt in inuentario; ad hoc vt ex eis satisfiat, neq; dolosè illa hęres lucrifaciat: tunc enim electa illa via ex rebus celatis creditoribus & legatariis satisfiet, & præterea pœna dupli hæres mulctabitur.

Quod vero dicebatur hæredem, qui non confecit inuentarium tempore constituto plus peccare, quam eum, qui res aliquas celauerit, haud immeritò negari potest; si quidem eius, qui bona aliqua celauit, iã dolus certus est,

T & mati-

& manifestus: cæterum eius, qui Inuentarium facere distulit, non est certus, sed præsumptus dolus.

Nec absurdum est, duplicem hanc viam concedi legatarijs, & fideicommissarijs. Nec enim duplex est pœna hæredi inflicta, quæ vno & eodem tempore locum sibi vendicet; sed ita res habet. Si legatarij & creditores contenti erunt, vt in lucem prodeat res ab hærede subtracta, multabitur pœna dupli: retinebit tamen in alijs Inuentarij, ac legis beneficium, neque enim vltrà res hæreditarias, & dupli pœnam condemnabitur. Si verò eligent hanc viam, vt beneficio Inuentarij hæres careat, cessabit pœna dupli, & ille tenebitur vltrà vires hæreditarias: Quare ad rem non pertinent, quæ de vasallo dicuntur, & de mitioris pœnæ interpretatione in re dubia. nam hæres in totam formam à lege præscriptam circa Inuentarij confectionem peccauit, dum malitiosè res subtraxit; & ideo omni legis beneficio carere debet, quam contemnendam putauit, & hic clara est legis constitutio non dubia, vt ex dictis patet.

CAPVT XXXVIII.

Trebellianica nunquid hæres priuetur ob Inuentarium non confectum.



DE Trebellianici quadrantis detractione, quę Senatusconsulti autoritate cōstitutum est, in hærede rogato per fideicommissum hæreditatem restituere, nobilis est controuersia inter Doctores: Sitne ei locus, cum hæres Inuentarium non confecit? Negant plures quàm sexaginta Doctores à Cacherano citati, decis. Pedemont. 147. Qui testatur ita iudicasse Senatum Taurinensem. His accedant Fernandus Vasquius, de success. Creation. lib. 1. §. 8. num. 14. Purpuratus, in cons. 1. num. 5. & 375. nu. 8. lib. 1. & 568. num. 27. lib. 2. Pancirolus in cons. 98. nu. 30. Menochius in cons. 272. nu. 81. lib. 3.

Sed contrariam sententiam secuti sunt alij, fortè plures numero, quos commemorat Roland. à Valle, in consil. 27. lib. 1. Phanucius de Inuent. par. 7. num. 32. Dominus meus Decianus, in consil. 49. lib. 1. Dominus meus Cephalus, in cons. 392. num. 59. lib. 3. Hyppol. Riminal. in cons. 187. lib. 2. Stracca ad Crauettam in cons. 17. Andræas Geyll, lib. 2. Obseruat. 138. Sarmientus, lib. 2. Selectarum Interpretationum, cap. 7. Isti docent, locum esse detractioni Trebellianicæ, licet hæres Inuentarium non confecerit.

Alij quos refert, & sequitur Hyppolit. Riminald. in cons. 156. num. 58. lib. 2. distinctione vtuntur: Aut hæres statim à morte testatoris hæreditatem adiuit, eamque fideicommissario restituit, & tunc etiam Inuentario nō confecto lucratur Trebellianicum quadrantem; quoniam nulla est suspicio ipsum aliquas res surripuisse, cū hæreditatem statim restituerit. Aut hæres non statim restituit, sed post aliquod tempus; quia fortè sub conditione rogatus erat restituere, quæ non tam citò euenit, & tunc ob Inuentarium non confectum Trebellianicam amittit, quia surripuisse aliqua bona præsumitur.

Alij denique distinguunt inter extraneum hæredem, & filium testatoris defuncti: hæredem extraneum Trebellianicam amittere docent; filium verò nequaquam. Huius sententiæ autores commemorat Dominus meus Decianus, in cons. 49. num. 61. lib. 2. Franciscus Bursatus, in cons. 44 num. 19.

Mihi verò perpendenti & fundamenta Doctorum & eorum autoritatem, ac reliquas omnes circumstantias, probabilior videtur eorum sententia, qui simpliciter negant Trebellianicam amitti ob Inuentarium non confectum. Primò, quia hanc sententiam secuti sunt Ioannes Andræas & Bartolus, quorum alter inter iuris Canonici antiquos Interpretes, alter inter iuris Ciuilis magnam habet autoritatem in iudicijs, vt dicebat in proposito Natta in cons. 220. Deinde, quia hanc sententiam Rota

A Romana secuta est apud Cassiodorum, tit. de Testamentis, decis. 3. num. 6. Cuius quanta sit autoritas, nemo est qui nesciat, ex traditis à Ludouico Gomes. in proœmio Regularum Cancellariæ. Vantio, tit. de Nullitate ex defectu iurisd. deleg. num. 20. Menochio de Præsumpt. libro 2. cap. 71. nu. 13. Tertiò, quia & Imperialis Camera eandem sequitur, teste Andræa Geyll, loco proximè citato, & Mynsingero Centur. 3. Obseru. 60. Denique eā ob causam, quod hæc sententia consuetudine recepta videatur, teste Baldo in cons. 383. lib. 1. Corneo in cons. 80. in 8. dub. lib. 4. Soc. iun. in cons. 137. lib. 1. & 88. lib. 4. & Aufrerio ad Capellam Tholosanam, decis. 314.

Fundamentum verò iuris illud mihi videtur satis firmū; quod nulla sit lex; *tale aliquid dicens*, vt verbis vtar Iustiniani, ad aliud tamen propositum, in Auth. de non eligend. secundò nubentes, §. cum igitur: Cum enim nulla lex inducat talem priuationem, nostrum non est illam inducere, cum nulla nos necessitas compellat, vt B ex responso ad argumenta contrariæ sententiæ apparebit.

Primum argumentum est: Hæres non conficiens Inuentarium, amittit legis Falcidiæ beneficium, vt in Authen. de hæredibus, & Falcid. §. hinc nobis, ergò & Trebellianicæ, præsertim, quia est eadem ratio. Nam Falcidiæ beneficium cur amittat, Iustinianus ibi declarat, dicens: *Vt non per ea, quæ fortè surripiunt, aut malignātur, inducere tentent Falcidiam*, & c. Hęc ratio locum sibi vendicat in Trebellianica.

Respondeo, negando consequentiam: quia non debent odia & pœnales Constitutiones temerè extendi. Et dum subijcitur, eandem esse rationem in Trebellianica, respondeo id negando. Nam textus ita dicit: *Vt non per ea, quæ fortè surripiunt* (hæredes) *aut malignantur, inducere tentent Falcidiam; cum vtique, si nihil malignati essent, fortè non competeret.* Hæc ratio Trebellianicæ non conuenit; quia etsi nihil hęredes restituere graC uati malignantur, idest, nihil surripiant vel occultent, semper tamen detrahere possunt quartā partem pro autoritate Senatusconsulti Trebelliani. In Falcidia, quæ locum habet, cum vltrà dodrantē legatis hæreditas grauatur, hæc ratio optimè procedit. Nam si hæres nil surripiat, facilè fiet, vt legatis solutis ac detractis, remaneat illi quarta pars integra hæreditatis, quo in casu Falcidia cessat.

Secundum argumentum: Falcidia & Trebellianica æquiparantur à lege veteri, vt in casibus, in quibus Falcidia cessat, etiam Trebellianica cesset, l. Marcellus, §. quod autem, ff. ad Trebell. Ergò quicquid in Falcidia est constitutum, trahi debet etiam ad Trebellianicam, argumento, l. si quis seruo, C. de furtis.

Respondeo, Falcidiam & Trebellianicam æquiparari iure antiquo, vt si Falcidia cesset, etiā Trebellianica cesset, quando vigore Testamenti conditi Falcidiæ non est locus. Ita enim loquitur textus in d. l. Marcellus. Sed hic D Falcidia cessat ob aliam causam, quàm ex Testamento; videlicet ex eo, quòd Inuentarium hæres non conficiat; ergò non id necessariò ad Trebellianicā extendi debet.

Tertium argumentum est ex eo, quòd textus in §. sancimus, in Auth. de hæred. & Falcid. dicit; cum inuentarium debet confici, citandos esse legatarios & fideicommissarios, si hæres velit non tantum damnum effugere, sed & lucrum non amittere. Igitur inuentario non confecto, textus indicat hæredem Falcidiam amittere ex legatis, & Trebellianicam ex fideicommissis. Prætetea, textus subdit: *Si verò non fecerit inuentarium secundum hanc figuram, sicut prædiximus, non retinebit Falcidiam, sed complebit legatarios, & fideicommissarios.* Ex quibus verbis significare videtur; sicut legata ita & fideicommissa integra, & absque deductione ac deminutione soluenda & præstanda esse.

Respondeo, illa verba, *non lucrari*, quæ sunt in textu, referenda esse ad legem Falcidiam, vt patet ex sequentibus ibi: *Fiat igitur inuentarium ab hærede metuente, ne*

non

non habeat Falcidiam, &c. Et rursus ibi: *Et his omnibus obseruatis habere ex Falcidia præsidium*.

Similiter & illa verba: *Complebis legataries, & fideicommissarios*, &c. ad Falcidiam pertinent. Id patet ex sequentibus: sic enim ait Imperator: *Et hac quidem dicimus, non nostrâm minuentes legem, quam posuimus, vt nihil de proprio damnificentur hæredes creditoribus. Sed dabit eis pœnam exactio suæ malignitatis, cur transcenderit leges, ex quibus cautè omnia agens, nihil poterat damnificari, sed ex diuerso etiam Falcidia lege lucrari*, &c. Nullum verbum vnquam fit amissionis quadrantis huius Trebellianici.

Quartum argumentum, Falcidiæ appellatione venit etiam Trebellianica, l. cum filio, de leg. 1. l. cohæredi, §. cum filiæ, ff. de vulg. l. irritum, l. sicut allegas, C. ad leg. Falc. l. iubemus, C. ad Senatuscons. Trebell. Ergò, quod de Falcidia in hac quæstione constitutum est, locum habet etiam in Trebellianica.

Respondeo, antecedens verum esse latè sumpto vocabulo. Etenim propriè Falcidia differt à Trebellianica, vt patet ex diuersitate nominum & titulorum de Falcidia, & ad Trebellianum, & ex re ipsa. Nam illa locum habet in hærede grauato particularibus legatis vltrà dodrantem, hæc autem in hærede grauato hæreditatem restituere. Imperator autem in ea Constitutione loquitur de Falcidia, vt patet ex illis verbis: *Hinc nobis ingressa est cura, & quædam consideratio Falcidiæ legis quæ etiam in mitis testatoribus, si expendantur res per legata, præbet ēt retinere hæredes, quantum eis impleat quartam substantiæ*, &c. Id patet etiam ex verbis positis in principio, vt suprà deductum est.

Quintum argumentum: Hæres rogatus hęreditatem restituere, tenetur reddere rationem rerum hæreditatis fideicommissario, l. cum tale, §. Titius, ff. de cond. & demonstr. Ergò tenetur inuentarium conficere, quia illud est caput & fundamentum rationum reddendarum, l. 1. §. officio, ff. de tutel. & ratio. distrahen. Ergò si illud non conficiat, legis beneficium amittere debet.

Respondeo, negando consequentiam; nam si inuentarium non confecerit, tenebitur, quanti fideicommissarij interest, argum. l. tutor qui repertorium, ff. de admin. tutor. non autem necessariò infertur eum Trebellianicam amittere.

Sextum argumentum: Hæres surripiens aliquam rē hæreditariam amittit, non solum Falcidiam, sed etiam Trebellianicam ex illa re, l. Paulus, ff. ad leg. Falcid. Ergò, si inuentarium non conficiat, Trebellianicam amittet, quia præsumendus erit subtraxisse aliquam rem hæreditariam.

Respondeo, negando consequentiam, quia non præsumit lex subtraxisse, sed dicit; *ne fortè per ea, quæ subtrahunt, tentent inducere Falcidiam*. Dubitat lex ac suspicatur, ne subtrahat, sed non absolutè præsumit.

Septimum argumentum: Hæres inuentarium non conficiens, tenetur satisfacere legatarijs, & fideicōmissarijs, & creditorib. etiam vltrà vires hæreditarias, vt in d. Nouella, de hæred. & Falcidia, Ergò fideicommissa restituere cogendus erit tota & integra, absque vlla diminutione, ac detractione.

Respondeo, hæredem vltrà uires hæreditarias, & sic in solidum teneri creditoribus, & legatarijs, ac etiam fideicommissarijs particularibus: ita enim loquitur textus in d. Nouella, non autem vniuersalibus fideicommissarijs, quia detrahere poterit quartam ex Trebelliano, cū illa non priuetur ibi ab Imperatore, sicut Falcidia, nec respectu fideicommissi vniuersalis, nempe, oneris hæreditatem restituendi, dici potest, vltrà vires hæreditarias hæredem fore obligatum, vt patet, quia tantum restituit hæres grauatus, quantum est in hæreditate, non plus.

Postremum argumentum: Cum hæres inuentarium non conficiens, damnum patiatur, quia vltrà vires hæreditarias tenetur, vt dictum est, videtur dicendum eum

A multò magis amittere debere lucrum Trebellianicę, argumento, l. vlt. C. de Codicillis.

Respondeo, negando consequentiam; neque enim pœnæ sunt extendendæ, & si argumentum valeret, opus non erat exprimere de Falcidiæ amissione, de qua tamē, cum expressè cautum sit, & nihil de Trebellianicæ amissione, argumentum sumi potest, non idem placuisse legislatori, quoad Trebellianicam, quod placuit circa Falcidiam.

CAPVT XXXIX.

Hæres inuentarium conficiens, an possit creditoribus & legatarijs in solutum offerre res hæreditarias, ad interpretationem l. vlt. § & si præfatam, vers. Sed & à legatarijs, C. de iure deliber.

B EST etiam controuersia; vtrum hæres, qui inuentarium confecit, dare possit in solutum bona hęreditaria creditoribus & legatarijs. Textus legis ita dicit. *Sed & si legatarij interea venerint, eis satisfaciant ex hæreditate defuncti, vel ex ipsis rebus, vel earum forsitan venditione*. Controuersia inquam est, quomodo illa verba accipienda sint; sunt autem verba l. vlt. §. & si præfatam, C. de iure deliber.

Cynus & Iacobus de Arena, quos refert & sequitur Roland. à Valle, de Confectione inuentarii, parte 4. §. quæro an sit dare, necnōn Phanucius, de inuentario, parte sexta, numero secundo, ita distinguunt. Aut hæreditas est soluendo; & tunc hæres soluere cogendus est in pecunia numerata, argum. l. si pecunia, de leg. 1. l. hæredes, §. vlt. ff famil. hercisc. aut soluendo non est: & tunc hæres vendere tenetur res hæreditarias, si quis inueniri possit, qui absque euictionis obligatione emere velit.

C Bartolus verò in d. §. & si præfatam, ita distinguit: vt si certum sit res hæreditarias in dominio fuisse testatoris, tunc hæres ea vendere teneatur, & ex precio satisfacere, si reperiatur, qui emere absque promissione euictionis velit: Si verò sit dubium, an defunctus dominus fuerit rerum necne, tunc, ne hæres ab emptore vexetur euictionis nomine, vendere bona non tenetur. Bartolum sequi videtur ibi Alexander, dum ad eum se remittit.

Baldus autem dicit, hæredem dare posse creditoribus bona vendenda cum protestatione, quod non intendat de euictione teneri. Alii aliter docent, ac distinguunt, vt videre licet ex Francisco Bursato, in consil. 9. libro primo.

Ego, si pecunia reperiatur in hæreditate sufficiens ad satisfaciendum creditoribus & legatarijs, non dubito, quin hæres teneatur & debeat ex ea satisfacere; Cæterum, si non adsit pecunia sufficiens, hanc esse puto Iustiniani sententiam, vt ex suis proprijs pecunijs hæres cogi non possit ad soluendum, *sed ex ipsis rebus defuncti vel earum venditione; Ex ipsis rebus*: hoc est, si pecunia sit relicta, seu debeatur illam creditoribus soluendo: si non sit pecunia, sed aliæ res, illas tradendo in solutum, si creditores uelint accipere; Neque enim aliud pro alio inuito creditore solui potest, l. 2. §. Mutui datio, ff. si certum pet. Cæterum, si accipere recusauerint, vendi debet ab hærede, & ex precio creditoribus satisfieri. Vendi inquam debet, eo modo, quo poterit iustè, & sine læsione: ita ut euictionis periculo non hæredis bona (illum enim ab omni damno præseruat inuentarium) sed hæreditaria subiaceant. Quod si non inueniatur emptor, res addici poterunt ipsis creditoribus. argumento l. à Diuo Pio, §. si pignora, ff. de re iudicata.

CAPVT XL.

Vtrum pupillaris substitutio tacita, quæ in expressa vulgari continetur, locum habeat, matre existente in medio.

EXistimo pupillarem substitutionem tacitam quæ in expressa vulgari continetur, locum non habere matre pupilli viuente; quia illa substitutum excludit, succeditque filio in pupillari ætate præmorienti. Moueorque potissimum autoritate duarum legum, nempe, l. precibus, C. de Impub. & alijs sublbit. & l. vlt. C. de institut. & substit. Et quod attinet ad l. precibus, illa verba perpendo & induco: *Nam non est incerti iuris: quod si quidem in patris militis positus potestate, primo tantum casu habuit substitutum, & patri hæres extitit: eo defuncto ad te omnimodo eius pertineat successio.*

Illa verba: *primo tantum casu*, significant vulgarem substitutionem expressam. Illa verba, *ad te omni modo eius pertineat successio*, significant matrem filio succedere quandocunque morienti, siue in pupillari ætate, siue postea quandocunque. sunt enim generalia & præcisa valde, nec vllum excludunt tempus: vt neqnaquam verisimile sit, tempus pupillaris ætatis excludi, si enim illud excluderetur, dicendum erat; *eo defuncto post pupillarem ætatem: vel eo defuncto pubere, ad te successio pertinebit.*

Quod vero attinet ad l. vlt. C. de instit. & substit. mouent me illa verba: *Nos itaque in hac specie Papinianam dubitationem resecantes, substitutionem quidem in huiusmodi casu, vbi postumus natus adhuc impubes viua matre decesserit, respuendam esse censemus. Tunc autem tantummodo substitutionem admittimus, cum postumus minimè editus fuerit, vel post eius partum mater prior decesserit.*

Præclarè Cuiacius lib. 12. Obser. 27. ad finem: *Quia non tantum ea ratione vtitur l. vlt. Quod mater sit cohæres adiecta filio, sed quod æquum sit, matrem, ad quam summus mæror morte filii peruenit, & amissi filii & luctuosæ hæreditatis damnum non sentire ex solo tacito intellectu pupillaris substitutionis. quæ ratio locum habet etiam matre filio cohæredi non adiecta, & cessat in alio legitimo hærede.* Hactenus Cuiacius.

Et hanc esse communiorem Doctorum sententiam non ignoro: sed eam & probabiliorem contendo, Autores non laudo, quoniam in Scholis trita est quæstio in explicatione d. l. precibus, citantur fusè à Trentacinquio de substitutionib. parte 1. cap. 12.

Nec difficile est ad argumenta respondere, quibus contraria nititur sententia; vel etiam eas diluere obiectiones, quæ aduersus argumenta nostra afferri solent.

In primis Fulgosius dicebat, non constare, an in facti specie, de qua loquitur l. precibus, filius impubes decesserit, nec ne. Respondeo, satis est constare matrem esse admittendam ad successionem, eo quandocunque defuncto, siue ante, siue post pubertatem: quod probatur illis verbis: *Eo defuncto ad te* (Matrem) *omnimodo eius successio pertineat.*

Secundò obiicit Salycetus, in ea specie, de qua Imperator loquitur, substitutionem factam fuisse in primum casum tantum; & sic fuit substitutio duntaxat vulgaris quæ pupillarem non continebat. Respondeo, illa verba reatus *primo tantum casu* posita esse ad differentiam substitutionis factæ in secundum casum, vel expressa vel compendio, vt patet ex verbis sequentibus: *Si verò*, inquit, *substitutio in secundum casum*, &c. non autem significant ita in primo casu substitutionem factã, vt illa non posset comprehendere pupillarem tacitè iuxta eius vim & naturam, l. Lucius, ff. de vulg.

Tertiò opponit Viglius in Institut. de substit. num. 16. textum in l. Lucius, ff. de vulg. in illis verbis: *Aliter si eiusdem ætatis liberi instituti inuicemq́ substituti fuissent, tunc enim altero defuncto intra pubertatem, eius successio*
A *non ad matrem, sed ad substitutum fratrem eius deuoluitur.* Quibus verbis probatur, pupillarem tacitam, quæ in reciproca continetur, matrem excludere: Ergò etiam tacita pupillaris, quę in vulgari continetur matrem excludet. Respondeo, pupillarem, quæ continetur in reciproca, non esse tacitam, sed expressam verbis illis generalibus: *Vos inuicem substituo.* censentur enim filii generaliter substituti, tam in primum casum, scilicet vulgaris, quàm in secundum, nempe pupillaris. Alia est ratio de tacita vulgari, quæ nullo modo ea verbis vulgaribus comprehenditur, illis nempe, *si hæres non erit*, sed venit ea tacito legis intellectu ac subtili quadam interpretatione; quæ proinde cessare debet matre existente viua, ne à luctuosa filii hæreditate excludatur.

Quartò obiicit idem Viglius l. vlt. C. de Instit. & substitut. perpendens in eius specie matrem substituto præferri propter voluntatis coniecturam; Erat enim hæres adiecta. quo argumento vsus est etiam Vasquius de succes. creat. lib. 2. §. 15. tit. de Exemplari, num. 10. B Respondeo, vt suprà dictum est, non eam solam rationem fuisse, quæ Imperatorem mouit; sed quia non est æquum et visum, vt ex tacita quadam, ac subtili iuris interpretatione ac intellectu mater excluderetur.

Quintò adferunt contrariæ sententiæ autores regulam cum limitatione, l. Lucius, ff. de vulga. ex qua probatur vulgari expressa, contineri tacitam pupillarem, & nõ excipitur ille casus, cum mater superest. Respondeo, aliis legibus ac rationibus excipiendum, vt docent argumenta communis sententiæ.

Sextò, adferunt argumentum, taciti & expressi eandem esse virtutem, l. cum quid, ff. si certum petat. Et ideo sicut expressa pupillaris matrem excludit, ita etiam tacita. Respondeo, in hac materia diuersam esse rationem inter pupillarem expressam, & tacitam. Nam expressa vocat absolutè substitutum, & consequenter matrem excludit. Tacita verò, non vocat absolutè substitutum, C sed illum vocat ex tacito quodam intellectu, qui contra matrem locum non habet. Quædam alia solent adferri, sed leuiora, quibus diligenter Trentacinquius respondit loco annotato, vt nostro non sit opus labore, nec res vllam habeat difficultatem.

CAPVT XLI.

Pupillaris substitutio tacita, an excludat matrem, quando substitutus est filius testatoris.

SEd & controuersia est in eadem facti specie. quid si substitutus non sit extraneus, sed filius testatoris, vtrum pupillaris substitutio tacita, quæ in expressa vulgari continetur, matrem excludat? & non excludere Bartolus respondit in d. l. precibus, C. de impuber. & aliis substit. cuius sententia communiter recepta est, vt late addu D ctis autoritatibus tradit Alexander Trentacinquius de substitutionib. in 1. parte, cap. 12. nu. 22.

Fundamentum vero est in eo positum: quod paterfamilias, qui substituit, magis filium diligere præsumatur, quàm vxorem, argum. l. isti quidem, ff. de eo quod metus cau. & eorum, quæ habentur in l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. consequenter præsumitur voluisse substitutum matri præferre.

Contrariam sententiam amplexus est Baldus in dicta l. precibus, numero decimoquarto, & Imolensis in l. moribus, ff. de vulga. & pupilla. & in capitulo Rainucius. in materia pupillaris substitut. de testamen. quorum fundamentum est; quoniam pupilli bona & hæreditas magis debeatur matri quam fratri. Nam matri legitima debetur, & potest inofficiosum testamentum dicere, l. nam etsi parentibus, ff. de inofficio. testamen. frater vero non potest, nisi turpibus personis institutis, l. fratres, C. eod. tit.

Tertia est sententia Alexandri in d. l. moribus, nu. 35.

quem

quem secutus est Decius in d.l.precibus,adhibendam esse banc distinctionem: Aut filius impubes, cui facta est vulgaris substitutio expressa,adiuit hereditatem patris, & sic est commixta paterna cum pupillari, tunc procedat Bartoli sententia;quia cum heres pupilli sit hæres testatoris,l.paterfamil.ff.de vulg & pupill.l.vlt.C.de hæredib.instit.ratio Bartoli militat, & ratione commixtionis substitutus consequitur,quod aliàs non consequeretur: sicut & aliquando cōtingere solet,vt in l.si communem, ff.quemad.seruit.amit. Aut filius abstinuit ab hæreditate paterna,& sic tractamus solum de pupillari tacita,quoad bona ipsius pupilli ; & tunc,quia Bartoli rationes cessant contraria sententia locum sibi vindicare potest.

Ego hac in re sic statuo, in proposita facti specie iniquum videri, vt ex tacita quadam interpretatione & intellectu, mater excludatur à luctuosa filij successione, quæ à lege ei defertur, vt notum est. Sed quoniam etiā frater pupilli vtrinque coniunctus vocatur vna cum matre.vt in Authen.Defuncto,C.ad Tertyllian. opinor ipse hoc in casu tacitam substitutionem eatenus cessare, vt filij defuncti successio tam ad matrem, quam ad fratrem æqualiter diuidendam pertineat. Nec aliter præsumendum est voluisse testatorem. Eius enim voluntas talis esse præsumitur,qualis iustitia exigit, vt in l. Hæredes mei, §.Cum ita, ff. ad Trebellian. & ibi Bartol. not. num.4.Alexand.num.9. Estque tritissima & receptissima propositio.

Nec me mouet,quod dicitur, patrem plus diligere filium, quam vxorem. Nam hoc dato non propterea præsumitur ita eum diligere,vt contra ius & æquitatem, debitam matri successionem auferre velit, in re dubia & obscura. Cur enim expresse filium, exclusa matre,non substituit,is qui tanto filios suos prosequitur amore? Neque verò leges patris erga filios amorem ita prædicant, ac præsumunt,vbi æquitas & ratio repugnat.

Porrò ad rem nostram haud quaqnam pertinet id, quod habetur in l.cum acutissimi, C. de fideicommissis, quia agitur ibi de substitutione facta filio testatoris ita interpretanda,vt locum habeat,si filius absque liberis decesserit,ne videatur testator propriæ soboli alienam anteponere.quæ sanè iustissima est interpretatio. At hic longè diuersa est species,& diuersam habet rationem,vt dictum est.

Et licet hæres hæredis videatur hæres esse testatoris, vt Alexander distinguendo dicebat, nihil tamen id obstat; quia id esset verum in proposito, si succederet substitutus exclusa matre pupilli;sed hoc est, de quo disputatur: Dicimus enim patris hæreditatem aditam, effectam esse patrimonium pupilli adeuntis, iuxta l.prim, §.veteres,ff.de acquiren.possess. ac proinde ad legitimos hæredes pertinere,matrem scilicet pupilli,& fratrem,nisi contraria sit defuncti patrisfamilias voluntas, eaque euidenter appareat;non autem ex tacito intellectu; quia tacitus intellectus non est admittendus ad matrem excludendam à luctuosa filij successione, l. vltim. C. de instit.& substit.

CAPVT LXII.

Pupillaris substitutio expressa matrem à legitima an excludat: & quid in foro conscientia?



NOn est dubium, quin substitutio pupillaris expressa matrem viuentem à legitima excludat; quoniam & iure Cæsareo,& Canonico id satis disertè cautum videtur. Iure quidem Ciuili his verbis: *Sed neque impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit: quia pater hoc ei fecit*, vt in l. Papinianus, §. sed neque impuberis, ff.de inofficio.testamen. Nam si testamentum inofficiosum dicere non potest; necesse est affirmare substitutionem pupillarem(quod impuberis filii testamentum Iurisconsultus appellat) excludere matrem etiam à legitima;quia

A si non habet querelam, nec legitimam habere potest. Iure autem Canonico clarius his verbis: *Licet autem filius testamento suo matrem portione iure naturæ debita priuare non possit, pater tamen in testamento, quod filio impuberi facit, potest. Nam testamentum huiusmodi pupillare paternum, vel paterni potius pars est testamenti.* vt in ca. primo,de testamentis, libro 6. quam ob rem licet nonnulli Doctores contrarium scripserint, vt videre licet ex Alexandro Trentacinquio de substitutio.parte secunda, capit. 16.non putabam tamen hanc inter controuersias referendam. Sed vt eam inter controuersias adscriberem Iacobus Menochius effecit,qui libro quarto, de præsumpt.capitulo trigesimooctauo,latè hac de re disseruit, ac conclusionem firmauit ex iure ciuili; Matrem à legitima exclusam non esse, distinctione tamen adhibita inter bona patris & bona filij, hoc modo; vt quantum ad legitimam filio debitam ex bonis patris, & ad alia bona, quæ filius habet, mater nequaquam excludatur à

B legitima per pupillarem substitutionem; Secus autem, quantum ad alia patris bona. Argumenta eius hæc sunt; Qui non potest per se aliquid facere, non potest per alium; Sed filius per se matrem excludere non potest: Ergò nec per patrem ex pupillari substitutione, quæ est testamentum filij; & ex alterius facto, nempe patris non debet matri legitima auferri; nec priuilegium,quod pater habet testamentum faciendi pro filio, in præiudicium matris operari. Et ad text. in l. Papinianus, §. sed neque impuberis, respondet non esse bonam consequentiam: querelam non habet, ergò nec legitimam. sicuti nec bona est illa consequentia: Querelam habet, ergò & legitimam. Et denique legitimam matri deberi condictione ex l.omnimodo, C. de inoffic. testamen. & similibus. Sed summi Iurisconsulti bona pace, hæc non videntur rectè consistere. Nam quod primo dicit, expresè confutatur ex dicta l.Papinianus, §. sed neque impuberis, vbi patet patrem, qui testamentum facere di

C citur pro filio, matrem exhæredare posse, quod certè filius facere non posset, si testamentum faceret. Ergò potest per aliud hoc in casu, quod non potest per se: Ergò potest pater pupillariter substituere in præiudicium matris. Quod verò secundo loco dicit,non rectè dici;querelam non habet,ergo nec legitimam,& contrà, confutari potest ex ratione: Quia inofficiosi testamenti querela non datur nisi ijs, quibus legitima debetur. Et quod dicit ipse fratri querelam competere turpi persona instituta, & tamen legitimam non deberi, refellitur ex text.in Authent.de hæred.& Falcid.§. primum itaque, vbi Iustinianus dicit legitimam deberi filijs, nepotibus, patribus, atque matribus, & interdum etiam fratribus, videlicet, cum turpis persona est instituta. Denique quod scribit, condictione ex lege legitimam peti posse, mihi non probatur: Quia hæc condictio datur ijs, quibus querela inofficiosi testamenti competit, vt patet ex l.omnimodo, C. de inofficioso testamen. ibi:

D *Et in certis casibus, in quibus de inofficiosis defunctorum testamentis, vel alio modo subuertendis moueri solebat actio, certa & statuta lege tam mortuis consulere, quam liberis eorum, vel alijs personis, quibus eadem actio competere poterat*, &c. Quibus verbis patet, condictionem ex lege illa, ijs tantum personis datam, quibus querela inofficiosi competit, vt scilicet hæc loco querelæ subrogetur.

Controuersia etiam est, an etiam in foro conscientiæ hæc conclusio sibi locum vendicet. Etenim, sunt qui negant grauissimi autores, quippe matri legitimam in foro conscientiæ debitam esse existimant Archidiaconus, in capitulo primo, de testamentis libro sexto. Decius,ad l. precibus,numero decimo, C.de impuber. Alciatus, de quinque pedum prælcript. in principio, alios citat Trentacinquius, loco proximè citato, numero quinto. Fundamentum est in capitulo vlti. 17. quæstio. quarta,ex quo sumitur argumentum eiusmodi: Sicut parentes tenentur filiis legitimam relinquere, sic & filij

T 3 paren-

parentibus, l. nam etsi parentibus, ff. de inoffic. testamen. Sed parentes qui filios exhæredant, etiam instituta ecclesia, peccant, vt habetur in dicto cap. vlt. Ergo similiter & filij peccant; consequenter in foro cōscientię legitima matri relinquenda est, & sic debetur. Et eiusmodi leges velut contra iustitiam & pietatem seruandę non videntur in foro conscientiæ.

Cæterum, contrariam sententiam & communiorem esse constat, & probabiliorem esse non dubito. Communiorem esse patet ex Trentacinquio, loco annotato, vbi citat Lancellot. Decium, Curt. Alciat. Socin. in dicta l. precib. Ripam, in l. 2. ff. de vulg. Zasium, Vasqu. Couuar. & alios. Esse verò probabiliorem, illud argumentum demonstrat, quod Sacris Canonibus recepta sit hæc lex, quæ matri legitimam hoc in casu aufert, nullusque locus reperiatur, quo declaretur id in foro conscientiæ locum non habere, nullaque ratio id euincat. Nam iure ciuili & positiuo constitutum est, vt filio mater succedat. olim enim ex duodecim tabularum lege à successione excludebatur. Et licet ratio quædam naturalis suadere videatur ac suaserit, vt lex conderetur qua successio matri deferatur, non tamen sequitur, quin contrarium in aliquo casu decerni potuerit. Hoc autem in casu ita constitutum est: quia multas ob causas expediebat, vt parentibus liceret filijs in potestate constitutis pupillariter substituere: Et quia pater est, qui testamentum facit, ac substituit, nō cogitur instituere siue substituere matrem pupilli; facit enim principaliter testamentum pro se: & substitutio est sequela paterni testamenti: nulla verò est lex quæ ad matrem pupilli testatoris coniugem hæredem instituendā hortetur aut inducat; nulla ratio suppetit, multi enim alij sunt, qui in successione matri præferuntur. Et hoc est, quod Summus Pontifex perpendit, hoc non esse pupilli filij testamentum, sed patris, siue paterni testamenti partem.

Ex hic patet ad argumentum solutio; quia illud habet locum vbi filius testamentum facit, non vt in casu isto, quando pater est qui testatur.

CAPVT XLIII.

Ad interpretationem l. precibus, C. de impuber. & alijs substitut. & l. Centurio. ff. de vulg. & pupilla. Controuersia vna.

INsignis disputatio est & controuersia inter Doctores circa interpretationem l. precibus, C. de impub. & alijs substit. & l. Centurio, ff. de vulg. Sic enim scribunt Diocletianus & Maximianus, in d. l. precibus (referam autem verba, de quibus est cōtrouersia) *Si vero substitutio in secundum casum, vel expressa, vel compendio, non vsque ad certam ætatem facta reperiatur: siquidem intra pubertatem decesserit, eos habeat heredes, quos pater ei constituit, & adierunt hæreditatem. Si vero post pubertatem, tunc eius te successionem obtinente, velut ex causa fideicommissi bona, quæ cum moreretur, patris eius fuerunt, à te peti possunt.*

Verba autem Papiniani hæc sunt in d. l. Centurio: *Cēturio filio, si intra vicesimum & quintum ætatis annum sine liberis vita decesserit, directo substituit: Intra quatuordecim annos etiam propria bona filij substitutus iure communi capiet: post eam autem ætatem, ex priuilegio militum patris dumtaxat, cum fructibus inuentis in hæreditate.*

Communiter existimatum est, hanc esse Papiniani sententiam, vt substitutus iure directo hæreditatem obtineat: Diocletianum autem hoc velle, vt non iure directo, sed fideicommissi obtineat ac petat. Quapropter, circa conciliationem harum legum hactenus concertatum est. Non est animus mihi omnium sententias huc adferre; nec enim operæ pretium facerem. Referam duntaxat ex antiquis quatuor præcipuas interpretationes. Tum nouam Duareni. ac postremam Cuiacij, quæ mihi omnium verissima videtur. Sed præstat acumen an-

A tiquorum videre, etiam si non collimauerint ad scopum; sic enim quæ sit vera sententia facilius poterit intelligi.

Prima est sententia Accursij. Imperatoris legem locum sibi vindicare cum mater viuit, ita enim loquitur. tunc enim æquum est & vtile matri, & substitutio sit fideicommissaria: Cæterum, si mater non sit in medio, substitutio iure directo valebit, propter priuilegium militare. Eandem sententiam secutus est Zasius de substit. cap. 5.

Reprobant verò hanc sententiam Paulus Castrens. Iason & Decius, in dicta l. precibus, Alexand. in dicta l. Centurio, Viglius in §. qua ratione, in Institut. de pupill. substitut. quia matris fauor & commodum tunc spectari solet, cum de hæreditate filij agitur, non autem cum agitur de hæreditate patris; quia mater aliquem fauorē meretur, quoad filij sui hęreditatem, non autem quoad hæreditatem viri sui.

B Secunda est solutio Bartoli & Alexandri in d. l. Centurio. Iurisconsultum loqui, cum testator vsus fuit verbis directis. Imperatorem autem, cum vsus est verbis communibus; sicut est verbum substituo: tūc enim post pubertatem in fideicommissum vertitur.

Damnant hanc expositionem Iason in dicta l. precibus, & Cagnolus ibid. num. 152. Viglius & Zasius locis annotatis, & præter eos Duarenus lib. 2. Anniuersariar. disputat. cap. 7. *Qui negant*, inquit, *in ea specie substitutionem directo, & verbis ciuilibus factam fuisse* (loquitur autem de l. precibus) *communicantur verbis Diocletiani: cum ait: secundum heredem scripsisse.*

Tertia est sententia Fulgosij, quam alij secuti sunt, vt per Iasonem in dicta l. precibus, Couuar. in capi. Rainucius, §. 9. de testamen. Viglium dicto §. qua ratione, Institut. de pupil. substitut. Vasqu. de success. creat. lib. secūdo, §. 18. titu. de Compendiosa, nume. 116. etiam in ea specie, de qua loquitur Imperator, substitutum iure directo C succedere. Nec obstant illa verba, *velut ex caussa fideicommissi*; quia non significant esse fideicommissum, sed ad similitudinem fideicommissi locum esse substitutioni. Similitudo autem in eo est posita, quod per fideicommissum succedit substitutus testatori, nō autem grauato, l. cohæred. §. cum filiæ, ff. de vulga. & pupilla. Ideo etiam apud Imperatorem substitutus in bonis tantum testatoris succedere dicitur.

Non placuit hæc sententia Alexandro, in dicta l. Centurio, nec Castrensi, neque Decio, neque Cagnolo; quia si iure directo substitutus succederet in ea specie, de qua loquitur Imperator, non esset necesse petere bona, sed propria autoritate illa posset accipere. Præterea, dicit textus, bona peti posse *Patris dumtaxat quasi ex caussa fideicommissi*. Ergo implicat, si dicatur peti posse iure directo.

Quarta fuit sententia Benedicti Plumbini, quam vterque Decius secuti fuere Lancellot. & Philippus: Papi- D nianum loqui cum testator vsus est verbis directis, vt patet ex illis verbis: *Directo substituit*. At Diocletianum loqui, cum testator vsus est verbis obliquis, nempe, fideicommissum importātibus, quod probatur iuris præsumptione: Nam miles præsumitur testatus iure communi. l. in testamento. C. de milit. testam. Ius autem commune vetat, post pubertatem directò substitui, l. verbis ciuilibus, ff. de vulg.

Non placet hæc sententia; quia vt supra dictum fuit, etiam in specie d. l. precibus, testator vsus fuisse videtur uerbis directis, quia textus dicit, *secundum hæredem fecisse*, quæ uerba procul dubio sunt directa.

Quinta igitur est Francisci Duareni sententia libro secundo. Anniuersariarum disputat. capitulo septimo, quam eiusdem uerbis referre placet. Cur enim alia, quam elegantissimi Doctoris uerba referrem? Sic ait relatis uerbis d. l. Centurio, *Ex quibus verbis*, inquit, *colligimus cum pater, idemque miles substituit directo filio suo, si intra vicesimum & quintum annum decesserit, multū referre,*

referre, an filius decesserit impubes, an post pubertatem: Nã si decesserit impubes, substitutus capiet iure communi bona propria filii, tanquam ex pupillari substitutione, quia substitutio pupillaris ad bona impuberis pertinet: Si verò iam pubes filius decesserit, substitutus, propter priuilegium militis, bona capiet tantùm paterna: Substitutio enim militaris ad alia bona, quàm militis non porrigitur, l. 5. ff. de milit. testam. Quod autem Papinianus respondit, substitutum bona testatoris capere cum fructibus inuentis in hereditate, argumento est hanc substitutionem fideicommissariam non esse, cùm fructus inuenti in hereditate non restituantur fideicommissario, l. in fideicommissaria, ff. ad Treb. Qua tamen in re magna contentio est Doctorum scholasticorum, propter subobscura Diocletiani verba, C. de Impuberum, & aliis substit. c. 8. Quibus significare videtur, post pubertatem iure tantùm fideicommissi substitutionem huiusmodi valere. Si verò, inquit, post pubertatem te eius successionem obtinēte, velut ex caussa fideicommissi, bona, quæ cum moreretur patris eius fuerunt, à te possunt peti. Verùm hic mihi videtur

B *eorum verborum sensus esse: hanc substitutionem, quæ directa est, perinde valere, ac valeret iure fideicommissi, si verbis fideicommissi facta esset: Nam certi iuris est, valere fideicommissum post pubertatem, l. cohaeredi, § cùm filiæ, ff. de vulg. Sed quia verbis ciuilibus directò hic substituerat testator, dubitabatur an valeret. Et Diocletianus animaduertens militem esse testatorem, ita rescribit, vt iam diximus, ostenditq; militem non minùs directò substituere post pubertatem posse, quàm ex caussa fideicommissi: Hæc autem verba: te eius successionem obtinente, &c. sic accipienda sunt, vt mater succedat filio, substitutus bona testatoris capiat: quia non iure communi, sed militari priuilegio succedit. Sed cur substitutus petere dicatur à matre, dixerit aliquis? Respondeo, exposuisse fortassis mulierem in libello precum, se occupasse omnia bona tam patris, quàm filii, & consuluisse Imperatorem, an substitutus ea bona petere ab ea posset. Cui respondet Imperator, substitutum bona petere posse, non filii, sed testatoris.* Hactenus ille.

C Sed hæc elegantissimi iuxta & doctissimi viri sententia nullo modo nobis probatur. In primis id, quod dicit, illa verba l. Centurio, quibus dicitur, bona esse restituenda cum fructibus inuentis in hæreditate, argumento esse, non ibi agi de fideicommissaria restitutione; quia fructus non veniunt, l. in fideicommissaria, ff. ad Trebell. Id inquam nullo modo placere potest: quia textus in l. in fideicommissaria, non loquitur de fructibus inuentis in hæreditate, sed de fructibus perceptis ab hærede grauato, quos, si non sit in mora, restituere non tenetur. Cum verò aliquis fideicommissi restitutionem iniungit omnium bonorum, sine dubio etiam fructus tempore mortis testatoris inuenti in hæreditate in restitutionem uenient: nam & ij bona sunt, & in hæreditate continentur, quæ restituenda est, vt in l. postulante, §. vlt. ff. ad Trebellianum, l. vsufructu, 24. ff. de vsufru. leg. & declarat Cuiacius lib. vndecimo Obserua. cap. 25. l. 1. C. de his qnib. vt indig.

D Quod verò putat iure directo substitutum succedere apud Diocletianum, & sensum esse illum, quem dicit, substitutionem iure directo in ea specie valere, perinde, ac valeret iure fideicommissi, si verbis fideicommissi facta esset, in eo grauiter errat; Quia nimis diserta & clara sunt verba textus: *Bona velut ex caussa fideicommissi peti posse*. Si hoc sensisset Imperator, quod Duarenus scribit, non ita dixisset, sed potius bona peti posse perinde, ac peti si fideicommissum extitisset, potuissent.

Vera igitur hæc est interpretatio & sententia, & Papinianum & Diocletianum idem respondisse: nempe, substitutum bona ex fideicommisso petere posse; non autem iure directo, quæ sententia est Iacobi Cuiacij, neque enim, quæ aliorum sunt, mihi arrogare solitus sum. Is enim lib. 12. Obseru. cap. 27. scribit in hæc uerba: *Certi iuris est, non posse quemquam substituere post pubertatem.*

A *Quod enim receptum est, vt pater filio impuberi substituere possit, eo receptum est; quia impubes testamentum facere non potest. Nullo autem modo tolerari potest, vt ei, qui heredem facere potest, tu heredem des, adeò, vt ne rogari quidem possit, vt aliquē heredem faciat, l. ex facto, in prin. ff. ad Trebel. Quare post pubertatem frustra substituimus liberis nostris pupillariter & directò. Nam per verba fideicommissi possumus eam ætatem egredi, l. cohaeredi, §. cum filiæ, ff. de vulg. §. vlt. Instit. de pupil. substit. & de vulgari substitutione non est quærendum, an egrediatur pupillarem ætatem. Cum ætas & tempus vulgari substitutioni non opponatur. Solus tamen miles egreditur pupillarem ætatem, l. in testamento, C. de testamen. milit. l. precibus, C. de impub. verbis scilicet directis, non inutiliter, hactenus vt verba directa post pubertatem trahantur ad fideicommissum, siue mater in medio sit, siue alius agnatus: nam licet in l. precibus, mater in medio sit, tamen in l. Centurio, ff. de vulg. substit. generaliter ait Iurisconsultus, substitutum ex priuilegio*

B *militis capere bona militis, non bona filii: Venire igitur eum iure fideicommissi: nec enim illa ratio idonea est. Cur non capit, nisi bona militis? quia priuilegium militis non debet cuiquam fraudi esse: at si legitimis hæredibus filii hæreditatem adimeret, illis iniuriam faceret. Immò, quia substitutus venit iure fideicommissi, & fideicommisso non conuenienter bona propria filii, l. cohaeredi, § quod si hæredem, ff. de vulg. subst. Falluntur igitur interpretes in l. precibus, qui quando mater in medio est, non alii hæredes, putant militarem substitutionem trahi ad caussam fideicommissi. Denique priuilegium militum in eo est, quod facta ab his vltra pubertatem directa substitutio, inutilis non est, paganorum autem inutilis; vt nec ad caussam fideicommissi proficiat.* Hactenus ille. Idem ferè idem Cuiac. lib. 11. c. 25. His exceptis, quæ ex Cuiacio & Duareno retulimus: cætera Doctorum placita latè & accuratè expendit nouissimè Menochius de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 52. quem postea legi.

C

CAPVT XLIV.

De compendiosa substitutione impuberi filio facta à pagano verbis directis, an filio post pubertatem mortuo, valeat vt fideicommissaria?



Aeterum, si non miles, sed paganus filiò suo impuberi substituerit, alium hæredem compendiosè, sed verbis directis, controuerti solet, an filio post pubertatem vita functo locus sit substitutioni, quasi ex caussa fideicommissi, ita, vt directa substitutio trahatur ad fideicommissum, quæ quidem quæstio olim difficillima existimata fuit, vsque adeò, vt Carolus Ruinus, Alciato teste, lib. 1. Paradoxorum, cap. quinto, in auditorio eam indissolutam reliquerit, eo, quòd sibi licet summa diligentia velliganti non satis perspectam esse diceret. Et sanè di-

D uersæ sunt Doctorum sententiæ, vt videre licet ex Didaco Couuarru. ad cap. Rainucius, §. 9. nume. 15. de testam. ex Doctoribus qui scripserunt in l. Centurio, ff. de vulgar. & ex aliis, quos commemorat Vasquius de Successs. creat. lib. secundo, §. 18. titu. de Compendiosa, nume. 64. Mantica, de Coniect. vltim. volunt. lib. septimo, titu. 5. nume. 5. 6. Alexandro Trentacinquio, de Substitutionibus, parte quarta, cap. 9. Menoch. de præsumptio. lib. 4. præsumpt. 55.

Ego in argumentis recensendis, ac tota huius rei disputatione instituenda, nunc minimè versabor, quoniã vulgata ea sunt, & discussa in locis ordinariis, vt nec maiorem lucem & ordinem à me requirant, quid ipse iuri consentaneum existimem, paucis explicabo, tum argumenta diluam contrariæ sententiæ.

Ego eam sententiam amplector, quæ substitutionem, qua de agitur ad fideicommissum trahi posse negat, vtorque autore etiam hac in re Iacobo Cuiacio, lib. 11. Obseruat.

seruat. cap. 25. necnon argumentis eiusdem, quorum illud est primum: Verbis ciuilibus substitutionem post decimum quartum annum frustrà fieri, l. verbis ciuilibus, ff. de vulg. Non ignoro commune responsum frustrà fieri, vt valeat iure directo: sed non vt valeat iure fideicommissi, quæ responsio bona esset, si alia lege probari posset valere iure fideicommissi.

Secundum argumentum est. Quoniam, vt talis directa substitutio post pubertatem filio moriente ad fideicõmissum trahatur, speciali quodã priuilegio in militibus est constitutũ, vt patet ex d. l. Centurio, ff. de vulg. & l. precibus, C. de Impub. & alijs substit. & in præcedenti capite explicatum est. Ergo in Paganis regula est contraria: nempe, directam substitutionem post pubertatem nõ valere, sed frustrà esse factam, nullius momenti esse, ac in fideicommissariam verti non posse.

Tertium argumentũ est ex l. Scęuola, ff. ad Trebel. ibi enim benigna interpretatione substitutio directa trahitur ad fideicommissum, quia facta est in Codicillis, & quia pupillus impubes est mortuus, vt scilicet, quod non potest valere quasi testamentum pupillare, valeat quasi Codicillus eiusdem ab intestato. Igitur his cessantibus, dicendum est non valere, secundum tritissimas & omnibus notas iuris regulas.

Primum argumentum contrariæ sententiæ est in cap. Raioncius, de testamen. in illis verbis: *Adiecta verò impuberi reliquis certa bona sua, adiciens, vt Alterocha, & soboles quam gestabat in vtero, eidem impuberi succederent, si absque liberis moreretur*, &c. Ex quibus verbis patet factam fuisse compendiosam substitutionem impuberi, verbis directis, quia illa verba: *Eidem impuberi succederent*, sunt directa.

Respondeo, illa verba non esse directa, nec vllo iure id probari posse, & quanquam Baldus & alij id dicant, tamen alij contrarium docent, vt scribit Couuar. ad d. c. Rainucius, §. 9. nu. 5. vers. item verbum succedat. Quãobrem, & imprudenter locutus est Cuiacius loco suprà proximè citato, dum dixit, iure Pontificio in proposita quæstione nostra verba directa ad fideicommissum trahi, & ea in re Pontifices errasse. Non hoc Pontifices dixerunt, nec statuerunt, & consequenter, nec errauerunt, sed ille errauit, temerè eorum verba interpretatus: quanquam hoc excepto, veram sententiam hac in re mihi videtur amplexus.

Secundum argumentum est, ex d. l. Scęuola, ff. ad Trebell. sed, vt suprà dixi, potius fauet sententiæ nostræ illa lex, cùm ex benigna interpretatione directa substiutio ad fideicommissum ibi trahatur fauore pupilli; & quia facta est in Codicillis, vt dictum est, quibus rationibus cessantibus, contrarium omninò nobis hic respondendum videtur.

Tertium argumentum est ex l. precibus, in fine, C. de impub. & alijs substit. sed respondeo ibi directam substitutionem à milite factam fuisse, ideo in fideicommissariã conuertitur iure quodam singulari; nos verò loquimur de tali substitutione à pagano facta, in qua proinde contraria videtur esse iuris regula.

Postremum argumentũ est, quia verba directa quandoque trahuntur ad fideicommissum. l. filiusfamilias, §. vt quis hæredem, de leg. 1. l. ex facto, ff. ad Trebell. l. vlt. C. de hæred. instit. Respondeo, non est bona consequentia. Ergo trahuntur etiam in specie ista; quia in dictis legibus verba testatoris relata sunt ad hæredem, quæ proinde facilè fideicommissum inducere possunt. Quare, vt habetur in dictis legibus, si quis rogatus fuerit, vt aliquẽ hæredem faciat, id accipiendum erit, vt fideicommisso rogatus esse videatur hæreditatem restituere. Non ergo, si in eo casu ita constitutum est, idcirco idem in casu nostro respondendum erit, qui & longè diuersus est, & diuersam habet rationem.

A

CAPVT XLV.

Quid si eadem compendiosa substitutio filio impuberi verbis communibus facta fuerit, & mater sit in medio, an moriente in pupillari ætate filia sit directa, vel omni tempore fideicommissaria.



IN hac celebri controuersia similiter, vt in præcedenti, quid ipse sentiam, paucis indicabo. Autores & argumenta hinc inde videri possunt, ex recentioribus, Francisco Bursato in consil. 8. Mantica de coniecturis vltimarum volunt. lib. 7. tit. 6. num. 16. Alexandro Trentacinquio de substitutionib. parte 4. cap. 11. Couuar. in cap. Rainucius. §. 9. num. 15. de testam. Menochio de præsumption. lib. 4. præsumpt. 54.

Ego eorum sententiam magis probo, qui docuerunt B substitutionem compendiosam verbis communibus factam à pagano, filio impuberi, non omni tempore fideicommissariam intelligi, sed, filio ante pubertatem moriente directam pupillarem censeri, post pubertatem verò moriente, fideicommissariam, quod vltimum omnes fatentur.

Mouet me textus in cap. si pater, de testa. lib. 6. *Si paterfamilias*, inquit, *filium & filiam habens impuberes, filiam in re certa, filium verò in cæteris bonis suis vniuersalem hæredem instituens, & vxori aliqua in suo testamento legans, adiciens, vt si decederet filia sine liberis eidem filius, & si ipse absque liberis obiret, filius præfata filia sua moreretur, Christi pauperes instituendo hæredes, si vtrumque sine liberis mori contingeret filiorum. Testatore mortuo, ac deinde filio subsequenter & filia (superstite matre) defunctis ante tempora pubertatis absque detractione Trebellianica, siue partis iure natura debita facienda, ipsis pauperibus bona omnia deferuntur. Prædictæ namque substitutiones* C *factæ de filio ad filiam; & contrà de illis ad pauperes, directæ debent intelligi pupillares. Cùm in substitutionibus semper interpretatio sit facienda, dũmodo, sicut in casu proposito, earum verbis & personis cõgruas instituatis, vt substitutio directa intelligatur potius quàm obliqua*, &c.

Hic perpendo maximè Pontificis Maximi responsum in versiculo: *Cùm in substitutionibus*, &c. Nam si semper in substitutionibus hæc est interpretatio facienda, vt potius directæ sint quàm obliquę, cùm id verbis earum & personis conuenire potest: optimè infertur, eodem modo accipiendam esse substitutionem, de qua agitur; quoniam hæc interpretatio, & verbis & personis maximè conuenit. Verbis quidem; quia sunt communia, & sic tam ad directam, quàm ad obliquam substitutionem accommodari possunt. Personis autem; quia filius est impubes, cui substitutio est facta, eique melius conuenit pupillaris directa, quàm fideicommissaria; Nam directa pupillaris est testamentum filij, & nullum continet onus; D Fideicommissaria verò onus continet fideicommissi, & patris est, non filij testamentũ. Quamobrem potius credendum est, patrem ea substitutione testamentum pro filio facere voluisse, quàm eum fideicommisso in pupillari ætate onerare.

Sed argumenta refellenda sunt sigillatim, quibus contraria nititur sententia.

Primum est, ex generali quodam pronunciato, vnũ & idem verbũ, plura tempora respiciens ea debet ęqualiter determinare, l. iam hoc iure, ff. de vulg. Ergo verba communia, quæ hic respiciunt tempus pubertatis, & tẽpus post pubertatem, debent omnia æqualiter determinare; & sicut tempus post pubertatem, ita determinant, vt substitutio intelligatur esse fideicommissaria: ita etiã determinare debent tempus ante pubertatem.

Respondeo, argumentum procedere, vbi eadem est ratio in omni tempore, sed hic ratio diuersa est; quia ante pubertatem valere potest, vt substitutio directa: Post pubertatem verò non potest valere, vt directa, ideo necesse est,

est, vt ad fideicommissum trahatur, & aliæ soot rationes speciales, quibus nititur Iurisconsulti responsum in d.l. iam hoc iure; quæ non habent locũ in hac specie nostra.

Secundum argumentum. Vna & eadem res diuerso iure censeri non debet, l. eum qui ædes, ff. de vsucap. hic autem diuerso iure censeretur, si sobstitutio ante pubertatem esset directa, & post fideicommissaria. Ergo, &c. Respondeo, regulam non habere locum, vbi diuersitas est temporis, vt hic, argumen. l. Pomponius, 2. ff. de neg. gest. & patet ex l. precibus, C. de impub. & alijs substitut.

Tertium argumentum. Non debet fieri voluntatis diuisio. l. eum qui, §. vlt. ff. de his quib. vt indig. Sed hic fieret diuisio. Ergo, &c. Respondeo, voluntatis diuisionẽ fieri oon posse, in hoc sensu, vt pro parte valeat, & pro parte non valeat: ita loquitur propositio argumenti, ac proinde non attingit rem nostram.

Quartum argumentum est ex c. Raioucius, de testam. Respondetur, non hoc ibi esse constitutum, omni tempore fideicommissariam esse substitutionem, & filiam ibi decessisse post pubertatem.

Quintum argumentum. In dubio est illa interpretatio accipienda, quæ matri magis fauet, l. qui duos, §. 1. ff. de reb. dub. l. vlt. C. de Institut. & substit. Respondeo, negando regulam, seu propositionem generaliter verã esse, sicut in argumeoto dicitur, nec ea probatur ex allatis legibus, licet ex certis circumstantijs facti, matri pupilli fauendum illis in casibus esse constitutum sit; Sed ex vno vel altero peculiari casu non rectè quis generalem constituit propositionem, sicut si dicatur Petrus currit, Titius currit, ergo omnes currunt.

Sextum argumentũ. Pupillaris substitutio tacita matrem non excludit, l. precibus. C. de impub. & dictum est suprà. Ergo nec compendiosa, quæ tacitam continet pupillarem. Respondeo, compendiosam substitutionẽ continere in se pupillarem, non ex quodam tacito intellectu, sicut vulgaris expressa, sed ex oatura sua, & voluntate clara testatoris, quia compendiosa continet plura tempora, ita vt quandocunque filius decesserit siue ante, siue post pubertatem, substituto locus sit: alia ratio est in vulgari expressa, quæ pupillarem continere dicitur non suapte natura, sed ex quodam tacito intellectu, ac subtili interpretatione, quæ proinde contra matrem valere non debet.

Vltimum argumentum est ex d.l. precibus, C. de impub. quatenus ibi directa substitutio trahitur ad fideicõmissum fauore matris viuentis. Respondeo, nil valere istud argumentum, quia ad fideicommissum trahitur illa substitutio ibi, quando filius post pubertatem moritur; secus quando ante pubertatem.

CAPVT XLVI.

De substitutione facta in casu, quo filij nascituri decedant absque liberis, an locum habeat, filijs non natis.



Ic præterire non possum insignem in hac eadem materia cootrouersiam, super qua sententiam Iudex protuli in ciuitate Placentia, nunquam enim è memoria excidet nobilissima illa ciuitas, summis Doctoribus, ac viris præstantissimis referta, cuius & ipse ciuis tunc factus fui, cùm ibi Iudex caussarum fisci, & consiliarius iustitiæ essem. Confiscata fuere bona Equitis Scipionis Asinelli, ea sibi restitui petebat D. Octauius Asinellus ex fideicommisso vocatus D. Ioannis Baptistæ Asinelli. Is testamento coodito hæredẽ instituerat filium, & post eum eiusdem filium primogenitum nasciturum, & primogeniti primogenitum, vsque in perpetuum. Moriente verò filio ipsius hærede instituto, & eius filio primogenito, ac cæteris deinceps primogenitis, ita vt nullus superesset, tunc & eo casu D. Octauium substituerat; sed quoniã ex filio hærede instituto nullus erat natus filius, in dubium vocabatur, an substitutioni locus esset: Dicebatur

A enim substitutum vocatum fuisse in eum casum, quo primogenitus filij testatoris, & primogeniti primogenitus decessisset absque filijs, quæ conditio oon euenerat, cùm nulli nati essent liberi. Nam qui non nascitur, mori non dicitur, c. quod verò, 32. quæst. 2. Glos. & Doctor. in l. qui duos, §. 1. ff. de manu. testam.

Et pro hac sententia quædam generales regulæ proponebantur. Casum à testatore omissum habendũ esse pro omisso, l. commodissimè, ff. de lib. & postum. Item conditionem implendam esse io forma, l. qui hæredi. l. Mæuius, ff. de cond. & demoost. aliàs deficere fideicommissum, l. cum auus, ibi: *Conditionem fideicommissi defecisse*. ff. eod. tit.

Confirmabatur eadem sententia autoritate Oldradi in consil. 177. Testator, is respondet, de hac facti specie. Testator postumum iostituerat nasciturum ex ventre vxoris suæ prægnantis, & si is in pupillari ætate, vel postea quandocuoque sioe prole legitima decederet, alium

B postumum secundo nasciturum substituerat; ita vt si decederet secundus ille postumus in pupillari ætate, vel postea quandocuoque, sine prole legitima, frater suus hæres esset. Natus fuerat vnus taotummodo postumus, qui in pupillari ætate decesserat, substitutus hæreditatem vindicabat, Oldradus respondit non esse admittendũ, quia substitutus fuerat postumo secundo, si is natus fuisset, & in pupillari ætate decessisset, eo igitur non nato substitutiooem euanuisse. Idem respondit Ioan. Andr. ad Specular. tit. de testamentis, §. 2. Alexander in consil. 1. lib. 1. Corneus in consil. 199. lib. 2. Ancharan. in consil. 356. Ex serie. Fulgosius in consil. 49. Angelus in consil. 93. Signorolus in consil. 199. Ruious io consil. 104 nu. 4. consil. 172. nu. 4. consil. 173. nu. 5. lib. 2. in consil. 4. nu. 6. lib. 3. Parisius io consil. 74. n. 9. lib. 3. Socin. sen. in consil. 140. num. 8. lib. 1. Ripa in l. 1. nu. 96. ff. de vulg. Socin. iun. in consil. 169. num. 5. lib. 2. Alciatus in consil. 452. num. 8. Menochius in consil. 326. oum. 13. lib. 4. qui supradictos

C recenset. Adde Socinum seniorẽ, in l. 1. col. 12. in 8. limit. ff. de vulg. Crauet. in consil. 313. lib. 3. qui de eadem facti specie respõdit cum Alciato proximè citato, de qua etiam respondit Ruin. in consil. 175. lib. 2. latè alios citans Hyppol. Riminald. in consil. 116. num. 17.

Et hæc eò magis locum habere videbantur, quia substitutio restricta fuerat illa Clausula: *Tunc & eo casu*, quæ Clausula operatur, vt substitutio non debeat ad aliũ casum etiam similem extendi, secundum Anchar. in d. consil. 356. Ex serie. Roman. in consil. 131. nu. 2. 138. n. 4. Socin. sen. in consil. 259. col. 4. versic. coofirmãtur præmissa. lib. 2. Dec. in l. vlt. nu. 2. C. de instit. & substitut. & in consil. 63. nu. 3. 315. col. 2. alios recenset Menochius in d. consil. 326. nu. 16. lib. 4. quibus adde Baldum in consil. 57. num. 2. lib. 2. Parisium in consil. 31. num. 10. 73. num. 31. 86. nu. 34. lib. 2. consil. 2. nu. 15. 14. nu. 9. 66. nu. 44. 72. nu. 19. lib. 3. Ruin. in consil. 200. nu. 9. lib. 2. 130. num. 10. eod. lib. 31. nu. 10. lib. 3. Bero. consil. 49. nu. 12. 79. nu. 8. 99.

D nu. 9. lib. 2. Grat. consil. 124. nu. 37. lib. 1. Card. Alban. ad Bartol. in l. 1. nu. 13. ff. de vulg. Riminald. senior in consil. 455. nu. 32. D. meum Cephal. in consil. 88. nu. 55. Franc. Becium in consil. 89. nu. 22. Rolaod. à Valle in consil. 59. nu. 10. lib. 3. & in consilio pro Triuultijs. nu. 43. 44. 45. Nattam in consil. 678. nu. 6. Bursat. io consil. 51. nu. 25. Hippolytum Riminald. in consil. 110. nu. 117. Cels. Vgo. in cõsil. 20. nu. 55. Simon. Pretum, in consil. 41. nu. 28. Hieron. Gabr. in consil. 111. nu. 14. Plotum in consil. 86. nu. 2. Hieron. Gigan. in consil. 99. oum. 18. Purpurat. in consil. 199. nu. 153. nu. 2. D. meum Decian. in consil. 2. nu. 24. lib. 2. Concilium Ticinense pro Triuultijs. n. 15.

Verùm his non obstantibus, contrarium pronunciaui, oempe bona confiscata ad D. Octauium pertinere. Mouit me in primis, quia hæc est certissima iuris propositio, cùm plures gradus substitutionum siuot, & vnus deficit, bona restitutioni subiecta manere debere apud hæredem grauatum cum suo onere, vt videlicet sequentibus substitutis ex ordine restituantur, vt in l. vnica, §.

pro

pro secundo, C. de caduc. toll. & declarat Barto. in l. quādiu, in fine, & ibidem Aret. ff. de acq. hæred. Socin. iun. in consi. 181. num. 46. 47. lib. 2. Cum igitur substitutionum gradus defecerint, quia nullus ex hærede grauatus primogenitus natus erat, sequitur hæreditatem ad Dominum Octauium substitutum pertinuisse, eique à fisco, qui in locum hæredis grauati successerat, restituendam esse.

Nec obstat si dicatur, ut dicebat Alciat. in d. consi. 492. & post eum Menoch. in d. consi. 316. nume. 35. lib. 4. hæc sibi locum vindicare, cum substitutionis gradus deficit, quia non ualet tanquam caducus, vel in causa caduci, secus si fi nullus: quia pro non scripto habeatur, tunc enim apud hæredē bona manere debent sine onere, l. uni ca, §. in primo. C. de cad. toll. ibi. *Nullo grauamine, nisi perraro in hoc. pro non scripto superueniente.*

Non, inquam, id obstat, quia hæc procedunt in legato particulari seu fideicommisso, secus in vniuersali, ut declarat Castrens. in d. l. vnica, §. His ita definitis, C. de caduc. toll. vbi dicit tex. *In his itaque, si quidem cohæredes sunt omnes coniunctim, vel omnes disiunctim, & vel instituti vel substituti, hoc quod fuerit quoquo modo vacuatum, si in parte hæreditatis vel partibus consistat aliis cohæredibus cum suo grauamine pro hæreditaria parte, etiam si iam defuncti sint, acquiratur.* Et text. in d. §. in primo, loquitur de legato particulari & fideicommisso.

Secundò in eam sententiam adductus fui, quia probabiliorem eorum esse opinionem existimaui, qui filiis non natis locum esse substituto docuerunt. Nam si testator vocauit substitutum, si filij nascerentur ex filio, & morerentur absque filiis, nulla est ratio, cur non etiam eum vocasse intelligatur, si filij non nascerentur, vt latè respōderunt Dec. in consi. 217. Soc. iun. in consi. 181. lib. 2. Berous in consi. 102. lib. 2. D. meus Decian in consi. 1. lib. 1. & nouissimè Menoch. in consi. 452. lib. 5.

Ad argumenta in contrarium facile responderi pōt. Nam quod attinet ad regulas illas; Omissum à testatore, &c. & conditionem implendam in forma, respondeo cum D. meo Deciano, d. consi. 1. nu. 138. & num. 145. esse eandem rationem in casu omisso; ac proinde idem esse statuendum, quod pluribus ille demonstrat argumentis, quibus non respondit Menoch. dicto consi. 316. num. 9. & nume. 11.

Ad autoritates in contrarium allatas, & simul ad clausulam. Tunc & eo casu, respondeo patet ex Deciano, vbi sup. nu. 148. Et eam clausulam non obstare, nec impedire extensionem ad casum similem, responderunt Alba, in consi. 51. Rol. à Valle, in consi. 70. nu. 15. & 48 lib. 3. Marzarius, in consi. 1. Simon Pretus, de interpret. vlt. volunt. fol. 250. nu. 49. Hippol. Rimin. in consi. 21. nu. 55. Biretta, in consi. 27. nu. 17. & nu. 24. D. meus Ceph. in consil. 196. nu. 23. Colleg. Bononiense pro Triuulis, nu. 18. Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 3. ti. 14. nu. 10.

CAPVT XLVII.

Vtrum res restitutioni ex fideicommisso subiecta alienari possint ex causa restitutionis dotis vxori grauati.



CErtum est, res restitutioni subiectas ex fideicommisso, ex causa dotis vel donationis propter nuptias alienari posse, vt in Auth. Res quæ, C. commu. de leg. & fideicommissis, & in §. Quam ob rem, io Authen. de restit. & ea, quæ parit in nono mense. Sed controuersia est, si non de dote constituenda, vel donatione propter nuptias agatur, verum de ea restituenda, sit ne idem constituendū. Vt exempli causa, si filius grauatus ex fideicommisso restituere, dotem uxoris acceperit, & dos ipsa repetatur soluto matrimonio, an ex rebus restitutioni subiectis dos soluenda sit, & puto non esse restituendam. Autores habeo Angelum in Commentariis d. Nouellæ, de restit. & ea quæ parit, &c. Iasonem in d. Auth. Res quæ, C. commun. de leg. & fideicommissis, nu. 29. Alciat. ad l. 1. nu. 65. ff. sol. matr. & in consi. 555. nu. 3. Socin. iuniorem in con sil. 119. num. 7. lib. 2.

A

Fundamentum vero illud videtur mihi solidum, quia cum de dote constituenda agitur, filiæ restitutionis onere grauatæ, vel de donatione propter nuptias pro filio, qui similiter onere fideicommissi grauatus est, iustū est, vt restituendi onus nō impedat dotis & donationis propter nuptias constitutionem; quia pater, qui restitutionē iniunxit, dotem dare filiæ suæ, & propter nuptias donationem pro filio suo constituere tenebatur, l. vlt. C. de dotis promiss. quamobrem in præiudicium dictæ dotis, & donationis, restitutionem iniungere non poterat. Sed excipere debebat tantum ex bonis, quantum ad dotem & donationem requirebatur. Hæc ratio locum non habet, cum de dote restituenda agitur, quam filius post mortem patris accepit; quia pater ad restituendam dotē non tenetur, nisi fuerit ei data & soluta, vel filio iussu patris, vel peculium habeat ipsius filij, l. si cum dotem, §. transgrediamur, ff. sol. matr. Ecum pater non teneatur, certum est, non teneri etiam eum, cui res restitutendæ sunt. Consequenter, nihil proponitur cur ex his rebus quæ ad alium spectant iure fideicōmissi dotis restitutio fieri possit, aut eam ob causam res ad alium spectantes alienari. Neque enim iuris regulis est congruum, vt is, qui nec debitor est, nec debitoris hæres, onus dotis soluendæ cogatur sustinere.

B

Sed contrariam sententiam habuere Io. de Anania in consi. 61. Castrens. in consil. 80. lib. primo, Alexand. in consi. 67. nu. 4. lib. 4. & alij, quos refert & sequitur Couua. lib. 3. variar. resolutio. cap. 6. & post eum Menoch. in consil. 53. num. 27. lib. 1. quorum argumentis iam est respondendum.

Primum argumentum est ex §. Adierunt, in d. Nouella, de restit. & ea quæ parit, &c. vbi Imperator narrat cōtrouersiam, quæ fuit inter mulierem & fratrem mariti defuncti, qui restituere debebat hæreditatem: *Moriente namque viro*, inquit, *vxor quidem & dotem exigebat, & donationis ante nuptias facta partem, seu propter nuptias, quam viri mors dabat: Defuncti verò frater aliunde vindicabat res, & patris proferebat voluntatem*, &c. Eius litis occasione illam condidit Nouellam, statuens dotem & donationem propter nuptias excipiendam esse, nec in restitutione comprehendi. Ea quo uidetur colligi, eā fuisse Imperatoris mentem, ut etiam dos restituenda uxori grauati, deduci ex rebus restitutioni subiectis posset.

C

Respondeo, Imperatorem nihil statuisse circa controuersiam inter fratrem defuncti & vxorem ortā: sic enim ait: *Sed huic quidem data est negocio forma, quam bene habere putauimus*, &c. Postea constituit circa dotem & donationem propter nuptias, vt in §. Quamobrem, & nihil ibi de hac specie restitutionis dotis decernit. Quare argumentum ex ea Constitutione petitum, non est satis firmum.

D

Secundum argum. est ex §. Sancimus, eadem Nouella vbi Iustinianus ita dicit: *Sancimus naque secundum hunc modum excipi modis omnibus ad restitutionē nuptialia documenta, & super his factas alienationes & hypothecas.*

Respondeo, excipi nuptialia documenta secundum modum ibi præscriptum; vt nimirum, si filia sit restitutionis onere grauata, dotem excipiat sibi debitā: si verò filius grauatus sit, excipiat propter nuptias donationem.

Tertium argumentum. Res restitutioni subiectæ, alienari possunt pro dote constituenda filiæ hæredis grauati. Ergo similiter alienari poterunt pro restituenda dote uxori eiusdem grauati.

Respondeo, negando consequentiam. Nam filiæ hæredis grauati, quæ testatoris est neptis, dotem ipse testator, idemque auus, dare tenetur, l. qui liberos, ff. de ritu nupt. l. vlt. C. de dotis promiss. l. dotem dedit, ff. de collat. bonor. non tenetur autem vxori filij sui dotem restituere, vt supra diximus.

Quar-

Quartum ac poſtremum argumentum. Teſtator præſumitur velle hæredem ſuum facere id, quod ipſe, ſi vixiſſet, facturus fuiſſet, l. cum ſeruus, ff de cond. & demonſtrat. ibi: *Nam quod ipſe viuens facturus ſit, ab hæredibus ſuis fieri iuſſiſſe intelligitur.* Sed ſi pater, hoc eſt, ſi teſtator, qui reſtitutionem iniunxit, uiueret, conſentiret, vt bona ſua pro reſtitutione dotis filij ſui eſſent obligata, vel certè ad conſentiendum poſſet compelli, l. ſi cum dotem, §. transgrediamur, & ibi Barto. nume. 6. ff. ſolu. matrim. Ergo, filius mortuo patre, ſi uxorem duxerit, & dotem acceperit, obligare & alienare bona reſtitutioni ex fideicommiſſo ſubiecta, vt dotem acceptam reſtituat, poterit.

Reſpondeo, negando aſſumptionem. Nam, quod pater viuens teneatur bona ſua obligare pro reſtitutione dotis filio datæ, iure non probatur, & Bartoli doctrinam impugnant Alber. & Cumanus, in d. §. transgrediamur, & veram non eſſe fatetur Menochius, dicto conſi. 33. Sic enim Bartolus argumentatur. Pater tenetur pro filio ſuo vxorem ducente, & dotem accipiente, donationem propter nuptias conſtituere, vt in l. vlt. C. de dotis promiſs. Donatio autem propter nuptias pro cautione dotis fit: ergo vbi donatio propter nuptias non eſt in uſu, tenetur pater pro cautione dotis, bona ſua obligare nurui, loco donationis propter nuptias. Reſpondeo, negando conſequentiam: poteſt enim alia cautio adhiberi pro dotis ſecuritate, ſi dos conuertatur in emptionem prædiorum, quæ mulieri obligata ſint, vel alio in loco tuto ponatur, aut aliter ab ipſo filio, qui dotem accepit, caueatur.

CAPVT XLVIII.

Si bona reſtitutioni ſubiecta expreſsè prohibeantur à teſtatore alienari, ex cauſa dotis vel donationis propter nuptias, vtrum nihilominus eas ob cauſſas alienari poſſint.

RES reſtitutioni ſubiectas, etiam ex cauſa dotis uel donationis propter nuptias alienari non poſſe, cum teſtator expreſsè id uetuit, haud obſcurè docuerunt Alexand. in conſil. 56. nume. 3. lib. 1. & alij, quos refert & ſequitur Conuar. lib. 3. variar reſolut. cap. 4. nume. 10. verſ. tertiò, vt quibuſdam uiſum eſt. quorum illud eſt fundamentum, quòd cum expreſſa eſt facta à teſtatore prohibitio, ne alienatio fiat etiam ex cauſſa dotis uel donationis, tunc res eſt clara, nec dubitatio eſſe poteſt, num teſtator reſtitutionem iniungens, permiſerit nec ne res alienari ob dictas cauſas. Huc accedat, quod pater legitima portione filijs relicta, in his, quæ vltra eam ſuperſunt, liberè poteſt, quodcunque grauamen filijs iniungere, ſicut extraneis poſſet: & ideo quemadmodum ex omnium conſenſu alienationem extraneis dictas ob cauſas prohibere poteſt; ita etiam & liberis poterit, nec tenetur pater legitima filijs conſtituta portione, eiſdem, vel eorum liberis dotem relinquere.

Sed iſtis ego non aſſentior, & contrariam ſententiam veriorem eſſe puto, quam ſecutus eſt Caſtrenſis in conſil. 80. lib. 1. Iaſ. in Auth. Res quæ, C. comm. de leg. col. vlt. Moueor ex Nouella de reſtitut. & ea quæ parit, &c. in §. Quamobrem, cuius hæc ſunt verba: *Quamobrem præſentem ponimus legem, omnia quidem alia prioris a nobis poſita conſtitutionis rata manere volentes: hoc vere innouantes ſolummodo; vt ſi quis de cætero reſtitutionem fecerit ſuarum rerum: primum quidem ſeruet filio legitimam partē, non quartam: hoc enim emendauimus inopiam eius plurimam perpendentes, ſed tertiam modis omnibus, aut mediā ſecundum filiorum numerum; deinde ex reliqua ſubſtantiæ parte, ſi non ſuffecerit legitima pars ad dotis aut antenuptialis donationis oblationem, honeſtè & ſecundum perſonarum qualitatem & merita, excipere etiam hoc ad reſtitutionem, ſecundum quod adiectum legitimæ partis dotem, aut*

A *antenuptialem facit donationem. Sancimus enim ſecundum hunc modum excipi modis omnibus ad reſtitutionē nuptialia documenta, & ſuper his factas alienationes aut hypothecas, &c. vel ſi grauata ſit perſona aut viri aut mulieris reſtitutione tali, liceat ei nuncupatam antenuptialem ſeu propter nuptias donationem offerre, nihil quantum in illis rebus reſtitutione valente, & ſi mulier reſtitutione grauetur, non impedimentum ad dotis oblationem fieri, &c.*

Ex his verbis patet primò, non idcirco bona reſtitutioni ſubiecta alienari poſſe ex cauſſa dotis, & donationis propter nuptias: quoniam generali fideicommiſſo ac generali reſtitutione iniuncta non uideatur, ex uoluntate teſtatoris contineri cauſa dotis, & donationis propter nuptias. Nam eiuſmodi cauſæ tacitè uidentur eſſe exceptę ab ipſo teſtatore. Sed iccirco bona alienari poſſunt ob dictas cauſas, quia eas excipiendas eſse lex mandat, & vult cauſam dotis, & donationis præferendam eſse fideicommiſso: *Ea enim quæ communiter omnibus proſunt, iis,*

B *quæ ſpecialiter aliquibus vtilia ſunt præponimus,* inquit Imperator in verbis ſequentibus. Quamobrem, argumentum Alexan. corruit; quia licet ob prohibitionem expreſſam teſtatoris, clara ſit eius voluntas, vt nec ex cauſa dotis & donationis res alienentur, tamen lex apertè ſtatuit dotis cauſam & donationis excipiendam eſse.

Secundò ex verbis ſupradictæ Nouellæ, quæ retulimus, manifeſtum euadit, teſtatorem nequaquam poſse, etſi maximè velit, dotis cauſam & donationis, generali reſtitutione includere, ſed eas cauſas cogitur excipere: *nihil in illis reſtitutione valente*, inquit tex. Conſequenter argumentum Conuar. tollitur: Etſi enim pater legitimam filiis portionem relinquat; non tamen poteſt reliqua bona reſtitutioni ſubiicere, ſed, præter legitimam, excipere debet, quantum præterea pro dote & donatione neceſsarium eſt: *Deinde ex reliqua ſubſtantiæ parte*, inquit tex. *ſi non ſuffecerit legitima pars ad dotis aut antenuptialis donationis oblationem, honeſtè, & ſecundum perſo-*

C *narum qualitatem & merita excipere, etiam hoc ad reſtitutionem.* Quibus verbis patet, etiam legitima portione filiis relicta, adhuc tamen patri neceſſitatem incumbere tantum ex bonis ſuis de reſtitutionis onere excipiendi, quantum requiritur ad dotem, vel donationem pro dignitate conſtituendam: quod gratis negabat Conuar. loco annotato. Quare, maneat hæc concluſio, ex cauſa dotis & donationis propter nuptias, bona fideicommiſso ſubiecta, alienari poſse, non obſtante teſtatoris prohibitione.

CAPVT XLIX.

Ex prohibitione alienationis ea clauſula adiecta: Quia teſtator voluit bona conſeruari in agnatione & familia, inducaturne abſolutum fideicōmiſſum, ac ſimplex; an verò in caſu alienationis duntaxat.

D CElebris eſt controuerſia, & olim, & nunc ſæpè agitata: Teſtator prohibet aliqua bona alienari ab hærede, adiecta ratione, quia vult ea conſeruari in familia, vtrum inducatur abſolutum ac ſimplex fideicōmiſsum, an verò in caſum alienationis tantum. Et hac de re tres ſunt diuerſæ Doctorum ſententiæ. Vna fideicommiſſum abſolutum ac ſimplex induci; altera non induci ſimplex abſolutumque fideicommiſſum; ſed in caſum alienationis duntaxat. Tertia diſtinctionem eſſe adhibendam. Nam ſi prohibitio alienationis valeat, & non ſit nudum teſtatoris præceptum, ſed contemplatione certæ perſonæ vel cauſæ factum, tunc ex ea clauſula adiecta, *Qui voluit*, &c. abſolutum inducatur fideicommiſſum, vt puta, ſi teſtator alienationem prohibeat extra familiā: ex eo enim apparet eum rationem habuiſse familiæ ſuæ, vt bona tranſirent ad ſuos. *Si* verò nudum ſit præceptum, & non ualeat, tunc ex clauſula ſubſequente, *Qui*

vo-

valuit,&c. fideicommissum inducatur in casum alienationis duntaxat. Auctores singulatim opinionum recẽsere supersedeo. Vide Cacheranum decis. Senatus Pedemontani, 50 aliàs, 49. Dominum meum Cephalum in consi. 27. num. 22. lib. 1. Hippol Riminal. in consil. 147. in primo dub. lib. 2. Menoch. in consi. 85. nume. 103. & 104. lib. 1. Bolognetum in consi. 15. nu. 54. Bursatum in consi. 156. nu. 35. & nu. 62. & consi. 195. num. 5. lib. 2. Franc. Vegium in consi. 66. nume. 10. & consil. 74. à nume. 326. vsque ad numero 503. & nouissimè Petrum Anton. Petram, in commentarijs de fideicommissis ex prohibitione alienationis.

Primæ opinionis fundamentum est, quia fideicommissum inducitur quibuscunque verbis, si modo ex eis voluntas testatoris colligatur, vt in l. pen. de leg. 1. l. cum proponeretur, de leg. 2. l. cum virum, C. de fideicommis. l. Pamphilo, de leg. 3. l. fideicommissa, §. hæc uerba, eo. ti. l. Codicillis, §. Matre, de leg. 2. cum alijs simil. Sed ex uerbis illis, quibus testator declarat se uelle, vt bona conseruentur in agnatione & familia, voluntas testantis colligitur: neque enim bona conseruari possunt in familia, nisi fideicommissum indùcatur, per quod ad eos, qui sunt in familia, perueniant; ergo fideicommissum simplex & absolutum inducitur tam in casu mortis, quàm alienationis.

Secundæ opinionis fundamentum est; quia prohibitio alienationis facta sine causa, non valet, l. filiusfam. §. Diui, de leg. 1. Ideo vt valeat, illa clausula adijcitur à testatore; quia vult bona sua in familia conseruari, &c. Consequenter, talis clausula hoc tantum operatur, vt prohibitio valeat: & si res alienentur, actio illis competat, qui sunt in familia, non autem simplex & absolutum fideicommissum inducatur.

Confirmatur hoc ex l. peto, §. fratre, de leg. 2. vbi text. ita dicit: ***Fratre harede instituto, petiit ne domus alienaretur, sed vt in familia relinqueretur. Si non paruerit hæres voluntati, sed domum alienauerit, vel extero harede instituto decesserit, omnes fideicommissum petent, qui in familia fuerunt.***

Ergo, si hæres non alienauerit, vel hæredem extraneũ non instituerit, fideicommisso locus non erit. Consequẽter, in casu alienationis tantum, inducitur fideicommissum, non etiam in casu mortis.

Tertiæ opinionis fundamentum illud est; quia cum prohibitio nuda est, & non valet absque illa caussa adiecta, tunc caussa, quæ adijcitur, robur illi affert, vt valeat; & ideo non potest alium præterea effectum producere, & sic fideicommissum inducere. Sed cum prohibitio per se valet, tunc ne caussa illa adiecta; *Quia vult bona conseruari in familia*, &c. Frustra adiecta esse videatur, & prorsus superflua existat, inducit simplex absolutumque fideicommissum.

Ego sane in priorem sentẽtiam longè sum procliuior. Nam testator alienationem prohibens, & illam caussam adijciens duo facit; primum alienationem ipsam confirmat, & validam efficit, deinde declarat suam voluntatẽ, nempe, eam esse, vt bona in familia conseruentur; Si testator simpliciter dicat, se velle, vt bona sua in familia conseruentur, vel familiæ bona relinquat, nemini dubium esse potest, quin fideicommissum inducatur inter illos, qui sunt in familia. Cur ergò non idem sit dicendum in proposita facti specie? Nonne hic est verborum testatoris sensus clarus, manifestus? At hoc testator dixit, vt validam efficeret prohibitionem. Quid tum? valida fiet illis verbis prohibitio, sed & præterea, nihil vetat fideicommissum induci. Neque enim aut verborum natura, aut legis constitutio impedimento esse potest testatori, quò minus eodem tempore, duo hæc disponat; prohibeat bona alienari, & simul fideicommissum inter eos, qui in familia sunt inducat. Quare illud argumentum videtur mihi non esse admodum forte, quo dicebatur eam clausulam efficere, vt ualeat prohibitio, & ideo non efficere, vt fideicommissum inducatur. Hanc nego sequelam, potest enim utrunque facere. Si verba utrum-

A que importent, & lex non prohibeat. At nulla lex prohibet, & verba manifestè habent illum sensum; ergò nihil proponitur, cur fideicommissum non inducatur simplex & absolutum.

Ad textum in l. peto, §. fratre, respondeo, non posse ita sumi argumentum à contrario sensu, quia in ea facti specie, si frater non instituisset hæredem extraneum, sed instituisset eos hæredes, qui erant in familia, nulla fuisset ratio dubitandi, quin ad eos, qui erant in familia, bona pertinuissent. Similiter etiam, si intestatus decessisset, sine dubio tunc successissent, qui erant in familia. Ratio dubitandi, & quæstionem proponendi erat eo in casu, quo extraneum hæredem institueret, & Iurisconsultus respondit, eos, qui in familia sunt, fideicommissum petituros. Quare, in ea specie non ea ualet argumentatio. Ergo, si extraneum non fecisset hæredem, non esset locus fideicommisso; quin immò locus esset, multò magis, & citra ullam dubitationem, si eos, qui in familia

B erant, ex testamento, uel ab intestato hæredes reliquisset; sed de eo casu non est locutus Iurisconsultus, quia nulla fuisset dubitatio, nulla quæstio accidere potuisset, nullum enim aduersarium habuissent illi, qui in familia erant. Nam testator mandauit fundum in familia relinqui, & hæres illum reliquisset.

CAPVT L.

Utrum ex prohibitione alienationis à testatore facta, fideicommisso bona subijciente, agnatis ex fideicommisso vocatis, actio competat contra fiscum, in quem bona ob grauati delictum translata sunt, non expectata morte naturali ipsius grauati.



C Estator bona fideicommisso subiecit in fauorem agnatorum, eaque alienari prohibuit: Hæres delictum perpetrauit, propter quod confiscata sunt bona; utrum agnatis statim antequam hæres grauatus moriatur, liceat bona à fisco vindicare, non est eadem omnium sententia. Etenim, ante grauati delinquentis mortem uindicare non posse, responderunt Paulus Castren. Alciatus, & Ruinus, ad l. filiusfamilias, §. diui, de leg. 1. vbi testantur eiusdem sententiæ Oldradum fuisse, in consil. 17. & Roman. in l. si constante, §. vlt. ff solu. matrim. & idem Alciatus hanc sententiam communem esse dicit, in consil. 783. num. 1.

Argumenta uerò sunt ista. Primum est ex d. l. filiusfam. §. Diui, de leg. 1. vbi Martianus ait prohibitionem alienationis à testatore factam, cõtemplatione certæ personæ, validam esse, sed eam neque creditoribus, neque fisco fraudi esse: *Quod si* (inquit tex.) ***liberis aut posteris, aut libertis, aut haredibus, aut alijs quibusdam personis consulentes, eiusmodi voluntatem significarent, eam seruandam esse: sed hac neque creditoribus, neque fisco fraudi esse.***

D

Nec ualet expositio Accursij secundum Alciatum, illa verba, ***neque fisco fraudi esse***, referentis ad causam tributorum, vel aliam, ob quam fiscus esset creditor, quia sub illis uerbis, ***neque creditoribus***, omnes creditores continebantur, tam ex caussa onerosa, quàm etiam lucratiua, l. creditores, ff. de verborum signif. consequenter illa verba, ***neque fisco fraudi esse***, alium sensum habere debent, vt nempe, nullum fiat præiudicium fisco, si alienare prohibitus, delictum commiserit, propter quod bona publicata fuerint.

Secundum argumentum est ex l. peto, §. prædium, de leg. 2. in illis verbis: ***Si non voluntaria facta sit alienatio, sed bona haredis veneant, tamdiu retinere emptor debet, quamdiu venditor haberet bonis non venditis***, &c. Cum autem bona publicantur ob delictum, sine dubio voluntaria non est alienatio, sed necessaria; quia lex confiscari mandat, ergo non statim bona vindicari possunt, sed mors grauati expectanda est.

Ter-

Tertium argumentum est; quia licet bona extra certum genus personarum alienari prohibeantur, legitimus tamen successor etiam extraneus illa consequi potest, l. cum pater, §. cum inter, de leg. 2. Ergo & fiscus, qui est legitimus successor eiusmodi bona grauati obtinebit, non obstante prohibitione: nec enim alienationis prohibitio de illa intelligi potest, quæ à lege fit, argum. l. 2. ff. de rebus eorum, &c.

Postremum argumentũ est; quia vbi simpliciter sunt bona restitutioni subiecta, tacitè inest alienationis prohibitio, Auth. Res quæ, C. commun. de legat. & tamen ob delictum grauati confiscantur, & donec hæres grauatus viuit, apud fiscum manere debēt, l. cum pater, §. hæreditatem, de leg. 2. l. Statius, §. Cornelio Felici, ff. de iure fisci. Ergo idem respondendum est, vbi expressa est alienationis prohibitio.

Sed contraria sententia frequentioribus Doctorum suffragijs recepta est, nempe, flaum bona vindicari posse. Ita docuerunt Bartol. ad l. Imperator, ff. de fideicōmiss. libert. Alexand. in consil. 23. lib. 1. Ruin. in consil. 23. lib. 5. Cepola in consil. 58. Decius in consil. 442. Iason in d. l. filiusfam. §. Diui, in 2. lect. num. 19. de leg. 1. Berous quæst. 41. num. 5. 6. Riminald. senior in consil. 243. lib. 2. Socin. iunior, in consil. 77. num. 15. lib. 2. & 49. lib. 3. Curtius iunior, in consil. 120. Grammatic. decis. 105. num. 31. Roland. in consil. 30. num. 11. lib. 2. Clarus, §. fi. quæst. 78. versic. item quarto. Plotus in cons. 83. num. 96. Alba, in consil. septimo, num. decimoseptimo, Marcabrunus in consil. 83. nume. 169. Bossius, qui dicit eam in praxi obseruari, titu. de bonorum publicat. nume. 42.

Solet autem pro huius sententiæ confirmatione adferri text. in l. Imperator, ff. de fideicommiss. libert. vbi, cū Firmius Mutiano aliàs Titiano tragœdos tres legasset, & adiecisset, *quos tibi commendo, ne cui alij seruiant, publicatis bonis Titiani rescriptum est, debere eos publicè manumitti*. Sed non videtur mihi hanc sententiam euincere, quandoquidem de libertate loquitur. Quæstio autem proposita de fideicommisso pecuniario. Libertas verò facilius & properantius præstatur, quàm fideicōmissum pecuniarium, quod vel ex eo patet, quia etiamsi non voluntaria fit alienatio serui, libertas tamen competit, vt in l. rogo, ff. de fideicommiss. libert. secus autem in fideicōmisso pecuniario; quia, si non voluntaria fit alienatio, vindicari non possunt bona ante mortem grauati, vt in d. l. peto, §. prædium, de leg. 2. & declarat optimè Cuiacius lib. 15. Obseru. cap. 5.

Probatur ergo sententia communis eo argumento, quod cum bona alienari prohibentur, vt in familia relinquantur, si hæres non obedierit voluntati testatoris, & sic alienauerit, omnes, qui sunt in familia fideicōmissum petent, vt in d. l. peto, §. fratre, de leg. 2. Quo in loco notandum est, hæredem non parere voluntati testatoris, si alienauerit, vel extero hærede instituto decesserit, vt ibi dicitur; quod si bona hæredis veneant, & sic necessaria fit alienatio ad soluendum æs alienum, aliter est constitutum, vt in §. prædium, quia non ipse hæres dicitur alienare, sed creditores sunt in causa, vt res alienentur. Igitur est videndum, an, cum hæres delictum committit, cui pœna confiscationis est constituta, dicatur alienatio voluntaria, necne: & puto voluntariam esse, quia delictum est voluntarium, ob quod ipse videtur pœnæ se subijcere, argum. l. Imperatores, ff. de iure fisci, ibi: *Ipse te huic pœnæ subdidisti*, &c.

Alia ratio est illius, cuius bona vendantur à creditoribus. Nam cum æs alienum contraheretur, non erat illa necessitas, res fideicommisso subiecta; alienandi; aliunde enim sperabat se creditoribus satisfacturum; sed delicto commisso in consequentiam venit pœna confiscationis, vt proinde hæres alienare prohibitus, delinquendo caussam ipsemet alienationi dedisse intelligatur.

Nec difficile est ad argumenta contrariæ sententię respondere. Nam quod attinet ad textum in d. l. filiusfam, A §. Diui, de leg. 1. verus sensus illorũ verborũ, *neque fisco fraudi esse*, ille est, vt intelligantur de vicesima, quæ fisco soluebatur pro hæreditatibus & legatis. Ne scilicet prohibitio alienationis impedimento esse videatur, quominus fiscus vicesimam consequatur. Non enim debet illa prohibitio fisco nocere, vt declarat optimè Cuiacius lib. 9. Obseru. c. 24.

Ad tex. in d. l. peto, § prædium, respondeo, alienationem, quæ ob delictum fit, esse potius voluntariam. Nam licet delicto perpetrato, necessario fiat confiscatio, ita disponente, delictum tamen, quod est caussa eius, voluntarium est.

Ad text. in l. cum pater, §. cum inter, respondetur, illum loqui de legitimo successore, qui ab intestato succedit ei, qui duntaxat prohibitus erat alienare; alia ratio est in fisco; etsi enim sit legitimus successor, non tamen id præiudicare debet fideicommissario, qui uocatus est; quia testator bona uetuit alienari, & consequenter etiā B confiscari. Et si ualeret illa ratio de legitimo successore, idem respondendum esset in qualibet alienatione facta ab hærede ex iusta causa, nempe, uenditionis, uel donationis. Nam emptor quoque est legitimus successor & donatarius.

Ad ultimum argumentum respondeo, diuersam esse rationem ac discrimen latum inter fideicommissum simplex, & fideicommissum cum prohibitione alienationis. Cum enim res alienari prohibentur expresse, ea uidetur esse uoluntas testatoris, ut si alienentur, & sic hæres non obediat eius præcepto, tunc bona uindicari possunt ab eis, qui ex fideicommisso uocantur, ut in d. l. peto, §. fratre, de leg. 2. Vt ubi simplex fideicommissum ordinatur, tunc nisi purum sit, mors grauati, uel conditio adiecta expectanda est; & tunc alienatio in irritum deducitur, & bona vindicari possunt, vt in l. penult. §. sin autem sub conditione, C. commun. de leg. & hoc modo accipiendum est, quod dicitur bona restitutioni subie C cta alienari non posse. Neque enim effectu, & ut sic dixerim, irreuocabiliter alienari possunt. Nam ueniente die vel conditione, alienatio reuocatur, & bona vindicantur, antea verò non, vt in d. §. sin autem sub conditione.

CAPVT LI.

Filij in conditione positi an censeantur vocati.

NObilis est controuersia, quam nunc tractare aggredior, antiquorum ac recentiorum commentarijs illustrata, præcipuè uerò duorum nostra tempestate præstantissimorum Iurisconsul. Francisci Manticæ, de coniect. vlt. volunt. lib. vndecimo, titu. 2. & 3. & Iacobi Menochij de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 76. Non ego actua- D rium agam, autores omnes, & omnium dicta describēs, notiora sunt enim hæc, quàm vt mea indigeant elucidatione. Quid ipse sentiam paucis explicabo. Sententiæ meæ firmamentum pro viribus tuebor aduersus impugnationes, & demum contrariæ sententiæ argumenta confutabo.

Si igitur ex facto proponatur quempiam hæredi instituto onus adiunxisse, vt hæreditatem alteri restituat, si absque liberis decesserit, ita interpretor hanc testatoris dispositionem, ut tacitè voluerit hæredis filios ad successionem vocare, ac in eorum gratiam & fauorem, vt ipsis scilicet hæreditas obueniret conditionem illam adiicere, atque adeò ipsos in conditione positos filios uocatos videri. Pro confirmatione autem huius sententiæ argumento utor ex l. Lucius, 2. ff. de hæred. instit. vbi Scæuola de hac ipsa facti specie uerba faciens, scribit in hæc uerba: *Nam prudens testatoris consilium animaduertitur qui non solum fratrem suum prætulit substituit, verum etiam eius liberos.*

His verbis Scæuola respondit, etiam liberos prælatos fuisse substituto; at si vocati non essent, non possent videri esse prælati. Ergò sunt vocati, & quidē ante substitutum. A

Respondent contrariæ sententiæ autores multis modis: & primò, liberos prælatos censeri non ex testamento, tanquam vocatos ab ipso testatore, sed ab intestato tacitè.

Non rectè. Nam, aut hoc intelligitur, vt ab intestato succedant parenti suo, aut testatori. Non primum; quia oporteret in ea facti specie patrem adiuisse hæreditatem, quia hæreditas non adita non transmittitur, l. vnica, §. in nouissimo, C. de caduc. tollend. quod tamen non fit, quia textus ita dicit: *Quos eo amplius noluit hæredes esse, si frater priusquam hæreditatem adierit, liberis relictis decesserit*. Non secundum, quia oporteret filios natos esse, aut conceptos tempore mortis testatoris: neque enim post mortem concepti succedere possunt, l. Titius, ff. de suis & legitim. hæred. qua de re ibi Scæuola nullū verbum. B

Secundò respondent in d. l. Lucius, non illud quæri, an filij in conditione positi censeantur vocati; sed an substitutum excludant, & ideo dum textus dicit: *Nam prudens consilium testatoris animaduertitur*, &c. non hoc vult, vt filij admittantur ad successionem; iam enim frater testatoris adiuerat hæreditatem, sed vult, vt substitutum excludant.

Non est solida responsio, quia Iurisconsulti verba faciunt, vt non solùm colligamus substitutum excludi; sed etiam filios vocari. Nam si tantùm deberent filij substitutum excludere, alijs verbis vtendum erat, quàm eis, quibus Iurisconsultus est vsus. Cùm dixit; testatorem prætulisse substituto fratris liberos; Hic enim est sensus, vt magis ipsos liberos, quàm substitutum hæreditatem obtinere testator voluerit, quæ res facit, vt & substitutus excludatur, & liberi admittantur ad successionem ex voluntate defuncti, ac proinde, vt vocati esse C dicantur.

Tertiò respondent in ea specie, de qua Scæuola respondit, substitutionem vulgarem factam fuisse sub illa conditione: Si frater hæres ante aditam hæreditatem prius decessisset, quàm filium, filiamve habuisset. Quam obrem in ea specie liberi non sunt in conditione positi fauore fratris hæredis. Nam etsi ante aditam hæreditatem liberis extantibus decessisset, non potuisset de ea disponere; & ideo necesse est affirmare filios ibi vocatos fuisse; At non rectè infertur ad fideicommissariam substitutionem generaliter, vt in quæstione proposita, alicui factam, si absque liberis moriatur, vt hæreditatem alteri restituat, tunc enim non illa vrgebit ratio, vt filij intelligantur vocati.

Non obstat hæc responsio; quia etiam in d. l. Lucius. Filij sunt in conditione positi fauore hæredis, quem fauorem considerat Iurisconsultus. Poterat enim in ea specie obijci, substitutos admittendos esse, quia testator D eos vocauit eueniente vna ex tribus cōditionibus; Euenerat autem vltima, quia ante aditam hæreditatem hæres liberos non habebat. Contra ait Iurisconsultus: *Quia prudens testatoris consiliū animaduertitur*. Si enim fratre mortuo, superstitibus liberis, ipsos liberos substitutis prætulit, multo magis credendū est voluisse ipsum præferre hæredem fratrem ita, vt ipse adeundo hæreditatem substitutos excluderet.

Nunc argumenta contrariæ opinionis diluenda sunt. Primum ex l. 1. C. de pactis, vbi patet liberos Philini in conditione positos reuocare non posse sextantem hæreditatis Frontini datum, & tamē illum reuocare possent, si ex fideicommisso tacitè vocati essent.

Omissis aliorū responsionibus, respondeo, nō illud in ea lege quæri, an sextans reuocari possit à filijs in conditione positis, eo nomine, quòd ipsi ad hæreditatem ex fideicōmisso tacitè vocati essent; sed illud quæritur; vtrū pactio iniqua fuerit, & ideo rescindenda, cum Philinus liberos reliquerit, atque ita fideicōmissi conditio euanuerit, & respondetur iniquā non fuisse pactionem; quia incertum erat eo tempore, quo inita fuit, vtrū suscepturus esset Philinus, liberos necne. Verba legis hæc sunt: *Conditionis incertum inter fratres non iniquis rationibus conuentione finitum est. Cùm igitur verbis fideicommissi petitum à patre tuo profitearis, vt si vita sine liberis decederet, hæreditatem Licinio Frontini restitueret, pactū eo tempore de sextante Licinio Frontini dando cum liberos Philinus non sustulerat, interpositum non idcirco potest iniquum videri, quod facta sicut placuit diuisione diem suum ie filio eius superstite defunctus est.*

Vtrum filius tanquam vocatus ex fideicōmisso alienatum sextantē reuocare potuerit non hic discutitur; quia multa potuissent adferri cur nō posset, etiā si vocatus censeretur. Etenim & pater suus quartam detrahere potuisset, & ipse tanquā hęres patris eius factū impugnare non potuisset: sed hoc non decidit ibi Imperator, sed pactum iniquū non videri; quasi ex falsa causa factū; quia filius erat superstes, & sic fideicōmissi conditio defecerat. Sed quia incertum erat, an conditio euentura esset, ideo dicit Imperator non iniquum esse illud pactum.

Secundum argumentum est ex eo, quod dicitur, quæ sunt in conditione, non sunt in dispositione, l. si quis sub conditione. ff. si quis omissa causa testamēti. Respondeo, hæc esse dissimilia; Nam si quis sub conditione dandorū decem, alicui hęres fuerit institutus, in potestate habet non dare, & ille non est legatarius; & ideo nihil petere potest, vt ibi dicitur; sed hic filij sunt in conditione positi, quos excludere non potest hęres, si nascantur, quia ipsi sunt à testatore vocati tacite, vt substituto præferantur.

Tertium argumentum est ex l. ex facto, §. ex facto, ff. ad Trebell. vbi Vlpian. *Ex facto tractatum memini. Rogauerat quadam mulier filium suum, vt si sine liberis decessisset, restitueret hæreditatem patri suo. Is postea deportatus in insulam liberos susceperat; Quærebatur igitur an fideicommissi conditio defecisset. Nos igitur hoc dicimus; conceptos quidem ante deportationem, licet postea edantur, efficere, vt conditio efficiat. post deportationem verò susceptos, quasi ab alio, non prodesse. Maximè cùm etiam bona eius sua quodammodo causa fisco sint vindicanda.*

Respondeo, nihil ad rem nostram pertinere, sententia enim legis est: filios natos, vel conceptos ante deportationem efficere, vt conditio fideicommissi deficiat: natos autem & simul conceptos post deportationem id non efficere, sed expectandam tamen esse mortem grauati: & interim bona fisco vindicanda cum sua causa, vt scilicet post mortem grauati ea restituat patri, si conditio euenerit. Vtrum autem eiusmodi filij censeantur vocati necne, non decidit eo loco Iurisconsultus.

Quartum argumentum est ex l. generaliter, C. de institut. & substit. in vers. *Cui enim ferendus est intellectus, si forsitan testamentum quidem non fecerit, posteritatem autem habuerit propter huiusmodi verborum angustias liberos eius omni pene fructu paterno defraudari?*

Respondeo, bona ibi fideicommisso subiecta fructum paternum appellari, quia prius relicta sunt patri, & eius contemplatione tacitè etiam relicta filijs in conditione positis, argument. l. sed si plures, §. in arrogato, ff. de vulg. Et quia bona semel patris fuerunt cùm hæreditatem adiuit, iuxta l. 1. §. veteres, ff. de acquir. possess. non autem eam ob causam, quod filius ea videatur à patre habere, & non ab auo.

Quintum argumentum est ex l. potest, cum lege sequenti, ff. de vulg. ait textus: *Vel singulis liberis, vel ei, qui nouissimus morietur hæres substitui potest. Singulis, si neminem eorū intestatum decedere velit. Nouissimo, si ius legitimarum hæreditatum integrū inter eos custodiri velit*. Respondeo, nullum verbum hic de filijs in conditione positis nullumque argumentum, an censeantur vocati necne, sumi potest. Quid enim cum filijs in conditione positis commune habet, quod pater volt filios sibi inuicem

A uicem ſuccedere, & tandem eorum nouiſſimè morienti alium ſubſtituerit?

Sextum argumentum eſt ex l. filiusfam. §. cum quis, de leg. 1. Martianus: *Cum quis rogatus erit, ſi ſine liberis deceſſerit, per fideicommiſſum reſtituere, conditio defeciſſe videbitur, ſi patri ſuperuixerint liberi, nec quaeretur, an haeredes extiterint.* Reſpondeo, non ibi illud decidi, filios ita in conditione poſitos vocatos non eſſe à teſtatore, ſed hoc deciditur, ſiue ſint hæredes patri ſuo, ſiue nõ ſint, efficere, vt deficiat conditio, quia ſufficit eos exiſtere, poſt mortem patris, nec illud etiam requiritur, vt ſint hæredes.

Septimum argumentum eſt ex l. ſi quis eum, §. vlt. ff. de vulg. Pomponius: *Sed ſi ſecundum teſtamentum ita fecerit pater, vt ſibi haeredem inſtituat, ſi viuo ſe filius decedat, poteſt dici non rumpi ſuperius teſtamentum, quia ſecundum non valet, in quo filius praeteritus ſit.*

Quibus verbis patet, filium, qui poſitus fuit in condi-B tione non cenſeri inſtitutum hæredem. Reſpondeo, textum loqui de inſtitutione directa; illa enim, non præſumitur, l. 1. ff. ſi Tab. teſtam. extabunt. l. iubemus, C. de teſtam. l. hæredes palam, ff. eo. tit. nos verò agimus de fideicommiſſo, quod tacitè inducitur ex coniecturis, l. cum proponebatur, de legat. 2. cum ſimilibus.

Octauum argumentum eſt ex l. ſi quis ita hæres inſtituatur, 82. ff. de hæred. inſtit. Scæuola: *Si quis ita haeres inſtituatur, ſi legitimus haeres vindicare nolit haereditatem meam, puto deficere conditionem illo vindicante.*

Quibus uerbis non cenſetur hæres inſtitutus legitimus hæres, vt ibi Gloſ. notat. Reſpondeo, argumentum procedere in directa inſtitutione, quæ ex coniecturis nõ inducitur, vt ſuprà in præcedenti dictum eſt.

Poſtremum argumentum. Hæc conditio, ſi deceſſerit ſine liberis, adijcitur à teſtatore ad liberandum hæredem ab onere fideicommiſſi, & ad extinguendum ipſum fideicommiſſum, ergo ſi grauatus hæres decedat li-C beris relictis, illa conditio inducere non debet aliud fideicommiſſum in fauorem liberorum; quia inducta ad vnum effectum, non debent eius contrarium operari, l. legata inutiliter, de leg. 1. Et quod fauore inductum eſt, non debet in odium retorqueri, l. quod fauore, C. de legibus. Reſpondeo, non conſtare an illa conditio fuerit adiecta ob merum commodum & fauorem grauati; dicimus enim adiectam fuiſſe ad excludendum ſubſtitutum, & ad ipſos liberos inuitandos ad ſucceſſionem, quæ res aliquo pacto fauorem continet grauati; quia non extraneo ſubſtituto hæreditatem reſtituit, ſed filijs ſuis, quod commune eſt parentum votum, l. ſcripto, ff. vnde liberi.

CAPVT LII.

Vtrum filij naturales in conditione poſiti, faciant deficere conditionem fideicommiſſi.

PErpetam hæc res, cum ſit iure noſtro clarè definita, in controuerſiam reuocatur. Autores multi ſunt, naturales filios, vt conditio deficiat fideicõmiſſi, non prodeſſe. Multi contrà prodeſſe volunt; diſtinctione alii vtuntur, vt latè ac diligenter refert explicatque Iacobus Menochius de præſumpt. libro 4. præſumpt. 78. Cum tamen lex aperta ſit totam hanc diſputationem dirimens, hoc modo, ut filii quidem naturales, qui in ſeruitute nati ſunt, in figura tamen matrimonii faciant conditionẽ, qua de agitur, deficere, quia creditur & naturales liberos, id eſt, in ſeruitute ſuſceptos, appellatione filiorum contineri, vt in l. Lucius, 90. §. vlt. de leg. 2. Cæteri vero filii naturales, non ex legitimo ſcilicet matrimonio ſuſcepti, vtrum efficiant, vt conditio deficiat, voluntatis eſſe quæſtionem; & hoc ex dignitate, & voluntate, & ex conditione eius, qui fideicommiſit, accipiendum eſſe, quam ſententiam ſe amplexum fuiſſe Menochius vbi A ſuprà teſtatur, & veriſſima eſt. En legem claram; Vlpianus in l. ex facto, §. ſi quis rogatus, ff. ad Trebell. *Si quis rogatus fuerit, vt ſi ſine liberis deceſſerit, reſtituat haereditatem. Papinianus libro 8. Reſponſorum ſcribit, etiam naturalem filium efficere, vt deficiat conditio, & in libertino eodemque colliberto haec ſcribit. Mihi autem, quod ad naturales liberos attinet, voluntatis quaeſtio videtur eſſe, de quibus liberis teſtator ſenſerit: ſed hoc ex dignitate, & ex voluntate, & ex conditione eius, qui fideicommiſit, accipiendum erit.*

Vides Vlpianum ſecutum eſſe Papiniani ſententiam, quantum ad naturales liberos, qui in ſeruitute naſcuntur, de quibus intelliguntur verba illa: *Et in libertino eodemque colliberto*, &c. In alijs autem naturalibus filiis nõ ita ſimpliciter ſententiam Papiniani amplexum, ſed voluntatis quæſtionem eſſe dicit, & ex dignitate, ac voluntate, &c. accipiendum id eſſe.

Sed reſpondet Valentinus Forſterus hanc quæſtio-B nem tractans in Commentariis de Succeſſionibus ab inteſtato, pag. 160. Cum Vlpianus à Papiniano diſcrepet, præferendam eſſe Papiniani ſententiam ex Theodoſii Conſtitutione, & Valentiniani ad Senatum Vrbis, quæ Codici Theodoſiano inſerta eſt, & cuius verba refert illa inter cætera: *Vbi autem diuerſae ſententiae proferuntur, potius numerus vincat autorum: vel ſi numerus aequalis ſit, eius partis praecedat autoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui vt ſingulos vincit, ita cedit duobus.*

Sed meminiſſe oportebat doctiſſimum virum, eas leges ad cauſarum deciſionem adſerri non poſſe, quæ in Iuſtinianæo Codice non continentur, l. 1. §. hunc igitur, C. de nouo Codice Iuſtin. confirmando; Aliter ſtatuiſſe ipſum Iuſtinianum in l. 1. C. de veteri iure enucleando; *Sed neque ex multitudine autorum*, inquit, *quod melius, & aequius eſt iudicatote; Cùm poſſit vnius forſitan, & deterioris ſententia, & multos & maiores aliqua in parte ſu-*C *perare. Et ideo ea, quae antea in notis Aemilii Papiniani ex Vlpiano & Paulo, necnon & Martiano adſcripta ſunt, quae antea nullam vim propter honorem ſplendidiſſimi Papiniani obtinebant, non ſtatim reſpuere, ſed ſi quid ex his ad repletionem Summi ingenii Papiniani laborum vel interpretationum neceſſarium eſſe perſpexeritis; & hoc ponere legis vicem obtinens non moremini: vt omnes qui relati fuerint in hunc Codicem prudentiſſimi viri habeant autoritatem, tanquam ſi eorum ſtudia ex Principalibus Conſtitutionib. profecta, & à noſtro diuino fuerint ore profuſa.*

Porrò quæ ſint voluntatis coniecturæ, & quæ ex dignitate, & conditione eius, qui fideicommiſit, iure peti poſſint, diligenter proſequitur annotato in loco Menochius, qui erit hac in re meritò conſulendus, nos enim controuerſias duntaxat tractandas hic ſuſcepimus.

CAPVT LIII.

D *Filij naturales Principis Reſcripto legitimati in conditione poſiti, an excludant ſubſtitutum.*

COntrouertitur quoq; an filii naturales, Principis Reſcripto legitimati, in conditione poſiti ſubſtitutum excludant, & negant Ioan. Calderin. in conſilio ſecundo, titu. Qui filii ſint legitimi, Bald. ad l. Lucius, 2. ff. de hæred. inſtit. Salycet. in l. generaliter, §. cum autem, C. de inſtitut. & ſubſtitut. Imola in l. ex facto, §. ſi quis rogatus, ff. ad Trebellian. Fulgoſius in conſilio 62. numero 3. Barbatia in conſilio 27. colum. 19. libro ſecundo, Iaſon in l. ſi is qui pro emptore, numero 263. ff. de vſucap. Decius in conſilio 284. numero 12. alios refert Alexander ad l. generaliter, §. cum autem, C. de inſtitut. & ſubſtit. nu. 2. & in conſ. 25. nu. 2. & 67. nu. 5. & 94. nu. 3. lib. 1.

Quibus adſtipulantur hæc argumenta. Primum, quia filium definimus, qui ex viro, & vxore naſcitur, l. filium definimus, ff. de his qui ſui, vel alieni iuris ſunt. Sed le-

gitimatus, non nascitur ex viro, & vxore, ergò non dicitur filius, consequenter non excludit substitutum.

Secundum argumentum. Legitimatus non est propriè legitimus, sed ex quadam fictione. §. filium verò, ibi. *Velut ex quadam machinatione.* in Auth. Quibus mod. nat.eff.sui, & §. generaliter, ibi: *Siue per quandam aliam machinationem*, eod. tit. Ergò de illo non possunt intelligi verba testatoris, quibus dicitur: *Si decesserit absque filis legitimis, & naturalibus*, &c. Verba enim propriè accipienda sunt, non autem secundum eiusmodi fictioné, & machinationem, argum. l. vlt. C. de his qui veniam ætatis impetrauerunt.

Tertium argumétum est, quia legitimatus non succedit in feudo, ne præiudicium fiat agnatis, & alijs legitimis successoribus vt in c. 1. §. naturales, si de feudo fuerit côtrouε. inter vasallū & agnatos. Ergò nec succedere debet in hæreditate, ne substitutis alijs præiudiciū inferat.

Cæterùm, affirmant alij magis communiter Doctores, vt videre licet ex Iacobo Menochio de præsumpt. libro 4. præsumpt. 79. & in cons. 266. nu. 20. lib. 3. ex Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 11. tit. 10.

Fundamentum est; quia legitimatus est verè & propriè legitimus, vt in Authen. quib. mod. nat. eff. sui, ibi: *Legitimi fierent.* Et rursus ibi: *Ex naturalibus ad legitimos eleuare.* Et in §. reliquis, ibi: *Semel enim eos efficientes legitimos.* Et in §. si quis ergo filios, ibi: *Ad legitimum ius filios educere naturales*, &c. Et ibi: *Qui vult naturales suos filios restituere naturæ, & antiquæ ingenuitati, & iuri legitimo.* Immò nihil differunt à legitimis, ut in § sit igitur licentia, ibi: *Nihil à legitimis differentes*, quib. mod. nat. eff. legit. & in §. & quoniam variè, quib. mod. na. eff. sui, ibi: *Nihil dissimilis legitimis*, &c.

Ego sanè hac in re putarem ita distinguendum, vt si quidem legitimi efficiantur filij naturales Principis Rescripto post fideicommissum iniunctum, eo in casu nihil substituto præiudicare debeant, nullo modo eum excludant. Mouet me Constitutio Pij IIII. Extrauag. edita anno 1562. Kalendis Ianuarij, in qua Summus Pōtifex omnes reuocat legitimationes, & legitimandi facultates in præiudicium uocatorum ex fideicommisso, testamento, & quauis alia dispositione. Et quamuis illa locum habeat inter subiectos Pontifici Maximo, in temporalibus tamen ego existimo illam Cōstitutionem ea ratione nixam, quæ generaliter locum habeat etiam in ditione Cæsarea, ac satis etiam indicasse Pontificem Maximum non esse iuri, non rationi consentaneum, vt legitimatus excludat substitutum & alium ex testamento vocatum. Nam si id iuri consentaneum esset, non erat contrarium statuendum. Illam ergo rationem impulisse Summum Principem Ecclesiasticum opinor; quia Rescripta Principum sic interpretari, & concedi debent, vt alii iniuriam, detrimentum, præiudicium, non inferant, l. 2. §. merito, §. si quis à Principe, ff. ne quid in loco publ. c. quamuis, de Rescript. lib. 6. l. nec filio, l. patrono, ff. de Natalib. restit. Hæc ratio ex iure desumpta locum habet in omni legitimatione, ita videlicet, vt interpretari debeat, ne aliis præiudicium afferat.

Quod si proponatur legitimatos filios ante fideicommissum iniunctum fuisse, tunc nisi contrariæ voluntatis coniecturæ suppetant, quas diligenter Menochius recenset, d. præsumpt. 79. existimarem substitutum excludi; quia legitimati filij dicuntur esse legitimi, & nihil à legitimis differre.

Nec obstant argumenta contrariæ sententiæ; quia primum locum obtinere potest, vbi non sunt filii legitimati: tunc enim nec filii dici possunt, sed cū legitimati sunt Principis Rescripto, tunc & legitimi dicuntur, & filij, & nihil à filiis legitimis differentes.

Secundum verò argumentū nihil obstat; quia in hac specie locum habere non potest illa regula, de qua in argumento, cum filius legitimatus non solum ex Rescripto Principis legitimus esse dicatur, verum etiam hoc beneficium consequatur, vt non differat à legitimo, &

A omnibus fruatur commodis, quibus fruuntur legitimi, & naturales.

Tertium denique argumentum specialiter procedit in feudorum successione, de qua nobis sermo non est, & ex qua non rectè infertur ad aliam materiam.

CAPVT LIV.

Vtrum filij per subsequens matrimonium legitimati substitutum excludant, si conditio hæredi adscripta sic fuerit; si decesserit absque liberis de vel ex legitimo matrimonio natis.



N eadem materia controuerti solet; si testator eam adiecerit conditionem, si decesserit absque liberis, de, vel ex legitimo matrimonio natis, an filii per subsequens matrimonium legitimati substitutum excludant. Et quoniam latè & di-B ligenter explicatur hæc quæstio argumentis, & autoritatibus hinc inde allatis à Mantica de cōiecturis vltimar. volunt. lib. 11. tit. 12. & à Iacobo Menochio de præsumptio. libro 4. præsumpt. 81. ego paucis indicabo, cui adhæream sententiæ; tum fundamentum, quo ipse innitar, & denique quid respondendum mihi videatur contrariæ sententiæ argumentis.

Ego eorum sententiam amplector, qui negant in hac proposita specie substitutum excludi. Fundamentum, quo nixus sum, illud est; quia testator locutus est de filiis natis ex legitimo matrimonio, vt patet. Tales autem filii, vt maximè legitimi habeantur, iuxta cap. tanta, qui filii sint legitimi, non tamen habentur pro natis ex legitimo matrimonio; ratio, quia lex facere potest, vt qui ob aliquam causam legitimus non est, habeatur tamen & reputetur legitimus (est enim hoc in legis potestate positum, cum à lege dicatur legitimus) sed facere non potest lex, vt qui natus non est ex legitimo matrimonio, C habeatur & sit tāquam ex legitimo matrimonio natus; hoc enim in facto, non in iure consistit. Quare cum ad factum hoc respexerit testator, mentione facta filiorum ex legitimo matrimonio natorum, nó uidentur huc pertinere filii, qui non sunt nati ex legitimo matrimonio, licet postea contractum fuerit matrimonium, & ex eo ipsi legitimi effecti fuerint.

Argumenta verò contrariæ sententiæ non obstant. Primum adfertur cap. cum in cunctis, de electio. vbi dicitur, Episcopum ex legitimo matrimonio natum esse oportere, & tamen is, qui natus est, antequam contraheretur matrimonium, Episcopus esse potest, matrimonio postea contracto, vt notat Gloss. in cap. innotuit, in versiculo coniugata, eodem titu. Respondeo, Glossam hoc docere autoritate textus, in capit. tanta, qui filij sunt legit. qui textus non probat, nec dici filios habendos esse pro natis ex legitimo matrimonio, sed pro legitimis: *Tanta est vis matrimonii* (inquit textus) *vt* D *qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur.*

Secundum argumentum est; quoniam legitimati per subsequens matrimonium, videntur esse nati ex legitimo matrimonio, lex enim præsumit ab initio contractum fuisse inter parentes, l. cum quis, versiculo, neque enim, C. de naturalibus liber. cuius verba hæc sunt: *Neque enim verisimile est eum, qui postea vel donationem, vel dotem conscripserit, ab initio talem affectionem circa mulierem non habuisse, quam dignam esse vxoris nomine faciebat.*

Respondeo, hoc textu, non probari propositionem in argumento assumptam, sed hoc tantum: patrem habuisse circa mulierem affectionem, vt eam vellet vxorem habere, prout postea habuit: ac proinde tam filios antea, quàm postea procreatos succedere debere. Sed hoc non pertinet ad quæstionem nostram; primò, quia non hic quærimus, quæ fuerit patris affectio erga vxorem, & matrem liberorum ante matrimonium

pro-

procreatorum, ſed quæ fuerit voluntas teſtatoris, qui fideicommiſſum ſub ea conditione iniunxit. Deinde, quia non rectè infertur habuit affectionem, ergo ab initio eã duxit in vxorem, & ſic matrimonium fuit ab initio contractum. Contrahitur enim matrimonium non ſola cõtrahendi affectione, ſed reipſa, mutuo videlicet coniugum intercedente conſenſu.

Tertium argumentum eſt, quia filij ſic legitimati ſuccedunt in feudo, quod conceſſum eſt, pro filijs legitimis, & naturalibus, & de legitimo matrimonio natis, vt tradunt Iſernia, Præpoſit. Abb. Aff. Iaſon, & alij multi à Menochio citati in conſ. 227. nu. 17. & 18. lib. 3. Clarus, §. feudum, quæſtio. 83. verſ. ſed quid ſi feudum. Ergo etiam in quæſtione noſtra ſuccedere debent, & ſubſtitutum excludere.

Reſpondeo, negando conſequens, & etiã antecedens: Nam etiam in feudo contrarium docuere Baldus Aluarot. Alex. Barbat. Luc. de Penna, Curtius ſenior. Ruin. Curtius iun. Natta, Gozad. Roland. & alij, quos citat Mantica loco proximè citato, nu. 22.

Quartum & poſtremum argumentum eſt; quia in ſtatutis appellatione filiorum ex legitimo matrimonio procreatorum veniunt etiam legitimati, per ſubſequens matrimonium, vt latè adductis autoritatibus docet Menochius in conſ. 227. nu. 33. lib. 3. Ergò idem eſt in diſpoſitione teſtatoris.

Reſpondeo contrarium, quod attinet ad ſtatuta, docuiſſe poſt multos alios, quos commemorat, Manticam, vbi ſuprà, num. 23.

CAPVT LV.

Subſtitutum an excludant filij per ſubſequens matrimonium legitimati in articulo mortis contractum.

INter omnes conſtat filios in cõditione poſitos ſubſtitutum excludere, quoties per ſubſequẽs matrimonium legitimi efficiuntur; nec verba teſtatoris hoc exigunt, vt ex legitimo matrimonio nati ſint. Cæterum illud eſt non parum controuerſum ac dubium; vtrum hæc ſententia locum habeat, ſi matrimonium à grauato fuerit in mortis articulo contractum. Et locum non habere Angelus reſpondit: ideoque ſubſtitutum eo in caſu non excludi, in l. ſed eſt quæſitum, ff. de lib. & poſtum. & in l. nuper, nu. 3. C. de nat. lib. Ruin. in conſil. 211. num. 7. & 8. lib. 1. & 46. num. 8. lib. 2. & 163. num. 7. lib. 3. Curtius iun. in conſ. 26. nu. 9. Celſus Vgo in conſil. 73. num. 32. Barbatia in conſil. 18. col. 7. lib. 2. Tiraq. ad l. ſi vnquam, verſ. Suſceperit liberos, nu. 74. C. de reuoc. donat. Alciatus in conſ. 616. nu. 4. Mantua in conſ. 38. nu. 14. lib. 2. D. meus Cephalus, in conſ. 239. nu. 10. lib. 2.

Contrarium docuerunt Cynus, Ioan. Andr. Bald. Butr. Imola & Alexand. à Ruino citati in conſil. 78. nume. 7. lib. 3. Pariſ. in conſil. 13. num. 68. & 14. num. 35. libro 1. Berous in cap. in præſeotia, num. 204. de probatio. Couuar. in Epitome de Sponſal. parte 2. cap. 8. §. 2. nu. 2. Hieronymus Gabrielius in conſil. 24. num. 3. lib. 1. Franciſcus Sarmientus, lib. 1. Selectar. Interpret. cap. 6. nu. 8. Menochius de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 81. nume. 28. verſ. Cæterum & Mantica de coniecturis vltimar. volunt. lib. 11. tit. 13.

Fundamentum prioris ſeotentiæ poſitum eſt in eo, quòd, vbi matrimonium in articulo mortis contrahitur, præſumitur id fieri in fraudem ſubſtituti, argum. l. filiæ meæ, ff. ſolu. matr. & ideo non debet ei præiudicare, argum. textus in cap. de his, de ſepult. Sic & confeſſio inter viuos facta probat contra confitentem & conſequenter etiam contra eius hæredem, l. generaliter, C. de non num. pecun. Cæterum, in articulo mortis facta non probat, niſi ſit iurata. Authen. Quod obtinet, C. de probationibus.

A Fundamentum verò contrariæ ſententiæ eſt. Nam cum inter omnes cõſtet matrimonium in articulo mortis contrahi poſſe, vt tradit Mantica loco annotato, poſt num. 2. Nullus videtur dolo facere, qui ſuo iure vtitur, l. nullus videtur, de reg. iuris, & ſic non videtur præſumendus dolus, qui & aliàs etiam non præſumitur, l. dolum, C. de dolo.

Et hæc ſententia mihi probabilior videtur, & confirmari poteſt eo argumento, quod, vbi quis aliquid agit, ex quo alteri præiudicium infertur, non tamen eam ob cauſam tenetur, ſi præcipua eius intentio fuit, vt ſibi prodeſſet, & commodaret, l. fluminum, §. vlt. ff. de damno infecto. Hinc dicimus opus ad æmulationem factum non præſumi, ſed potius quem vti iure ſuo. Menochius de arbitr. iud. caſu 156. num. 8. Maſcard. de Probation. vol. 2. Concluſ. 620. in principio. Cum ergo aliquis æger matrimonium contrahit, videri poteſt ſpe conualeſcendi illud contrahere, & ſui commodi gratia, non autem
B in fraudem alterius, & ſic vt ſubſtituto noceat.

Et ad l. filiæ meæ, reſponderi poteſt, in ea ſpecie maritum in fraudem patris diuortium feciſſe, vt dotem non haberet, quam filia mortua habiturus eſſet, id patet ex illis verbis textus: *Vir in hoc repudium miſit, vt mortua ea dotem potius hæredibus eius quam mihi redderet.*

Ad cap. de his, de ſepult. reſponderi poteſt, etiam omni fraude ceſſante in ea ſpecie Canonicã portionem deberi Eccleſiæ, à qua ſuſcepti ſunt, qui ad religionem trãſeunt, quia non poteſt ei auferri, & ideo notat ibi Glo. aliquando fieri quidpiam licere in vita, quod non licet in morte, vt patet; quia pater poteſt omnia ſua bona in vita conſumere, in morte verò non poteſt filios priuare legitima portione. Alia ratio eſt in propoſita quæſtione; nam is, qui matrimonium contrahit, non aufert bona fideicommiſſo ſubiecta ſubſtituto, ſed facit, vt filij legitimi efficiantur; & per conſequens, vt conditio deficiat, à teſtatore adiecta. Quamobrem ſubſtitutus non hære-
C dis grauati facto; quia is vtitur iure ſuo, ſed ob conditionem à teſtatore adiectam hæreditate priuatur; quod verò de confeſſione dicebatur, non probare niſi ſit iurata, locum habet, vbi confeſſio in teſtamento facta eſt, quia teſtamentum fit ad diſponendum principaliter, non autem ad probandum: ideo teſtator videtur confiteri potius, vt donet & leget, quàm vt probationem inducat, niſi iuramentum adhibeat: tunc enim eſt perinde, ac ſi diceret, velle ſe ea omni, quo fieri poteſt, modo locum habere, vt explicat Bartolus, in l. cum quis decedens. § Codicillis, de leg. 3. Hæc autem res nihil cum materia, qua de agitur commune habet.

CAPVT LVI.

Poſſitne teſtator expreſsè Monaſterium, vel Eccleſiam excludere ab hæreditate, ſi hæres inſtitutus factus
D *fuerit Monachus, & proximiores vocare, ac ſubſtituere.*

TEſtator ita diſpoſuit: Si filius meus, vel alius heres inſtitutus factus fuerit Monachus, nolo ut Monaſteriũ ſiue Eccleſia ſuccedat; ſed proximiores agnatos ſubſtituo. Cõtrouerſia eſt an iure conſiſtat ea conditio, quæ Monaſterium ſiue Eccleſiam excludit. Tractat hanc rem fusè allatis hinc inde autoritatib. Doctorum Iac. Menochius de præſumpt. lib. 4. Tomo 1. præſumpt. 83. argumenta etiam vtriuſque ſententiæ tam affirmantis quàm negantis recenſet, vt meritò omnis labor noſter in illis huc adferendis ſuperuacaneus videri poſſit, quare ſententiam noſtram adſcribemus. Tum fundamentum eius, & contraria argumenta diluemus.

Exiſtimo eam conditionem, quæ Monaſterium ſiue Eccleſiam excludit, non valere, & pro nõ ſcripta habẽdã eſſe. Fundamentũ ſtatuo in Nouell. 123. §. ſed & hoc præ

ſenti,eius verba interprete Haloandro hæc ſunt: *Si quis ſub conditione nuptiarum aut ſuſceptorum filiorum,vel dotis, aut nuptialis donationis gratia, vel donauerit, vel reliquerit filius ſuis, aut cuicunque alij perſonæ, vel hæreditatem, vel legatum: aut ſi initio purè ipſis relinquas, poſtea ſub vna aliqua memoratarum conditionum ſubſtitutione, aut reſtitutione eos prægraues, iubemus, vt ſi mares, aut fœmina,qui talibus conditionibus obnoxij ſunt, Monaſterium ingrediantur, aut Clerici Diaconiſſæ, aut Aſcetriæ fiant, illiuſmodi conditiones inualidæ, & pro non ſcriptis ſint*, &c.

His verbis hoc vult Imperator (quod ad rem noſtrā attinet) vt ſi hæres fuerit inſtitutus purè, deinde grauatus reſtituere ſub conditione, ſi liberos non procreauerit; vel ſi abſque liberis deceſſerit, & monaſterium ingrediatur,tunc ſubſtitutio ſub ea conditione facta inualida exiſtat,& pro non ſcripta habeatur.

Hic igitur perpendo Monaſterium ſuccedere, & ne-
B quaquam excludi, licet contraria ſit voluntas teſtatoris, quod probatur. Nam hoc teſtator vult, vt ſi hæres inſtitutus abſque liberis moriatur,ſuccedat ſubſtitutus: Sed hæres ingrediens Monaſterium abſque liberis moritur. Ergò teſtator vult, vt hoc caſu ſubſtitutus ſuccedat,non autem Monaſterium: neque enim Monaſterium loco filij habetur, & vt maximè haberetur, eſſet filius non verus, ſed fictitius, qui proinde ſubſtitutum non excluderet: Id autem ita conſtitutum eſt à Iuſtiniano,vt religionem & Eccleſiam hoc ſpeciali fauore ornaret; niſi vt ipſe Iuſtinianus ſubdit: *In redemptionem captiuorum. aut in egentium alimenta ſub prædictis conditionibus ſubſtitutio,vel reſtitutio fiat.*

Cùm igitur in ea ſpecie, de qua Imperator loquitur, voluntas teſtatoris manifeſtè repugnet, & nihilominus Monaſterium & Eccleſia non excludatur, & hoc in honorem ac fauorem Eccleſiæ; Idem profectò reſpondendum videtur,etiamſi voluntas teſtatoris expreſſa Mona-
C ſterium & Eccleſiam excludat. Eſt enim eadem ratio, vtroque in caſu, & parum videtur referre expreſſis verbis conſtet de teſtatoris voluntate, an talibus, ex quibus eadem manifeſtè deprehendatur, & cognoſcatur; præſertim verò in eiuſmodi conditionibus,& fideicommiſſarijs ſubſtitutionibus.

Quamobrem id probare non poſſum, quod reſpondēt contrariæ ſententiæ autores apud Menochium loco ſuprà annotato, num. 16. Iuſtinianum inualidare eam conditionem ex præſumpta mente, & voluntate teſtatoris, non autem contra voluntatem. Nam quando teſtator ſubſtituit ſub conditione ſimplici, ſi deceſſerit ſine liberis,non apparet, an cogitauerit de ingreſſu religionis vel non;quamobrem hoc in caſu Iuſtinianus ſtatuit,fauore religionis conditionem haberi pro non ſcripta, habita coniectura, quòd ſi teſtator cogitaſſet de religionis ingreſſu,non ſubſtituiſſet.

Non mihi hæc vllo pacto probari poſſunt;quia nulla
D eſt clarior teſtatoris voluntatis coniectura, quàm quę ex verbis apparet. Ex verbis autem apparet eum ſubſtituere,ſi hæres ſine liberis deceſſerit; Ergò ſi Monaſterium hæres ingrediatur, & ſic decedat abſque liberis, ea eſt voluntas, vt ſubſtitutus ſuccedat,non autem vt Monaſterium: Et ſi teſtator de Monaſterij ingreſſu cogitaſſet, ſine dubio ſubſtituiſſet, vt vel ſuæ agnationi proſpiceret, vel deſcendentibus, vel alijs,quos caros habuiſſe eos ſubſtituendo uidetur. Itaque non teſtatoris voluntate ratio legis nititur,ſed ſingulari fauore, quo religionis, & Eccleſiæ iura proſecutus eſt Iuſtinianus.

Nunc argumenta contrariæ ſententiæ diluenda. Primum, quia teſtatori permiſſum eſt de rebus ſuis pro ſuo arbitrio diſponere, l. 1. C. de ſacroſanct. Eccleſ. & leg. xij. Tabularum cautum: *Vt quiſque legaſſit ita ius eſto*, l. verbis legis, ff. de verb. ſign.

Reſpondeo, generalem illam facultatem reſtrictā eſſe multis modis; ſed (quod ad rem attinet) vt non habeat locum in ſpecie, qua de agitur, id patet ex Nouella ſupra
A dicta 123. vbi Iuſtinianus infirmat, & pro non ſcripta habendam eſſe decernit teſtantis diſpoſitionē, vt patet.

Secundum argumentum. Nemo inuitus cogitur benefacere, C. de Iudæis, 45. diſtinct. cap. vlt. 22. quæſtio. 5. Ergò nemo cogi poteſt ita diſponere, vt bona ſua acquirantur Monaſterio vel Eccleſiæ. Reſpondeo, hic teſtatorem non cogi, vt Monaſterio vel Eccleſiæ relinquat. relinquit enim teſtator hæredi: Is verò ingreſſus Monaſterium omnia ſua bona Eccleſiæ offert, quam oblationem & acquiſitionem ex ea teſtantis voluntate impediri non poſſe, meritò Iuſtinianus religionis fautor maximus, decreuit.

Tertium argumentum eſt ex l. Deo nobis, C. de Epiſcopis & Cleric. vbi conſtitutum eſt, patri permiſſum eſſe, ne aliquid relinquat filio profeſſo vltra eius legitimā. Ergò in eo, quòd legitimam excedit, poterit quocunque modo ſubſtituere. Reſpondeo, hoc argumentum ante Nouellam ſupradictam 123. locum ſibi potuiſſe vendica-
B re. Sed iam non poteſt, quia ſubſtituendi facultatem liberam, quantum ad eam ſpeciem, de qua agitur, Iuſtiniani Conſtitutio ademit.

Quartum argumentum. Teſtator poteſt rebus ſuis adijcere hanc conditionem, vt apud Eccleſiam non maneant, niſi modum & conditionem ſeruet, cap. verum, de cond. appo. Reſpondeo, nil hoc commune habere cū re noſtra. Hæc eſſe diſſimilia, vt patet, & diuerſam habere rationem.

CAPVT LVII.

Vtrum hæc conditio, ſi deceſſerit ſine liberis, intelligenda ſit tam de maſculis, quàm de fœminis in ea facti ſpecie, qua teſtator propria filia in re certa inſtituta, & filio hærede vniuerſali agnatum ſubſtituit.

TEſtator filia in re certa inſtituta, hęredem fi-
C lium ex aſſe inſtituit, & eidem abſque filijs decedenti agnatum ſubſtituit. Filius deceſſit ſuperſtite filia nepte teſtatoris, Vtrum neptis ſuccedat quaſi conditio defecerit; an verò ſubſtitutus. Inſignis controuerſia eſt. Pro nepte reſponderunt Collegia Bononienſium Doctorum, Peruſinorum & Auenionenſium, teſte Paulo Caſtrenſe in conſil. 409. lib. 2. Rota Florentina, & Bononienſis, teſte Marzario in Epitome de fideicommiſſ. quæſt. 21. & nouiſſimè Senatus Pedemontanus apud Anton. Teſſaurum, deciſ. 188. & præterea 28. Doctores, quos commemorat Menoch. in conſ. 95. nu. 24. lib. 1. & alij, quos citat in conſ. 150 nu. 24. lib. 2. & quos citat d. Teſſaur. vbi ſup.

Pro ſubſtituto reſponderunt Collegium Florentinū, Aduocati Conſiſtoriales Romæ, & Rota Romana, vt per Marzar. vbi ſuprà, & pręterea quinquaginta tres Doctores, quos citat Menoch. d. conſ. 95. nu. 90. lib. 1. quib. alios adiunxit in conſ. 150. nu. 54. lib. 2. & 204. nu. 16. lib.
D 3. & de præſumpt. lib. 4. tom. 1. præſumpt. 85. nu. 8.

Argumenta tam pro nepte, quam pro ſubſtituto, ſi receníere uellem, actum ſanè agerem. Nam Menochius anteuertit, in conſilijs annotatis ea dilucidè, diſerteque tractans iudicium potius qualecunque interponā meū.

Pro ſubſtituto pugnat primò uerborum propria ſignificatio. Nam filiorum appellatione propriè non continetur filia, ſecundum ueriorem, & communiorem ſententiam, vt nouiſſimè demonſtrat Rota Romana deciſ. 125. nu. 6. par. 2. in nouiſſimis deciſion.

Secundò, coniectura uoluntatis defuncti. Nam cum filiam non inſtituerit, ſed maſculum, & ei ſubſtituerit agnatum, apparet eum uoluiſſe bona ſua in familia, & agnatione conſeruare, & relinquere.

Tertiò, illa ratio, quia cum filiam excluſerit ab hæreditate, non eſt credibile eum uoluiſſe ad neptem naſcituram peruenire, eamque melioris eſſe conditionis filia iam nata.

Quartò, alia ratio, quia filio morienti abſque filijs nō

ſub-

substituit neptem, sed agnatum; & sic agnatum prætulit filiæ natæ; Ergo multo magis creditur prætulisse nepti nasciture.

Pro nepte contra, pugnat primò iusta interpretatio, secundum quam filiorum appellatione continetur filia, l.iusta, ff.de verb.oblig.

Secundò, regula iuris, quæ ad successionem vocat æquè masculum ac fœminam, l. maximum vitium, C.de liber. præterit. ad quam suam testator præsumitur voluntatem accommodare, vt not. in l. hæredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebell.

Tertiò, quoniam in eadem conditione, si decesserit absque filiis, tacitè intellecta, constat tam masculos, quam fœminas comprehendi, iuxta l. cum acutissimi, C.de fideicommiss. l. cum auus, ff.de condit. & demon.

Sed quis non videt tres rationes proximas pro nepte generales esse, & ex generalibus iuris præceptis deductas. Contra verò, quæ pro substituto adferuntur ex singularibus facti huius circumstantijs oriri, ac proinde præferendas esse? sicut Generi per Speciem derogatur. Sicut omnis definitio iuris ex particularibus circumstantijs factorum subuerti solet. Et iuris regula quãdoque perdit officium suum. Et denique, ex diuersitate facti, iuris diuersitas oritur? Vulgata hæc sunt, & passim obuia iuris studiosis, atque consultis. Sic statuo in hac quæstione, nec huius me sententiæ pœnitet.

CAPVT LVIII.

Vtrum Papiniani responsum in l. cum auus, ff. de cond. & demonst. ad filios adoptiuos extendi possit.



Vm auus filium ac nepotem ex altero filio heredes instituisset, a nepote petiit, vt, si intra annum trigesimum moreretur, hereditatem patruo suo restitueret, nepos liberis relictis, intra ætatem supra scriptam vita decessit, fideicommissi conditionem coniectura pietatis respondi defecisse, quod minus scriptum, quàm dictum fuerat, inueniretur. Ita Papinianus in l. 10 t. ff. de cond. & demonstr.

Hoc responsum & confirmat & extendit Iustinianus; primum in l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. Secundo in l. Generaliter, §. cum autem, C. de institut. & substitut.

Verba l. cum acutissimi, hæc sunt: *Cum acutissimi ingenij vir & meritò, ante alios excellens Papinianus in suis statuerit Responsis, Si quis filium suum heredem instituat, & restitutionis post mortem oneri subegit, non aliter hoc videri disposuisse, nisi cũ filius eius sine sobole vitam suam reliquerit. Nos sensum merito mirati, plenissimũ ei donamus euentum: vt si quis hac disposuerit, non tantum filium heredem instituens: sed etiam filiam, vel ab initio nepotem, vel neptem, pronepotem, vel proneptem, vel aliam deinceps posteritatem, & eam restitutionis post obitum grauamini subiugauerit, non aliter hoc sensisse videatur, nisi ij, qui restitutione onerati sunt, sine filiis vel filiabus, nepotibus vel neptibus, pronepotibus vel proneptibus fuerint defuncti, ne videatur testator alienas successiones propriis anteponere.*

Verba d. §. cum autem, hæc sunt: *Cum autem inuenimus excelsi ingenij Papinianum in huiusmodi casu: in quo pater filios suos substituit, nulla liberorum ex his procreandorum adiectione habita, optimo intellectu disposuisse, euanescere substitutionem, si is, qui substitutione prægrauatus est, pater efficiatur, & liberos sustulerit; intelligentem non esse verisimile patrem, si de nepotibus cogitauerit talem fecisse substitutionem humanitatis intuitu. hoc & latius & pinguius interpretandum esse credidimus, vt etsi quis naturales filios habeat, & partem eis reliquerit, vel dederit vsque ad modum, quem nos statuimus, & substitutioni eos subiugauerit, nulla liberorum eorum mentione facta, & hic intelligi euanescere substitutionem liberis eam excludentibus & intellectu optimo, his qui ad substitutionem vocantur obsistente, & non concedente ad eos eam partem venire; Sed ad fi-*

A *lios vel filias, nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes morientis transmittente; & non aliter substitutione locum accipiente, nisi ipsi liberi, sine iusta sobole decesserint, vt quod inter iustos liberos sancitum est, hoc & in naturales filios extendatur. Quæ omnia & in legatis, & in fideicommissis specialibus locum habere sancimus.*

Illis ita se habentibus, iam controuersia est: an ista Constitutio iusta interpretatione, etiam ad filios adoptiuos extendi queat. Vt si pater filium adoptiuum instituat hæredem, eumque restitutionis oneri subiiciat, eadem insit tacitè conditio, si absque liberis decesserit.

Affirmant Comensis in d. l. cum auus, in fine. Fulgosius in d. §. cum autem, num. 6. & ibidem Iason colum. 5. vers. secundo modo potest intelligi. Barba. in dicta l. cum acutissimi, num. 187. Riminaldus senior in consi. 578. nume. 3. Picus in l. Titia, §. Titia, nume. 13. de leg. 2. & istos omnes citat & sequitur Menochius de præsumpt. lib. 4. tom. 1. Præsumpt. 89. nu. 32.

B Argumenta sunt ista: filij adoptiui similes sunt filijs legitimis, & naturalibus, quoad effectum successionis, l. si te parens, C. de suis & legitim. Ergo id quod in filiis legitimis & naturalibus constitutum est, etiam ad filios adoptiuos extendi debet.

Secundò, constitutio, de qua agitur, coniectura pietatis nititur, vt patet ex dicta l. cum auus, Hæc autem pietas etiam in filio adoptiuo locum habet, quod patet; quia pater tenetur eum alere, argumen. l. onera, ff. de adopt.

Tertiò, illud Papiniani responsum etiam ad filios naturales extenditur, vt in dicto §. cum autem, Ergo multò magis ad filios adoptiuos extendi debet, qui plus iuris habent in successione, quàm naturales tantũ.

Postremò, filiorum fauore hęc sancita sunt, vt patet, ergo etiam ad filios adoptiuos extendi debent, argumen. l. 1. §. vlt. ff. de leg. pręstand.

Cæterum contrariam sententiam habuerunt Petrus
C & Cyn. in d. §. cum autem, & ibidem Albetic. num. 2. & num. 6. & Deci. in 7. limitatione. Alexander in l. ex facto, §. si quis rogatus, num. 12. ff. ad Trebell. Socin. in d. l. cum auus, num. 56. Tiraquell. ad l. si vnquam, ver. susceperit liberos, nu. 10. C. de reuoc. donat. Anto. Padilla in d. l. cum acutissimi. num. 18.

Argumenta hęc sunt: Primum, quia nec l. cum auus, nec l. cum acutissimi, nec l. generaliter, §. cum autem, loquuntur de filiis adoptiuis; Ergo nec nobis ad filios adoptiuos eandem legem extendere licet.

Secundò, quia filius adoptiuus non est propriè filius, sed fictè: & ideo non succedit contra patris testamentum, l. filio quem pater, ff. de liber. & postum. l. adoptiones, ff. de adopt. l. cum in adoptiuis, §. sed ne, C. de adopt.

Tertiò, quia non sunt ex agnatione & familia adoptãtis, vt in d. l. cum in adoptiuis, §. vlt. C. de adopt. §. sed hodie, Instit. eod. tit.

D Quartò, quia hæc constitutio legis fundatur in caussa naturali, & ratione sanguinis, quæ ratio cessat in adoptiuis filiis.

Postremo, quia filij adoptiui non faciunt deficere illam conditionem, si decesserit sine liberis, l. fideicommissum, ff. de condi. & demonstr. l. si ita quis in testamento, §. si is cui, de leg. 2.

Ego hanc posteriorem sententiam amplector, & licet ad argumenta hęc, quibus illa nititur, responderit latè Menochius loco supra proximè citato, tamen illud me potissimum mouet, quod filij ex filio adoptiuo progeniti non dicuntur esse ex sobole & progenie testatoris, sed prorsus extranei, vt in d. l. cum in adoptiuis, §. sed ne, C. de adopt. ibi: *Vt non successione ab intestato patris extranei adoptiui defraudentur.* & ad alienam sobolem pertinentes, nempe, naturalis patris. Est autem supradictæ legis ea potissimum ratio, ne videatur testator alienas successiones propriis anteponere, vt in d. l. cum acutissimi. Et quia non est verisimile intelligentem patrem, si de

de nepotibus cogitasset, talem facturum substitutionem vt in d. §. cum autem. Quare cum filij ex patre adoptiuo nati, non sint defuncti nepotes, &c. non videtur in eis locum habere ratio legis.

Ad primum argumentum respondeo, filios adoptiuos in eo solum esse similes, quoniam patri succedunt, vt in d. l. cum in adoptiuis, §. sed ne, C. de adopt. ibi: *Sed si quidem remaneat in tali adoptione nulla interueniente mancipatione, in hoc tantum modo prodesse ei volumus adoptionem, vt non successione ab intestato patris extranei adoptiui defraudetur*, &c. In alijs ergo non sunt similes, sed hic non agitur de successione patris adoptiui, respectu ipsius filij adoptiui; sed an filij ipsius filij debeant excludere substitutum; ideo argumentum tollitur.

Ad secundum respondetur, non hic agi de coniectura pietatis & charitatis patris adoptantis erga filium adoptatum; sed de filijs ipsius filij; an excludant substitutum. Erga tales nepotes non probatur extendi adoptantis affectionem, sicut erga nepotes ex filio naturali.

Ad tertium respondeo, eodem modo; quia alia ratio est in filio naturali, qui ex ipso sanguine procreatus est, licet non ex iustis nuptijs.

Ad vltimum respondeo; rationem legis esse positam in coniectura pietatis paternæ erga nepotes, & descendentes: & in eo, quod non sit verisimile patrem, si de nepotibus cogitauerit, talem facturum substitutionem, vt in d. l. cum acutissimi, & in d. §. cum autem, nō autem in solo fauore filiorum institutorum; ac proinde argumentum euanescit.

CAPVT LIX.

Vtrum Papiniani responsum, de quo in l. cum auus, ff. de condi. & demonstrat. & aliæ similes leges locum habeant, cum filius hæres institutus filios habuit tempore conditi à patre testamenti.



Iacobus Menochius vir doctissimus, ac celeberrimus, lib. 4. de præsumpt. tomo 4. præsumpt. 89. num. 77. hanc quæstionem tractat ita disertè, & clarè, vt nostra hic industria superuacanea videri possit. Vt tamen & calculum meum adijciam, & tam illustrem controuersiam non prætercam, conabor & ipse eam explicare, atque etiam illud efficere, vt opera mea non inutilis esse videatur.

Testator filium hæredem instituit, & ei quandocunque morienti alium substituit; Moritur filius relictis post se liberis, vel nepotibus testatoris, qui etiam tempore conditi testamenti extabant; Vtrum ex Papiniani Responso, de quo in l. cum auus, ff. de condi. & demonstrat. & l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. & similibus excludatur substitutus, necnè? Affirmant Doctores multi, quos refert & sequitur Menochius, vbi supra, quibus & ipse calculum meum adijcio. Fundamentum, vt mihi videtur illud est firmum; quia ratio legis ad hanc quoque speciem adaptatur, & verba non repugnant. Ait Papinianus. *Cum auus filium ac nepotem ex altero filio hæredes instituisset, à nepote petiit, vt si intra annum trigesimum moreretur, hæreditatem patruo suo restitueret: nepos liberis relictis intra ætatem supra scriptam vita decessit, fideicommissi conditionem coniectura pietatis respondi defecisse; quod minus scriptum, quam dictum fuerat, inueniretur.*

Hic respondit Papinianus substitutum excludi liberis relictis, nec distinguit an nati essent tempore testamenti nec ne. Idem statuit Imperator nulla distinctione adhibita in l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. vbi generaliter constituit restitutioni locum non esse; *Nisi ii, qui restitutione onerati sunt, sine filiis vel filiabus, nepotibus vel neptibus, pronepotibus vel proneptibus fuerint defuncti*, &c. Ratio vero legis, quin locum habeat etiam in hac specie, negari non potest. Nempe, *pietatis coniectura*, vt in dicta l. cum auus. Item, *ne videatur testator*

A *alienas successiones propriis anteponere*; vt in dicta l. cum acutissimi. Etsi enim nepotes viuant tempore testamenti, tamen viget pietatis coniectura, & illa ratio, *ne videatur*, &c. Quia sunt nepotes, & ex descendentibus, ex sobole & progenie, quam verisimile non est excludere testatorem voluisse sine caussa.

Contrariæ sententię argumenta non obstant. Primū sumitur ex l. generaliter, §. cum autem, C. de instit. & substitut. ibi: *Intelligentem non esse verisimile patrem, si de nepotibus cogitauerit, talem fecisse substitutionem*, &c. Ergò, si de nepotibus testator cogitauerit, aliter erit statuendum, sed hic videtur cogitasse de nepotibus; quia nati erant, & noti testatori. Ergò aliter videtur statuendum.

Respondeo, sensum illorum verborum hunc esse: *Si testator de nepotibus cogitauerit*, hoc est, si cogitauerit filium institutum moriturum esse liberis relictis, & sic nepotibus testatoris, verisimiliter non facturum talem

B substitutionem. Non infertur autem ex eo, quod nepotes erant nati, ipsum testatorem cogitasse eos patri suo superuicturos, ac proinde voluisse, eis exclusis, substitutum admitti. Sed potius præsumendum est ex pietatis coniectura plus dictum, & minus scriptum, ne videatur testator alienas successiones propriis anteponere.

Secundum argumentum est ex l. sicut certi, & l. si cum in vtero, C. de testamen. militari, vbi si miles scit se filios habere, & eos non instituat, videtur eos exhæredare. Respondeo, hæc esse dissimilia. Nam cum miles sciens se filios habere, alios hæredes instituit, necesse est, vt intelligatur tacitè eos exhæredare, quia alii in testamento scripti sunt hæredes, & sic res est clara & manifesta, nec contrariam interpretationem admittit. neque enim intelligi potest, alios hæredes futuros, qui in testamento scripti sunt, & simul filios hæredes esse, qui scripti non sunt. Ex testamento enim non erunt hæredes, quia scripti non sunt. Ab intestato non poterunt esse, quia testa-

C mentum adest. Sed in proposita specie aliud est, longè est diuersa ratio: quia licet alios pater substituerit filio hæredi instituto, nihil prohibet quo minus ea sit conditio tacitè intelligenda, si filios non habuerit, quoniam & hac interpretatione admissa, substitutio locum habet in eo videlicet casu, quo filius absque liberis moriatur.

Tertium argumentum est ex l. 4. C. de inoffic. testam. vbi si mater filijs duobus hæredibus institutis tertio postea suscepto testamentum mutare potuisset, & id facere neglexisset, videtur eos excludere. Respondeo, vt dictum est in præcedenti, id longè à specie nostra differre; quia ibi nulla coniectura capi potest pro filio suscepto post testamentum, nullaque interpretatio adhiberi, cum res sit clara & manifesta. Sed hic est dubia & incerta, potestque locus esse coniecturæ pietatis, vt dictum est.

Quartum argumentum est ex l. tale pactum, §. vltimo,

D ff. de pactis. ibi: *Et illo tempore, quo pater alios filios non habuit, in fratrem suum iudicium supremum contulisse videatur*. Respondeo, nihil ad rem nostram pertinere, sententia enim legis est: Patrem filiæ stipulatum fuisse à genero, vt si filia sine liberis decessisset, portio quędam dotis restitueretur fratri ipsius patris stipulantis, quem hæredem instituerat, atque ita consulere voluit fratri, vt hæredi. Et ideo cum pater deinde filios suscepisset, eosque hæredes in alio testamento scripsisset, voluisse videtur, eam portionem, quæ fratri hæredi danda erat, nunc restitui filiis hæredibus, quod significant illa verba textus: *Cum inter contrahentes id actum sit, vt hæredibus consulatur.*

Quintum argumentum est ex l. vnica, C. si dos constante matr. sed nihil ad rem facit. Hoc enim vult, vt si dos vxori à marito constante matrimonio sine legitima causa restituta fuerit, ea mortua ab eius hæredibus, eum fructibus marito restituatur.

Sextum argumentum est ex l. si vnquam, C. de reuoc. donat. iuncta declaratione Bartoli, in l. Titia, §. Impera-

tor,

tor, de leg. secundo, vbi docet, liberos tempore donationis vel postea natos, de quibus testator cogitauit, non efficere vt donatio reuocetur.

Respondeo, hæc esse dissimilia. Cum enim pater filios habens, & de illis cogitans alijs bona sua donat, sine dubio non vult filios ea habere, sed eum cui donat; nec enim in claris locus esse potest coniecturis. Sed hic pater filium instituit, eique morienti substituit alium. Hic non est certum, quomodo & quando locum esse voluerit substitutioni, an & eo casu, quo filius relictis post se liberis decesserit, an verò, si absque liberis mortuus fuerit. Quamobtem optimè intrat coniectura pietatis, & Papiniani interpretatio, vt testator videatur plus dixisse, quam scriptum fuerit, nempe adiecisse illam conditionem, si absque filijs moriatur hæres institutus filius.

Septimum argumentum est ex regula quadam; Vnius inclusio, est alterius exclusio, l. cum prætor, ff. de iudi. sed textus in dicta l. cum auus, & aliarum legum, includit filios nascituros, ergo excludit iam natos. Respondeo, nō excludi filios iam natos, in dicta l. cum acutissimi, vt supra in principio dictum est. Eandemque rationem esse in filijs iam natis, quæ in natis postea, ac proinde idem ius esse statuendum.

Cætera argumenta, quæ recensentur à Menochio, vel ad hæc possunt reuocari; vel sanè leuiora existunt, quam vt confutatione egeant.

CAPVT LX.

Vtrum etiam naturales filij faciant deficere conditionem in ea specie de qua loquitur l. cum auus. ff. de condit. & demonstr. & l. cum acutissimi, C. de fideicommiss.

NIhil est tam clarum, quod obscurum nō reddatur, si recta in legibus interpretandis ratio non adhibeatur: Recta autem ratio tunc non adhibetur, cum ex locis obscuris interpretari conantur perspicua loca, eaque in dubium reuocare. Id ipsum in hac proposita specie facilè deprehenditur. Nam filios naturales ex filio hærede instituto, cui morienti datus est substitutus, progenitos, non prodesse vt substitutionis deficiat conditio, communis Doctorum sententia rectè docet, ex l. generaliter, §. cum autem, C. de instit. & substit. illis verbis: *Et non aliter substitutione locum accipiente, nisi ipsi liberi sine iusta sobole decesserint.* Quibus verbis nihil clarius esse potest, ad intelligendum naturales liberos, qui videlicet ex concubina, non autem ex legitimo matrimonio procreati sunt, non efficere, vt conditio fideicommissi deficiat. Etenim constat tales filios iustæ sobolis appellatione nequaquam contineri posse: si quidem iusta soboles appellatur, quæ ex legitimis nuptijs suscipitur, l. filium definimus, ff. de his qui sui vel alieni iuris sunt. Vide Menochium de præsumpt. lib. 4. tom. 1. præsump. 89. num. 99. vbi citat Doctores.

Cæterum, contrarium docuerunt alij non pauci, quos ibidem commemorat, num. 101. quorum fundamentum est in l. ex facto, §. si quis rogatus, ff. ad Trebell. Nota verba: *Si quis rogatus fuerit, vt si sine liberis decesserit, restituat hæreditatem. Papinianus libro 18. Responsorum scribit etiam naturalem filium efficere, vt conditio deficiat, & in libertino eodemque colliberto hoc scribit. Mihi autem (quod ad naturales liberos attinet) voluntatis quæstio videtur esse, de quibus liberis testator senserit. Sed hoc ex dignitate, & ex voluntate, & ex conditione eius, qui fideicommisit, accipiendum erit.*

Sic argumentantur; naturalis filius facit vt deficiat conditio, nisi repugnet voluntas testatoris, quæ ex dignitate & conditione colligitur. Ergo idem & in proposita specie respondendum erit.

Respondeo, non hoc Iurisconsultum velle, quod assu-

A mitur, sed quæstionem istam ex coniectura voluntatis pendere. Etenim Papiniani sententiam Vlpianus ibi probat quoad libertinum eundemque collibertum; quoad naturales autem filios, dicit sibi videri voluntatis quæstionem esse, sicut latè explicaui supra hoc eodem lib. cap. 52.

CAPVT LXI.

Substitutus vulgariter in vnum casum, vt puta, si hæres esse noluerit, an succedat in alium casum, puta si hæres esse non potuerit, vel contra.



COntrouersia est non vulgaris, an vulgaris substitutio in vnum casum facta, extendatur ad alium, vt puta, si hæres esse non potuerit, an extendatur ad alium casum, nempe si hæres esse noluerit, vel contra. Affir-
B mant Bartol. Alexand. Iason, Socinus & Ripa. in l. 1. ff. de vulg. Marianus Socinus iunior, in cons. 106. libro primo, & alij, quos refert & sequitur Alexan. Trentacin. de substit. parte 1. cap. 1. nu. 25.

Argumenta verò sunt ista, primum ex l. Gallus, §. Et quid si tantum, ff. de liber. & postum. illis verbis: *Sed ex sententia legis Velleiæ & hæc omnia admittenda sunt, vt ad similitudinem mortis cæteri casus admittendi sint.*

Secundum, ex l. vlt. C. de institut. & substit. vbi substitutio facta, si postumus natus non fuerit, & impubes decesserit matre in medio non existente.

Tertium argumentum est ex l. vlt. C. de postumis hæred. instit. vbi: Si is, qui testamentum condidit, his verbis vsus fuerit: *Si filius vel filia intra decem mensium spatium post mortem meam editi fuerit hæredes sunto, siue viuo testatore, siue post mortem eius intra decem menses à morte testatoris numerandos filius vel filia fuerint progeniti, manet voluntas testatoris immutilata.*

C Quartum, ex l. Titius, §. Lucius, ff. de lib. & postumis, vbi institutio facta eius, qui est in vtero matris, locum habet, etiam si conditi testamenti tempore partus editus fuerit.

Quintum, ex l. si mater, C. de institu. & substit. vbi si filij a matre fuerint hæredes instituti sub ea conditione; si fuerint emancipati à patre, locum habet illa institutio, etiam in alio casu longè diuerso, nempe, si pater deportatus fuerit.

Sextum, quia videntur hæc duo esse paria, nolle, vel non posse, argumen. l. 1. §. Vlius, ff. de procurator. ibi: *Vel nolunt vel non possunt.*

Septimum ex l. humanitatis, C. de impub. & aliis substit. qui tamen textus, quo pacto ad hanc rem adduci potuerit, non video.

Octauum argumentum est, quoniam vulgaris substitutio pupillarem continet, l. iam hoc iure, ff. de vulga. Ergo multo magis vulgaris ipsa substitutio in vnum ca-
D sum facta extendi debet ad alium, qui sub eadem continetur.

Postremum argumentum est, quia videtur esse eadem ratio in casu omisso, quæ in casu expresso. Nam vulgaris substitutio, si hæres esse noluerit eam ob caussam facta esse intelligitur, vt defunctus hæredem habeat, si is, qui primò institutus est, noluerit hęres esse. Testatoris enim defuncti interest hæredem habere, vt in §. primo, in Institu. Quibus ex caus. manum. non licet. Hæc ratio locum habet etiam in eo casu, qui à testatore est omissus, nempe cum hæres esse non potest.

Cæterum, contrariam sententiam multi alij secuti fuere, quos refert & sequitur Mantica, de coniecturis vltimar. volunt. libro quinto, titulo primo, numero tertio, quibus adde Duarenum in Commentarijs titu. de vulga. & pupillari, cap. 11. quibus verbis fiat vulgaris, & alios quos commemorat Alexander Trentacinq. loco superius annotato.

Primum

Primum argumentum est ex l.commodissimè.ff.de liber.& posthumis.ibi: *Si alterutur casus omissus fuerit eo casu, qui omissus sit natus rumpit testamentum*,&c.

Secundum ex l.pater Seuerinam, ff. de condi. & demonstr. vbi prædium filiæ relictum: *Si Aelio Philippo nupsisset*, non debetur, si non nupsisset, eam ob causam quod *nondum viripotens puella diem suum obijsset*, & sic nubere non potuisset.

Tertium argumentum est ex l.vlt.C. de instit.& substi.ponderando illa verba: *Tunc autem tantummodo substitutionē admittimus, cū posthumus minimè editus fuerit*,&c.

Quartum ex l.qui ex duabus, ff. de acquir. hæred. sed nihil prorsus ad rem istam pertinet, sicut legēti illum textum facilè patebit.

Quintum est ex l.si ita quis, ff.de vulga. & pupilla. Vlpianus: *Si ita quis substituerit: si filius meus intra decimum annum decesserit, Seius hæres esto: deinde hic ante decimum quartum annum, post decimum decesserit, magis est, vt non possit bonorum possessionem substitutus petere: non enim videtur in hunc casum substitutus.*

Atque hoc postremo argumento moueor, vt posteriori sententiæ adhæream: Videtur enim & in proposita quæstione rectè dici posse, substitutum petere bonorum possessionem non posse; quia non videtur in hunc casum substitutus, vt patet.

Nec difficile est ad argumenta contrariæ sententiæ respondere. nam ad primum respondeo, eundem effectum in ea specie obtineri tam per mortem, quam per deportationem filij; quia videlicet nepos in locum eius succedens testamentum rumpit. Quare ex legis sententia idē iuris est in vtroque casu constitutum.

Ad l.vlt.C.de instit.& substit. respondeo, ibi substitutionem factam, si posthumus non nascatur, ideo extendi ad eum casum, quo nascatur, & in pupillari ætate decedat; quia in vulgari expressa inest tacita pupillaris, l. Lucius, ff de vulga.& sic extensio fit, propterea, quod inest tacita pupillaris.

Ad tertium ex l. vlt. C.de posthum.hæred. instit. respondeo, testatorem ibi vnum casum tantum expressisse, quia se statim moriturum putabat, & voluisse filium hæredem esse in omnem casum. Simile est in l.Titius, §. Lucius, ff.de liber.& posthum. quæ opponitur in quarto argumento, ac proinde tollitur eadem responsione argumentum ex ea petitum.

Ad quintum respondeo, in specie dicta l.si mater, eundem effectum sequi, tam ex emancipatione, quam ex deportatione; quia scilicet filius liberatur patris potestate, ad quod respexit testator, qui nihil ad patrem voluit peruenire.

Ad sextum respondeo, non idem esse, nolle, & non posse; & ideo substitutus in vno casu, non succedet, alio diuerso casu eueniente, licet aliquando æquiparentur casus omissus & expressus. Quia in substitutionibus sufficit non venisse casum, quem testator designauit.

Septimum non obstat. Ad octauum responsio patet; quia iustis rationibus nominatim est constitutum ac interpretatione receptum, vt vulgaris expressa contineat tacitè pupillarem, quod in hac specie constitutum ac receptum non apparet.

Ad vltimum respondeo, non esse id spectandum, an sit eadem ratio; quia omissus casus non continetur sub expresso, vt patet ex d.l.commodissimè, ff. de liber. & posthum.& l.si ita quis, ff.de vulgari.

CAPVT LXII.

Vtrum vulgaris substitutio impediat transmissionem iuris deliberandi in hæredem instituti.

COmmunis est sententia Doctorum in l.prima, ff.de vulga. vulgarem substitutionem non impedire transmissionem iuris deliberandi in hęredem instituti, teste Ripa in Commentarijs, ibi, num. 135. Et alios multos citat Alexander Trentacinquius de substitutionibus, parte prima, cap.5. quibus adde Duarenum in Commentarijs ad tit. de vulga. substit. & Gregorium Tholosanum in Syntagmate, libro 42. capit.13.

A Primum argumentum est; quia vulgaris substitutio habet illam conditionem, si hæres non erit. Illa verò conditio intelligitur hoc modo, si videlicet hæres ipse institutus non erit, vel alium hæredem non fecerit, vt in l.si paterfamilias, ff.de hæred.instit. Sed hic hæres institutus transmittendo ius deliberandi, alium hæredem, facit; qui potest adire si velit: Ergo vulgaris substitutio non impedit dictam transmissionem.

Secundum argumentum. Beneficium restitutionis in integrum ad hæredem transit minoris, qui hæreditatem repudiauit excluso substituto, dummodo sit res integra, l.quod si minor, §.Scæuola, ff.de minoribus. Ergo etiam beneficium iuris deliberandi, quod datur ex l. cum antiquioribus, C.de iure delib. transmittetur ad hæredem instituti, excluso substituto.

B Tertium argumentum. Conditio ad actum necessaria potest adimpleri per æquipollens, vt loquuntur nostri l.Gallus, §.& quid si tantum, ff de liber.& posthum. Ergo & illa conditio vulgaris substitutionis, *si hæres non erit*, poterit adimpleri per æquipollens, nempe, si institutus hæres non erit, vel per se, vel fictè per hæredem suum.

Quartum argumentum. Ius accrescendi non impedit transmissionem, iuxta l.3.C.de iure deliber. Ergò neque substitutio, nam & ius accrescendi tacita videtur substitutio.

Postremum argumentum est ex l.vnica, §. in nouissimo, iuncto §.cum autem, C.de cad.tollend. Dicitur in §. in nouissimo, hæreditatem non aditam non transmitti, nisi quoad ius deliberandi: & in casu l. Vnicæ, C. de his qui ante apertas tabulas. Deinde in §. cum autem, dicitur, cessante transmissione, hęreditatem non aditam deuolui ad substitutum. Ergo, substitutio non impedit trāsmissionem iuris deliberandi, secundum d. l. cum antiquioribus.

C Contrariam sententiam amplexi sunt Angel. in dicta l.1.ff.de uulg. Ripa ibid.numero 139. qui alios citat, Salyc.in dicta l. cum antiquioribus. Politus de Substit.in materia uulgaris substitutionis, q.44. Zasius de substitutionibus in materia uulgaris substitut. uers. Tertia species transmissionis.

Argumenta sunt ista. Substitutio impedit ius transmissionis ex potentia suitatis, ut notat Bartol. in l. si filius heres, ff.de liber.& posthum. Ergo multo magis transmissionem impedire debet iuris deliberandi.

Secundò, principum beneficia non debent alijs præiudicium inferre, l. nec auus, C.de emancip.lib.l.1.§.merito, ff.ne quid in loco publ.c.quamuis, de Rescript. lib.6. Ergò beneficium l.cum antiquioribus, nocere non debet substituto.

D Tertiò, Substitutio vulgaris ex mente testatoris locum habet in eo casu, quo institutus hæres non sit, l.cum proponas, C. de hęred. instit. Sed hoc in casu institutus hęres non est, ut patet. Ergo locus est uulgari substitutioni.

Quartò, prouisio hominis facit cessare prouisionem legis, l.vlt. C.de pact.conuent. Ergo prouisio testatoris substituentis, facit cessare transmissionē ex prouisione legis.

Quintò, Substitutus excludit eos, qui à lege nocantur ad successionem, l.ult. C.de necess.ser.hęred. instit. Ergò excludere debet eos, qui à lege habent ius deliberandi ex transmissione.

Sextò, Substitutio est potentior iure accrescēdi, quod ex legis dispositione locum habet, l.2.§.si duo, ff. de bon. possess.secundum tab.l.1.§.in primò, & §.pro secundo, C. de cad.tollend. Ergo est potentior iure transmissionis, de quo agitur.

Postremò, adfertur l.prima, C.de his qui ante apertas tabul.in illis verbis. *Licet non sint inuicem substituti*. Ex quibus significari videtur potentius esse ius substitutionis,

A nis quam transmissionis, quia si essent filij inuicem substituti, sine vlla difficultate succederent.

Ego existimo priorem sententiam longè probabiliorem esse, & moueor ex dicta l. vnica, §. In nouissimo, iuncto §. cum autem, C. de cad. tollen. Verba legis hæc sunt: *Hæreditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant, nec nos patimur. Exceptis videlicet liberorum personis, de quibus Theodosiana lex super huiusmodi casibus introducta loquitur: quæ nihilominus, quæ super iis, qui deliberantes ab hac luce migrant, a nobis constituta sunt in suo robore mansuris.*

Postea in §. cum autem, ita pergit textus: *Cum autem in superiore parte legis non aditam hæreditatem minimè, nisi quibusdam personis, ad hæredes defuncti transmitti disposuimus: necesse est, si quis solidam hæreditatem non adierit, hanc, siquidem habeat substitutum, ad eum, si voluerit & potuerit, peruenire. quod si hoc non fit, vel ab intestato successores eam suscipiant, vel si nulli sunt, vel accipere nolunt, vel aliquo modo non capiunt, tunc ad nostrum ærarium deuoluatur.*

B Sententia legis est; hæreditatem non aditam non transmitti exceptis liberorum personis, & salua transmissione iuris deliberandi, ex l. cum antiquioribus. His cessantibus, hæreditatem non aditam ad substitutos deuolui, & illis nolentibus vel non valentibus, ad hæredes ab intestato pertinere, & iis non adeuntibus, ad fiscum. Igitur substitutus non admittitur, nisi cum prorsus cessat ius transmissionis; atque adeo ipsum transmissionis ius substitutioni præfertur.

Quod ratione confirmari potest. Nam substitutus vulgaris, à testatore vocatur in eum casum, quo institutus vel nolit, vel non possit hæres esse. Cum autem is decedit intra annum, qui ad deliberandum datur, non potest verè dici, illum non potuisse, vel noluisse hæredem esse; quia nec repudiauit hæreditatem, & hæres esse poterat: Sed casus euenit non expressus à testatore, quoniam nec adiuit, nec repudiauit hæres. Ergo substitutioni locus esse non potest. C

Respondet Ripa illum textum retorqueri posse, in d. l. 1. num. 138. ff. de vulg. *Aduerte,* inquit, *quia credo quod ille textus si fideliter inducatur, probet oppositum, referendo verbum necesse est, ad caducitatem secundum subiectam materiam: quasi dicat, vbi non habet locum transmissio, est necesse quod testamentum efficiatur caducum, & sic cadat ad venientes ab intestato, vel fiscum; nisi institutus adiuerit solidam hæreditatem, vel nisi adsit substitutus, qui velit & possit adire: Ergo a contrario, vbi haberet locum transmissio, testamentum non redderetur caducum, etiam si institutus, vel substitutus non adirent. Hoc autem esse non potest, nisi vltimo loco vocentur ii, ad quos fit transmissio, & consequenter bene sequitur, quod post substitutum veniunt alii iure transmissionis. Comprobatur inductio sic; Dicitur in principio legis, quod testatores ad caducitatem remouendam sæpe faciunt substitutiones. Dicitur postea in §. in nouissimo. quod lex in certis casibus concessit, hæreditatem non aditam transmitti pariter ad excludendam caducorum obseruationem. Ergo prouisio illius legis est subsidiaria, vnde cessare debet, vbi subest prouisio ordinaria.* Hæc & alia in eandem sententiam ille.

Hæc responsio nihil obstat; quia substitutio fit ad tollendam quidem caducitatem, & similiter caducitas cessat, vbi transmissioni locus est: sed non potest ille ordo constitui, quem iste comminiscitur. Nam Imperator manifestè ostendit, vbi transmissioni locus est, ibi necessariam non esse substitutionem ad tollẽdam caducitatem; sed tunc demum cum transmissio cessat. Sic enim Imperator statuit necesse esse, si hæreditatem quis non adierit, quæ alioqui non adita transmitti non possit, tunc si substitutus adsit, ad eum, si velit, & possit, pertinere. Ex quo patet transmissionis causam esse potiorem, & substitutum potius in subsidium admitti, hoc est in eum casum, quo hæreditas esset in causa caduci, propterea quod non esset transmissioni locus.

Confirmatur hæc interpretatio, quia si substituto non fit locus, quia vel nolit, vel non possit adire, non dicit textus, locum esse trãsmissioni ad hæredem instituti; sed hæreditatem deuolui ad hæredes, qui testatori ab intestato succedunt, vel ad fiscum.

Ad argumenta contrariæ sententiæ respondeo. Primum non constat, quia maior illa propositio est dubia & incerta, scilicet substitutionem impedire ius transmissionis ex potentia suitatis, qua de re infra differemus.

Ad secundum respondeo, beneficium l. cum antiquioribus, generale esse; & ad omnes pertinere, summa niti æquitate, & nemini præiudicium inferre, sicut nec aliæ leges generales dicuntur alicui præiudicare. Alia ratio est in beneficio particulari Principis, quod vni cõcessum, alteri præiudicat. de quo loquuntur leges in argumento citatę.

Ad tertium respondeo, vulgarem substitutionem eo in casu locum habere, quo institutus hęres esse nolit vel non possit; sed hic casus non euenit, cum intra deliberandi tempus decedit: Transmittit enim ad hæredem adeundi facultatem; & ideo hærede adeunte meritò substitutus excluditur.

Ad quartum respondeo, nihil valere argumentum ex generali, vt vocant, brocardico, vbi specialis lex & ratio pugnat in contrarium.

Ad quintum respondeo, argumentum sumi ex dicta l. vlt. C. de necessar. seruis hæred. instit. in illis verbis: *Hæreditatem autem, siquidem soluendo sit, ad alios venire, quos leges vocant, si nõ aliquis fuisset substitutus.* Sensus est, conditione deficiente, sub qua seruus hęres institutus est, hęreditatem esse in caussa caduci, & ideo spectare ad legitimos hęredes, nisi substitutus adsit; & sic probat ille textus substitutum efficere, vt hæreditas non pertineat quasi caduca ad eos, qui ab intestato vocantur ad successionem defuncti; non autem probat, impediri aliquam trãsmissionem iuris deliberandi.

Ad textum respondeo, non rectè sumi argumentum ex iure accrescendi, quod est ad instar tacitæ substitutionis, ad expressam substitutionem, quia maior virtus est expressæ, quam tacitæ substitutionis.

Ad postremum respondeo, sententiam legis, de qua in argumento, hanc esse; liberos hæreditatem parentum suorum non aditam transmittere ad suos hæredes, licet non sint eis substituti; quia si substituti essent, non esset opus trãsmissione. Vtrum autem substitutio facta vnius, impediat transmissionem in fauorem alterius, nempe, hęredis eius, qui decessit ante aditam hæreditatem, nullum verbum habetur in illa lege.

CAPVT LXIII.

Vtrum filio repudiante hæreditatem, succedat pater, an verò vulgariter substitutus?

D SEd & ingens controuersia est, filiusfamilias hęres institutus est: datus est ei vulgaris substitutus: repudiat hæreditatem patre inuito, vtrum pater eam adire possit, & adeundo substitutum excludere? Affirmant Bart. Aretin. Angel. Iason, Socin. ad l. 1. ff. de vulg. & alij ab Alexandro Trentacinquio citati, tracta. de substitutionibus, parte 1. cap. 6. quibus adde Zasium, tracta. substit. tit. de vulgari, in puncto 4. vers. At vero nos. Duarenus in Commentarijs, de vulga. substit. titu. de effectu vulgaris substitutionis.

Negant vero alij multi, ac præferendum esse substitutum contendunt. Alexand. ad d. l. 1. ff. de vulga. & alij à Trentacinquio relati, locò superius annotato, ante num. 4. Quibus adde Gregorium Tholosanum in Syntagmate iuris, lib. 42. num. 15.

Non referam hic omnia vtriusque sententiæ argumẽta: sunt enim multa ex his leuissima, sed præcipua duntaxat referam.

Prior

Prior igitur sententia, quæ affirmat substitutum excludi, atque adeo patrẽ substituto præferri, nititur potissimũ l. vlt. C. de bonis, quę liberis. Ita enim ea lege constitutũ est: hęreditate filiofamilias delata, *siue pater adire filium familias integræ ætatis compellit, & ille reclamandum existimat; siue filiusfamilias adire cupit, & pater in contrariũ inclinat, liberam habere licentiam, & patrem ipsum sibi adire hæreditatem recusante filio, & omne siue damnum, siue lucrum in suam habere fortunam, nullo ex hoc præiudicio filio generando*, & è contrario filium recusante patre, vt ibi latius habetur. Ita, vt si pater adierit, filio repudiante, pater hęreditatem consequatur, *quasi ipse pater ab initio esset hæres institutus*: vt in §. simili deturque modo. A

Cum igitur patri liceat, filio repudiante, hęreditatem adire, non aliter, ac si ipse hęres institutus esset, argumẽtum hic perspicuum vt patrem adire posse, & substitutum excludere.

Potissimum autem contrarię sententię firmamentum est in l. 3. de hęred. instit. vbi probatur, seruo hęrede instituto, adire nolente, etiam si adire iubeatur à domino, substitutum tamen excludi. B

Ego sanè posteriorem hanc sententiam, quæ substituto fauet amplector, sed non solidum esse iudico eius fundamentum, quia non est idem in fauorem domini constitutum, quod in fauorem patris, vt nimirum, recusante seruo, dominus adire possit hęreditatem, sicut filiofamilias repudiante, pater adire potest. Fundamentum illud est solidum, quia venit casus vulgaris substitutionis: Illa enim locum habet, si hęres institutus, aut nolit, aut non possit hæres esse, sed hic non vult hęres esse, quia repudiat hęreditatem, Ergo substituto locus est.

Nec pater obstat, quia licet is adire possit repudiante filio, non tamen hoc in casu id procedit, quo filio repudianti substitutus datur. Nam voluntas ac dispositio testatoris obseruari debet, & contrarię legis dispositioni pręferenda. Lex quidem vocat patrem, si filius repudiet, hic testator vocat alium. Primum autem locum sibi vindicare debet voluntas defuncti, l. in conditionibus primum locum, ff. de cond. & demonstr. C

Cessante vero substitutione, tunc legis beneficium pater habet, & filio repudiante, adire potest, perinde ac si hęres ab initio institutus esset. Ita est accipienda l. vlti. C. de bonis, quæ liberis. non autem, vt loquatur eo casu, quo substitutus adest, de quo nullum est in tota illa prolixa Constitutione verbum, & quod, si quis statuat, iniquum esse videtur. Cur enim substituto à testatore uocato, si filius hęres esse noluerit, alteri nempe patri, hęreditatem deferendam quispiam existimauerit, filio hęreditatem repudiante, contra expressam voluntatem testatoris, cum leges iustis testantium dispositionibus obediendum esse tam serio mandent, vt in l. vlt. C. de fideicommissis §. disponat, in Auth. de nupt.

Non obstat, si dicatur, verba substitutionis vulgaris in hęrede, qui alieno iuri subiectus est, puta seruo, vel filiofa. illa nempe, *si hæres non eris*, hunc habere sensum, i. si neque ipse hęres erit, neq; aliũ hęredem fecerit, vt in l. si pater iam. ff de hęred. instit. & in §. vlt in Insti. de vulg. & consequenter ita accipienda esse in proposito, quantũ ad filiusfam. scilicet, si nec ipse hęres erit, nec patrem hęredem fecerit. Hoc autem in casu repudiando facit patrẽ hęredem. Non, inquam, id obstat: quia intelligitur id procedere, cum filius vel seruus adiuit, & sic adeundo fecit hęredem patrem vel dominum, non autem cum non adiuit. Id patet, quia si non adiuit seruus, domino non acquiritur hereditas, sed substituto vulgari, vt in d. l. 3. C. de hæred. instit. Nec valet replicatio, aliud esse constitutum in filiofam. repudiante, vt in d. l. vlt. C. de bonis quæ lib. quia non hic per omnia seruum & filiumfam. ęquiparamus, sed verba illa interpretamur: *Si nec alium hæredem fecerit*, ita esse accipienda, cum videlicet adita est hęreditas à filio vel seruo. Nec enim l. vlt. C. de bonis quę lib. quidquam de filiofam. nominatim constitutum est in ea parte, qua datus fuerit filio vulgaris substitutus. D

CAPVT LXIV.

Vtrum fiscus excludat vulgarem substitutum.



Ratis, nisi mea me fallit opinio, controuertitur; vtrum fiscus excludat vulgarem substitutum. Exempli causa: Hæres institutus, cui vulgaris datus est substitutus; *Si videlicet noluerit, vel non potuerit hæres esse*, delictum committit, propter quod hæreditatem habere non potest. Vtrum fiscus ei succedat & auferat tanquam indigno, hæreditatem, an vero substitutus. Est hoc in controuersia positum sine caussa, vt dicebam; quia substitutum succedere debere indubitati iuris est. Namque conditio substitutionis euenit vt patet; Cum enim hæres succedere non possit, non fit hæreditas caduca, sed pertinet ad substitutum, ex l. vnica, C. de caducis tollend. §. cum autem, Authen. Hoc amplius, C. de fideicommissis. Nec enim ob culpam hæredis debet iniuria fieri substituto. Argumento l. Papinianus, §. meminisse, ff. de inoffic. testam. ibi: *Cæterum si id rogatus fuerit restituere, non debet iniuria fieri.* Et loquor in eo casu quo hæres non adiuit, si enim adiuisset hæreditatem, cessaret vulgaris substitutio, l. post aditam, C. de impuber. & alijs substit. & meritò fiscus auferret ob delictum, atque ita docent Angel. in l. 1. ff. de vulg. Petrus Gregorius Tholosanus, in Syntagmate Iuris, lib. 42. cap. 14. Duarenus in Commentarijs ad Tit. de Substitut. tit. quibus verbis fiat vulgaris substitutio. & alij multi, quos refert Alexander Trentacinquius de substitutionibus parte prima, capit. octauo, post nu. 5.

Contrarium docuere Bartol. in d. l. 2. nu. 26. ff. de vulg. quem sequuntur ibi Imola, Alexander, Iason, Socin. Fernandus Vasquius, de successionũ progressu, in pręfatione lib. 2. num. 12. & alij à Trentacinquio annotati loco supra citato, num. 1. Isti docent fiscum præferendum esse substituto.

Ripa vero, in d. l. 1. nu. 155. quem & Trentacinquius sequutus est, distinctione ita vtitur, minus certè necessaria; vt siquidem hæres institutus indignus sit, ita vt non sit capax hæreditatis; tunc præferatur substitutus; si verò sit capax hæres, sed indignus, tunc fiscus præferatur, argumento, l. si post mortem, §. vlt. ff. de bonor. possess. contratab. quę tamen lex nihil ad rem pertinet, & hanc distinctionem non bene percepit Trentacinquius, dum dixit in hoc secundo membro distinctionis fiscum præferri, si hæres sit capax, & hæreditatem adiuit. Non ita loquitur Ripa, nec vlla est dubitatio, qn substitutus excludatur, cum institutus hæreditatem adiuit; quia post aditam hæreditatem expirat vulgaris substitutio, l. post aditam, C. de impub. & alijs substit. & consequenter tunc fiscus auferet hæreditatem, & sic succedet ac præferetur substituto.

Sed videamus quantum habeant momenti argumenta eius sententiæ, quæ fisco suffragatur. Primum est ex l. si sequens, ff. ad Syllanianum. Martianus: *Si sequens gradus vltus fuerit necem testatoris, an prior hæreditas ad illũ transferatur. Et ait Papinianus non esse hoc. Nam pœna illius, huius præmium esse non debet.*

Respondeo, non constare nobis, an Iurisconsultus de substituto vulgari loquatur: & dato, quod loquatur in ea specie hęredem iam adiuisse hęreditatem, atque ideo per eius aditionem exclusum fuisse substitutum vulgariter. Ratio autem dubitandi erat, quia substitutus (quem Iurisconsultus, ibi vocat secundum gradum) vltus erat necem testatoris, ideo videbatur dicendum eum succedere. Contrarium respondit textus, nempe, hæredis pœnam, qui priuatus erat hæreditate, propter accusationem omissam, huius, id est, substituti, licet vindicantis defuncti necem. præmium esse non debere.

Vt intelligamus illud responsum in hęrede, qui iam adiuerat hæreditatem, ratio nos impellit. Etenim iniquum esset eum pœna afficere, qui necem testatoris vl-

tus

tus non esset, si eius hæreditatem adire noluerit & contempserit. Certè ratio non patitur, vt is vlla afficiatur pœna. Nam tanti non æstimauit hæreditatem, vt accusationem instituere vellet aduersus occisores defuncti. Cum vero quis hęreditatem adiuit, tunc pœna affici debet, si non accusauerit occisores, quia is iurare debet se necem defuncti vindicaturum. Sic & in l. necessarias, quinto, §. primo, ff. eodem titu. non aliàs responsum est bona publicari, quam si hæres adierit hęreditatem ante quęstionem de familia habitam, & supplicium sumptum.

Secundum argumentum est ex eo, quod si hęres hęreditatem adiuit, iam exclusus est substitutus, ut dictum est: si vero non adiuit, videtur in fraudem fisci id factum, & ideo est perinde, ac si adiuisset, l. non iustam C. ad Trebell.

Respondeo, fraudem illam non esse pręsumendam, l. qui autem, ff. quę in fraudem creditor. Potest enim hęres ex alijs causis non adire, vt patet.

Tertium argumentum est ex l. in seruitutem, §. ei qui, ff. de bonis libertor. vbi, si patronus indignus efficiatur eam ob caussam, quod contra tabulas bonorum possessionem petat, non tamen locus erit substituto. Respondeo, non esse locum substituto, in ea portione, cuius possessio patrono data est, vt inquit ibi textus. Et sic non obstat: quia nos etiam dicimus, hęrede adeunte excludi substitutum.

Quartum argumentum est, quia hęres, qui est indignus, facit hęredem alium, nempe fiscum: Aufert enim ab eo tanquam ab indigno, ergo vulgari substituto locus non est: quia illa conditio inest, si hęres non erit, quę tacitè aliam continet, videlicet, vel alium hęredem non fecerit, l. si paterfam. ff. de hęred. instit.

Respondeo, illam conditionem, si hęres non erit, ita esse accipiendam, vel alium hęredem non fecerit, scilicet adita hęreditate, & mutata conditione, vt in dicta l. si paterfamilias. Nam si hęres ipse institutus non adierit hęreditatem, alium hęredem facere non potest, l. 3. C. de hęred. instit.

Quintum argumentum est ex l. recusare, §. si fisco, ff. ad Trebellianum. Sed non pertinet ad rem nostram. Agitur enim ibi de fisco compellendo, vt hęreditatem adeat, & fideicommissario restituat. Non erat in ea specie datus substitutus vulgariter, quod patet, quia textus dicit bona vacantia fuisse, & ideo ad fiscum delata.

Sextum argumentum est ex l. cum fisco, ff. ad Syllanian. Caius; *Cum fisco caduca bona defuncti addicuntur propter mutuam mortem*, &c. His verbis patet hęreditatem aditam non esse; quia si hęreditas adita esset, non diceretur caduca.

Respondeo, textum illum non loqui eo in casu, quo substitutus est datus: tunc enim caduca non essent bona, sed pertinerent ad substitutum. Et caduca dici possunt bona, etiam post aditam hęreditatem: quia videlicet propter culpam hęredis ad fiscum deuoluantur, argum. l. vlt. C. de iure emphyt.

CAPVT LXV.

Vtrum filius hæres à patre institutus legitimam accipere, & reliquam hęreditatem repudiare possit.



Communis & vera sententia est, filium hęredem à patre institutum repudiare non posse hęreditatem, legitima retenta. Vide Bart. & alios Doctor. in l. 1. ff. de uulgar. & latè alios referentem Trentacinquium, de substitutionibus, parte 1. cap. decimo, num. 14. Fundamentum est solidum, quia nemo potest hęreditatem pro parte adire, & pro parte repudiare, l. 1. & 2. ff. de acqu. hęred. Ergo neq; filius potest legitimam accipere, quę est tertia pars hęreditatis, ut in Nouella de Triente & Semisse, & A reliquam hęreditatem repudiare. Huc accedat, quod aut filius vellet legitimam accipere seu retinere tanquam ex testamento relictam, aut tanquam ab intestato debitam. Si tanquam ex testamento, ergo testator pro parte testatus decederet, & pro parte intestatus, contra regulam l. ius nostrum, de reg. iuris. Pro parte testatus decederet; quia legitimam ex testamento filius haberet; pro parte verò intestatus, quia reliquam repudiaret hæreditatem. si tanquam ab intestato legitimam filius capere velit, nō potest; quia quamdiu hæreditas ex testamento adiri potest, ab intestato non defertur, l. quamdiu, 1. ff. de acquir. hæred. & nemo potest omissa caussa testamenti ab intestato hæreditatem adire, vt habetur in tit. ff. si quis omissa caussa testamenti, &c.

Sed operæ precium est argumenta diluere, quæ pro cōtraria sententia adferuntur, quam secutus est Ludouicus Romanus in l. 1. ff. de acq. hęred. & alii, quos commemorat Trentacinquius loco proximè citato.

B Primum argumentum est, quia creditor, cui delata est hæreditas, potest eam repudiere, & creditum suum petere, allegatur l. vt debitum, C. de hæred. act. quæ hoc non dicit, sed tamen est verissima propositio: tunc enim fit confusio crediti, si hæreditatem creditor adierit; non autem, si eam repudiauerit: Sed filius est creditor in legitima. l. prima, §. si impubere, ff. de collat. Ergo potest legitimam, tanquam sibi debitam accipere, & hæreditatem repudiare.

Sed omissis aliorum responsionibus, & ea disputatione; an filius respectu legitimæ dicatur creditor. Respondeo, latum esse discrimen inter filium, cui legitima debetur, & alios creditores. Nam quod aliis creditoribus debetur, non est pars hæreditatis, sed est quid diuersum ab hæreditate. Quare nihil prohibet, quo minus hæreditate repudiata, creditum suum consequantur, sed legitima, quæ filio debetur, est tertia pars hæreditatis, vel dimidia, pro numero liberorum, iuxta Nouellam, de C Triente & Semisse. Ideo non potest hæreditatem repudiando, saluam habere legitimam: sic enim pro parte hæreditatem adire posset, & pro parte non adire, quod est absurdum.

Respondent contrariæ sententiæ autores, imò legitimam esse partem bonorum, non autem hæreditatis, quod ex eo manifestum est; quia deducitur in primis æs alienum in ea supputanda, l. Papinianus, §. quarta, ff. de inoffi. testa. & bona dicuntur, quę supersunt deducto ære alieno, l. subsignatum, §. bona, ff. de verb. sig.

Item respondent, legitimam iure hæreditario deberi filio, & in ea esse instituendum hæredem, vt in §. Aliud quoque capitulum, in Auth. Vt cum de appellat. cognoscitur, &c. scilicet, si hoc ipsum vtile sit filio, non autem, si præiudicium afferat, vt in casu isto; quia non posset legitimam habere, nisi totam hæreditatem haberet: Nam quod fauore introductum est, in odium retorqueri non debet, l. quod fauore, C. de legib.

D Ad ista replicari potest, legitimæ quidem rationem ita esse ineundam, vt deducatur æs alienum, sed non inde infertur, eam non esse partem hæreditatis. Nam hęreditas nihil est aliud, quam successio in vniuersum ius defuncti, l. nihil aliud, ff. de verb. sign. Et legitima est tertia pars, vel dimidia dictæ successionis, adeò, vt cum filius tertiam partem substantiæ habet, tunc dicatur legitimā habere; & sic effectu succedit filius in tertia parte. Quanta verò sit pars illa legitimæ, hoc est, quanti æstimari debeat, intelligi non potest, nisi deducto ære alieno: illud enim minuit defuncti substantiam, vt patet.

Quod verò dicebatur, in fauorem filij constitutum esse, vt debeat institui in legitima, & ideo non esse retorquendum in odium; nihil mouet; quia istud est ex natura rei, nec enim potest hęres esse pro parte, & pro parte non. Sicuti nec valeret argumentum, si quis diceret, non teneri filium hęredem institutum ad soluendum æs alienum defuncti; quia id ei preiudicat, & in fauorem filij constitutum est, vt hęres institui debeat. Hoc enim

X sequitur

ſequitur ex eo, quod hæres inſtitutus eſt, vt æs alienum teneatur ſoluere; nec vlla ratio habetur fauoris filij; quia eſt onus coniunctum rei.

Secundum argumentum eſt, quoniam filius renunciãdo hæreditati, non intelligitur renunciare legitimæ, ſed requiritur ſpecialis renunciatio, l. ſi quando, §. & generaliter, C. de inoff. teſtam. ex quo uidetur inferendum, filio ſaluam remanere legitimam, quamuis hæreditati renunciet. Reſpondeo, nec textum illum id probare, quod aſſumitur, nec rectè inferri poſſe, quod infertur. Hoc dicit ille textus; Filium, qui defuncti iudicium ſimpliciter agnouit, & approbauit, non idcirco excludi, quo minus legitimam petere poſſit, niſi ſpecialiter legitimæ renunciauerit. De renunciatione hæreditatis nullum verbum in ea lege. Non rectè autem illud infertur: quia ut maximè verum eſſet, filium renunciantem ſimpliciter hæreditati, non videri legitimæ renunciare; non tamen efficitur, filium ipſum renunciare poſſe hæreditati, retenta legitima. Hæc penitus diuerſa ſunt, an filius poſſit hæc facere, an vero vnum faciendo, videatur & alterum facere: Sic enim dicere poſſemus, filium quidem renunciando hæreditati, non videri legitimæ renunciare; ſed tamen non poſſe ita hæreditati renunciare, vt legitimam retineat.

Tertium argumentum eſt, quia ſi non liceret filio legitima retenta renunciare hæreditati, is legitima priuari poſſet ſub ea conditione, ſi videlicet hæreditati renũciaret, quod abſurdum eſſe videtur. Reſpondeo, abſurdum non eſſe, ſicut nec abſurdum eſt, vt quis hæreditatẽ pro parte adire non poſſit, & pro parte repudiare, l. 1. & 2. ff. de acquir. hæred.

Quartum argumentum eſt, quia omne grauamen, & omne onus, & conditio legitimæ adiecta reijcitur à lege, & pro non ſcripta habetur, l. quoniam in prioribus, C. de inoff. teſtam. Ergo & illud grauamen, de quo agitur, eſt reijciendum, vt nimirum filius legitimam ſuam conſequi non poſſit, niſi hæreditatem acceptet. Reſpondeo, illud non eſſe grauamen aliquod legitimæ adiectum, ſed iuris eſſe præclaram & iuſtam conſtitutionem, qua cauetur, neminem poſſe pro parte adire hæreditatem, & pro parte repudiare; quia hæreditas eſt indiuidua, & nemo poteſt pro parte decedere teſtatus, & pro parte inteſtatus & pro parte hæredem habere, & pro parte non habere. Sic enim pro parte defuncti perſona repræſentaretur, pro parte non. Item, onera hæreditaria pro parte ſubirentur, pro parte non ſubirentur, induceretur que maxima confuſio & iniquitas, quam legum autores magnopere conati ſunt euitare.

CAPVT LXVI.

Vtrum teſtamentum vires aſſumere poſſit à ſubſtitutione vulgari tacita, quæ in expreſſa pupillari continetur, pupillo poſt mortem teſtatoris decedente ſine aditione.



INter omnes conſtat, teſtamentum uires ex ſubſtitutione vulgari expreſſa aſſumere, ex l. 3. §. vlt. ff. de lib. & poſtum. l. 2. C. de hæred. inſtit. l. vnica, §. in primo, & §. in nouiſſimo, C. de cad. tollend. l. Thais, §. Spendophorus, ff. de fideic. libert. Sed vtrum etiam ex tacita, quæ in expreſſa pupillari continetur, non eſt eadem omnium ſententia. Affirmant aliqui, alij negant, vt videre licet ex commentarijs Ripæ, ad l. 1. ff. de vulg. & pupill. nume. 162. Vaſquio de Succeſſionum progreſſu, lib. 2. §. 2. num. 22. & 23. Corneo in conſi. 199. nume. 24. lib. 2. Alexandro Trentacinq. de Subſtitutionibus. par. 1. cap. 10. num. 14. & ſeq. Mantica de Coniecturis vltimarum volunt. lib. 5. tit. 5. num. 7. & ſeq. Ego verò ſic ſtatuo, neutram opinionem aliqua lege probari. Adferuntur enim pro ſententia affirmante, l. neque enim, §. vlt. ff. de milit. teſtam. & l. ſi pater filium, ff. de vulg. & pupillari quę quidem leges de tacita hac vul-

A gari, quæ in expreſſa pupillari continetur, nullam faciunt mentionem. Rurſus pro negante adferuntur, l. ita tamen, §. à patre, ff. ad Trebell. & l. apud Iulianum, § idem Iulianus ff eo. ti. quæ prorſus nihil ad rem dicunt, quam ob rem ratione aliqua ex legibus petita hanc quæſtionem decidi oportet. Illa verò hæc eſt: In expreſſa pupillari ſubſtitutione tacitè vulgaris continetur, ex iuſta quadam interpretatione voluntatis defuncti. Nam ſi ſubſtitutum ſuccedere filio ſuo adeunti hæreditatem, & in pupillari ætate morienti voluit; creditur etiam voluiſſe eundem ſuccedere filio non adeunte. Eſt enim eadem ratio, & hæc eſt coniectura voluntatis lege approbata, iuxta l. iam hoc iure, ff. de vulg. Ergo ſi pupillus nõ adierit, nihil prohibet, quo minus ſubſtitutus ſuccedat: is enim intelligitur eſſe in eum caſum ſubſtitutus, quo filius hæres non erit. Atqui hæres non eſt, vt in quęſtione propoſita, ergo ſubſtitutus admittendus eſt.

At contra ſubſtitutio pupillaris hæreditate non adita

B vitiatur, l. 2. §. adeò, ff. de vulg. ergo & tacita vulgaris in illa comprehenſa. Reſpondeo, negando conſequentiam: Si enim locum haberet, expreſſa pupillaris, euaneſceret vulgaris ſubſtitutio tacita; quod tamen nemo dixerit. Immò vero tacita vulgaris, quæ ineſt, ita demũ effectum habet, ſi pupillus non adierit; quia hoc velle teſtator intelligitur, vt ſubſtitutus admittatur vtroque in caſu: in eo ſcilicet, quo expreſſus eſt, ſi impubes deceſſerit, & in altero, ſi hæres non erit: quare vulgaris hæc tacita, licet inſit in pupillari, non tamen ab ea ſic pendet, vt pupillari uitiata, ipſa quoque euaneſcat. Valeat ergo illud generale brocardicum: Vitiato expreſſo, vitiatur tacitum, l. ſi ſponſus, §. 1. ff. de dona. inter virum, & vxor. & ſi brocardicis agendum eſt, huc afferatur illud, vitiato expreſſo, non uitiatur tacitum æquè principale, l. fideiuſſor, & ibi Bart. de leg. 1.

C

CAPVT LXVII.

Vtrum idem ſit ſtatuendum, quod in præcedenti capite conclusum eſt, ſi filius ante patrem teſtatorem deceſſerit.



EXiſtimo etiam in ea ſpecie teſtamentum à vulgari tacita, quæ in pupillari expreſſa ſubſtitutione continetur, vires aſſumere, qua deceſſit ante pupillum teſtator. Et ratio mea eſt; quoniam lex ita illam ſubſtitutionem interpretatur, ac ſi teſtator dixerit, filium meum hęredem inſtituo, & ſi is hæres non erit, vel hæres erit, & in pupillari ætate deceſſerit, Titium ſubſtituo: Sic enim fieri ſolet ſubſtitutio pupillaris, l. 1. ff. de vulgar. & pupil. Ergo ſi pupillus hæres non fuerit, ſubſtitutus erit hęres. Sed decedente ante teſtatorem pupillo, non eſt hæres, pupillus, vt patet, ergo ſubſtitutus erit hæres. Euenit

D enim caſus ſubſtitutionis, vt Doctores loquũtur. Quam ob rem ne teſtamentum ſit in cauſa caduci, planè dicendum eſt illud valere, & ab ipſa ſubſtitutione robur accipere, atque ita docuerunt Alexand. in l. 1. num. 32. ff. de vulg. Socin ibid. num. 36. Iaſ. num. 59. Fernandus Vaſq. alios citans, de Succeſſionum creatione, libro 3. §. 21. nume. 241.

Contrariam ſententiam habuerunt multi ex antiquis interpretibus, in d. l. 1. ff. de vulg. & præter eos Angelus in conſil. 40. Reperitur inter liberos. Oldradus in conſil. 20. Quidam hæres. Fridericus Senenſis, in conſil. 266. Reſcribatis mihi. Bald. in conſil. 151. in 4. volum. & 170. lib. 5.

Fundamentum eſt præcipuum in l. quod ſi filius, ff. de captiuis & poſtlim. reuerſis. Papinianus: *Quod ſi filius antè moriatur in ciuitate, nihil eſt quod de ſecundis tabulis tractari poſſit, ſiue quoniam viuo patre filiusfam. hæc mors intelligitur*, &c. Si moriente filio ante patrem, de ſecũdis tabulis, id eſt, de pupillari ſubſtitutione tractari non po-

teſt;

test; ergò nec de vulgari, quæ inest, ac tacitè intelligitur in ea comprehendi. Respondeo, non posse tractari de secundis tabulis in eum finem, vt locus sit pupillari substitutioni: Illa enim locum habet, si prius pater decedat, deinde filius in pupillari ætate; sed quantum ad vulgarẽ attinet, illa mortuo ante testatorem impubere locum habebit, quamobrem de illa textus non loquitur: neque enim vulgaris substitutio nomine secundarum tabularũ venit, cum per eam non pupillo succedatur, sed testatori. Nec bona est collectio. Vitiatur pupillaris ipsa substitutio, ergo & vulgaris, quæ illi inest. Nam non ita inest, vt ab ea dependeat, vel accessorij vicem sustineat, sed ut principalis & ipsa ex legis interpretatione considerari debeat, quasi duo hæc uoluisse testator uideatur: vnum, vt moriente filio hærede intra pubertatem substitutus esset hæres. Alterum, vt filio hærede non existente succederet substitutus. Ideo non si vnum ex his uitiatur, idcirco alterum vitiari debet.

Cæterum Barto. in Commentarijs d. l. 1. num. 32. ff. de vulg. illam distinctionem adhibuit; vt si quidem testator filio defuncto mutare potuit testamentum & non mutauit, tunc vulgaris substitutio euanescat, secus si mutare nõ potuit, vt quia statim & ipse mortuus est, vel causam non mutandi habuit, quia fortè existimauit filium suum viuere: tunc enim locus erit substituto. Sequuntur eandem sententiam Ripa, in eodem loco, nu. 167. Corn. consil. 207. lib. 1. Castren. in cons. 13. lib. 1.

Fundamentum est primo in l. tractabatur, ff de milit. testamen. vbi eadem distinctio adhibetur, & in l. 3. C. de inoff. testam. Respondeo, latum esse inter hæc discrimen, & quæstionem propositam. Nam quod attinet ad l. tractabatur, agitur ibi de fideicommisso, quod ab hęrede restituendum erat; & quoniam illud deficit, si hæreditas non adeatur, ideo, vt sustineatur coniectura voluntatis opus est; illa verò est, quoties hęres moritur ante aditam hæreditatem ignorante id testatore, vel post mortem testatoris ipse hæres moritur, priusquam hæreditatem adierit: tunc enim, quia testator non habet causam testamentum mutandi, intelligitur hoc uelle, vt hæreditas restituatur per fideicommissum, si fuerit adita; si verò adita non fuerit, vt sit locus substituto. At in quæstione nostra tali coniectura non est opus; quoniam ipsa vulgaris substitutio suum obtinet effectum per mortem filij ante testatorem. Tunc enim cum hæres ille non sit, ideo substitutus hæres erit, quemadmodum testator ab initio designasse ac voluisse intelligitur.

Quod vero attinet ad l. 3. C. de inoff. testam. ibi perpẽdit textus, matrem mutare potuisse testamentum ad effectum, vt filium, quem viuere sciebat, & non instituerat, prætenjsse intelligeretur, quæ res cum quæstione hac nostra commune nihil habet.

CAPVT LXVIII.

Vulgaris substitutio separatim facta personis imparibus, an contineat tacitam pupillarem.



I vno ex filijs pubere, altero impubere existente eos pater instituat, atque inuicem substituat, certum est, vulgari tantum non etiã pupillari substitutioni locum esse: incongruum enim esset, vt in altero duplex substitutio intelligeretur, in altero autem vna tantum vulgaris, l. iam hoc iure, ff. de vulg. Cæterum, si separatim substitutio fiat, vtrum idem respondendum sit, non est eadẽ omnium sententia. Etenim Doctores Vltramontani in l. quamuis, C. de impub. & aliis substit. idem iuris esse dixerunt, necnon Cynus ibidem, & hanc sententiam ueriorem uideri dicebat Ripa, in l. 1. nume. 170. ff. de vulg. Sed contrarium Itali Doctores omnes docuerunt in d. l. 1. ff. de vulgar. vt Ripa testatur loco proximè citato, & Alexander Trentacinquius de substitutionibus parte 1. cap. 11. num. 5. quibus adstipulatur etiam Zasius de sub-

A stit. in princ. tractatus in sexto effectu vulgaris substit. limitat. quinta, necnon & Duarenus in Commentarijs ad tit. de substit. cap. de effectu vulgaris substit. Et istis ego assentior.

Probatur hæc sententia ex d. l. iam hoc iure, ff. de vulgar. illis verbis: *Hoc itaque casu singulis separatim substituere pater debebit: vt si pubes heres non extiterit, impubes ei substituatur; Sin autem impubes heres extiterit, & intra pubertatem decesserit, pubes frater in portionem coheredis substituatur. quo casu in utrumque euentum substitutus uidebitur; ne si vulgari modo impuberi quoque substituat, voluntatis quæstionem relinquat, vtrum de vna vulgari tantummodo substitutione in vtriusque persona sensisse intelligatur, ita enim in altero vtraque substitutio intelligitur, si voluntas parentis non refragetur. vel certè euitandæ quæstionis gratia specialiter in vtrumque casum impuberi substituat fratrem*, &c.

Nec quicquam mouet argumentum Gallorum in eo B positum, quod videatur incongruum esse, vt in persona vnius duplex locum habeat substitutio, in persona verò alterius una duntaxat. Et hæc ratio legis locum habeat, siue coniunctim, siue separatim substitutio fiat. Nam, vbi separatim fit substitutio, quælibet seruat suam naturam: Et ideo cum impubes puberi substituitur, intelligitur esse substitutus in casum vulgaris substitutionis tãtum; ratio est: quia vulgaris substitutio tunc continere non potest tacitam pupillarem, cum ille, cui substitutio fit, sit pubes. Cum verò pubes impuberi substituitur, intelligitur substitutus in casum pupillaris substitutionis: Et quoniam pupillaris substitutio vulgarem tacitè continet, hinc fit, vt & in casum vulgaris substitutus esse uideatur.

Nil moratur etiam, quod respondetur ad textum, qui pro Italorum opinione affertur, nempe Iurisconsultum loqui, quando separatim substitutio fit pupillaris ipsi impuberi filio, non autem, cum vulgaris fit substitutio, ut C patet ex illis verbis tex. *Sin autem impubes heres extiterit, & intra pubertatem decesserit*, &c. Et rursus ex illis uerbis: *Ne si vulgari modo impuberi quoq; substituat*, &c. Quibus uerbis significare uidetur aliter esse cõstitutum, si impuberi fiat vulgaris substitutio.

Respondeo, in eo textu tria contineri. Primum, illud de pupillari substitutione separatim facta impuberi, quòd vulgarem contineat, & istud non facit ad rem. Alterum, de vulgari, nempe; si impuberi separatim substituat testator vulgari modo, uoluntatis quæstionem fore. Et istud ad rem nostram pertinet, quia non dicit tex. uoluntatis futuram quæstionem absolutè: quasi uidelicet tunc vulgaris pupillarem non contineat, nisi appareat eã fuisse mentem ac uoluntatem testatoris: sed tex. dicit relinqui posse uoluntatis quæstionem, quia ex coniecturis aliquibus dubium esse poterit, an testator voluerit tacitam pupillarem in vulgari contineri, vt patet ex uerbis sequentibus: *Ita enim in altero vtraque substitutio intelli-* D *gitur, si voluntas parentis non refragetur.* Quibus uerbis indicat Iurisc. pupillarem tacitam comprehendi quidem in vulgari separatim facta: sed tamen quæstionem oriri posse uoluntatis testatoris: & ideo subdit tertium, uẽpe, ad euitandum uoluntatis quæstionem, consultum esse specialiter in utrumque casum impuberi substituere.

CAPVT LXIX.

Quid si duobus impuberibus separatim substitutio fiat, vni vulgaris, alteri pupillaris, an tunc vulgaris contineat pupillarem.



Ed rursus controuersia est. Ambo filij sunt impuberes, alterum alteri separatim testator substituit, sed non eodem modo. Nam unum alteri vulgari modo substituit: Alterum uerò pupillariter, utrum in substitutione vulgari contineatur pupillaris? Affirmant Alexander in l. iam hoc iure,

Secundum eſt ex l. ſi ſolus, ff. de acquit. hæred. ſed nihil valet hoc argumentum; nihil enim aliud dicit, niſi, ſi ſolus hæres ex pluribus partibus quis inſtitutus fuerit, vnam partem omittere non poſſe, nec intereſſe, in quibuſdam habuerit ſubſtitutum, nec ne, meritò: neque enim licet vnam partem hæreditatis accipere & aliam repudiare, l. 1. & 2. ff. de acquir. hæred. quæ res nihil cum quæſtione noſtra commune habet.

Tertium argumentum eſt ex l. Lucius, ff. de vulg. ſed reſpondetur, in ea ſpecie aditam fuiſſe hæreditatem infantis nomine; ideo vulgaris ſubſtitutio expirat, & filio impubere defuncto ad matrem eius pertinet ſucceſſio. Id patet; quia Iuriſconſultus ibi quærit, an ea ſubſtitutio cõprehendat tantum vulgarem, an verò etiam pupillarem; Et dicit pupillarem non contineri. Et ideo non ad ſubſtitutum, ſed ad matrem legitimi filii hæreditatem ab inteſtato pertinere.

Quartum argumentum eſt ex l. quod ſi minor, §. Scæuola, ff. de minoribus, quatenus ibi Iuriſconſultus de filio in poteſtate loquens, cui datus erat ſubſtitutus, præſupponit eum poſſe omittere hæreditatem. Nam ſi ſuitas eſſet ſublata, non diceretur omittere, ſed repudiare hæreditatem. Reſpondeo, etiam extraneo congruere illud verbum omiſſionis hæreditatis, vbi per negligentiam non adiuit, l. prima, §. vltimo, ff. vt in poſſeſſ. leg.

Poſtremum argumentum eſt ex l. vlti. ff. de conditio. inſtitut. quæ lex ideo non offendit ſententiam noſtram; quia loquitur de filio inſtituto ſub conditione poteſtatiua, quæ ſola per ſe ſuſpendit ſuitatem, vt bene declarat Trentacinquius loco annotato in reſponſione ad vltimum argumentum.

CAPVT LXXII.

Vtrum vulgaris ſubſtitutio pluribus facta copulatiuè vno adeunte expiret.

Teſtator duobus hæredibus inſtitutis, Titio & Caio, vulgarem adiecit ſubſtitutionem in hunc modum; Si Titius & Caius hæredes non erunt, Sempronius hæres eſto. Alter eorum hæredum adiuit, alter repudiauit hæreditatem; quæritur an ſubſtitutus admittatur ad portionem repudiantis. Duæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ. Altera eſt, non admitti. Ita Bartolus, ad l. 1. numero 48. ff. de vulga. & eodem in loco Ripa, numero 188. Ruin. in conſilio 52. libro tertio, & alii, quos refert & ſequitur, Trentacinquius de ſubſtitu. parte prima, cap. 17.

Adſeruntur hæc argumenta. Primum eſt ex l. quamuis, C. de impub & aliis ſubſtit. illis verbis: *Cum tamen proponas ita ſubſtitutionem factam eſſe, ſi mihi Firmianus filius & Aelia vxor mea (quod abominor) hæredes non erunt, in locum eorum Publius Firmianus hæres eſto. manifeſtum eſt in eum caſum factam ſubſtitutionem, quo vtrique hæredum ſubſtitui petiit.*

Sed re vera nihil probat ille textus. Eſt enim ſenſus; ſubſtitutionem factam videri in eum caſum, qui non ſolum impuberi filio, ſed etiam vxori conuenire poſſit, & conſequenter in eum caſum, quo filius impubes, & teſtatoris vxor hæredes non eſſent. Vtrum autem neceſſe ſit, vt ſubſtituto ſit locus, vtrumque hæreditatem repudiare, non declarat ille textus: Hoc enim tantum vult, ſubſtitutionem illam non porrigi ad eum caſum, quo filius impubes hæres eſſet, & in pupillari ætate decederet, licet aliàs regulariter porrigatur, vt ex verbis tex. quæ præcedunt, patet. Sic enim habent: *Quamuis placuerit ſubſtitutionem impuberi, qui in poteſtate teſtatoris fuerit a patre factam, ita: Si hæres non erit, porrigi ad eum caſum, quo poſtea quã hæres extitit, impubes deceſſit, ſi modo non contrariam defuncti voluntatem extitiſſe probetur. Cum tamen proponas,* &c.

Secundum argumentum eſt ex l. quidam teſtamento,
A ff. de vulg. ibi: *Eam videri voluntatem patrisfamilias fuiſſe, vt tertio gradu ſcriptos hæredes ita demum ſubſtituerit, ſi tota hæreditas vacaſſet,* &c. Cæterum, ex verbis, quæ ſtatim ſequuntur, apparet, id non ea ratione fieri, quod ea ſit natura ſubſtitutionis hoc modo factæ, ſed quia teſtator plures quam duodecim vncias inter ſubſtitutos diſtribuiſſet. Sic enim verba ſequentia habent: *Idque apparere euidenter ex eo, quod plures quam duodecim vncias inter eos diſtribuiſſet, & idcirco,* &c.

Tertium argumentum eſt ex eo, quod ea ſit natura coniunctiuæ orationis, vt concurſus vtriuſque requiratur, l. ſi quis ita, ff. de verbor. oblig. Scæuola: *Si quis ita ſtipulatus fuerit: decem aureos dabis, ſi nauis venerit, & Titius Conſul factus ſit, non aliàs dabitur, quàm ſi vtrumque factum ſit.* Sed in verborum obligatione, quæ ſtrictè accipienda eſt, argumentum hoc procedit, conſiderata ipſorum verborum natura.

Altera eſt ſententia, quam & ipſe probabiliorem eſſe
B iudico, quo ad repudiantis partem ſubſtituto locum eſſe. Ita Alexand. in l. quidam teſtamento, ff. de vulg. Iaſon in l. 1. num. 67. ff. eodem tit. Politus de ſubſtitut. in materia vulgaris, q. 25.

Fundamentum eſt ex l. falſa, §. vlt. ff. de condit. & demonſtrat. & in l. hęredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebell. ex quibus legibus Doctores dicunt; Pluralem orationem in ſuas reſolui ſingularitates. Et quanquam non deſit reſponſio ſi quis diſputare velit: Videtur tamen mihi pro hac ſententia magnoperè pugnare voluntas teſtatoris. Si enim is voluit ſubſtitutum ſuccedere vtrique hęredi, ſi vterque repudiaſſet: videtur etiam voluiſſe alteri tantum eum ſuccedere, ſi alter repudiaſſet, quam coniecturam etiam Iuriſconſultus perpendit in ſpecie dicti §. cum ita. Et cum in conditionibus primum locum ſibi vindicet teſtatoris voluntas, l. in conditionibus primum ff. de condit. & demonſtrat. nihil me moratur verborum natura, quæ vtriuſque hęredis repudiationem exigunt,
C quoniam in his magis voluntas ſpectari debet quam verba. Et ideo ad regulam, quæ adfertur ex l. ſi quis ita, ff. de verbor. obligat. reſponſio patet. Procedit enim illa ſecundum verba, non ſecundum mentem, vt dictum eſt.

CAPVT LXXIII.

Vtrum minore adeunte hæreditatem, & aduerſus aditionem in integrum reſtituto, vulgaris ſubſtitutus admittatur.

Exiſtimo veram eſſe communem Doctorum ſententiam, quæ docet, ſubſtitutum vulgarem admittendum eſſe quoties inſtitutus hæres adiuit, & tanquam minor aduerſus aditionem reſtitutus eſt. Hæc eſt enim in integrum reſtitutio, in priſtinum ſta-
D tum repoſitio, l. quod ſi minor, §. Reſtitutio, ff. de minoribus, & tradunt omnes teſte Oddo ex communi ſententia, de reſtitut. in integr. parte prima, quæſt. 1. articu. 4. Ergo eſt perinde, ac ſi hæres non adierit, & conſequenter ſubſtitutus ſuccedit. Quamobrem Iuriſconſultus Scęuola, ex abſtenſione pupillæ præſupponit hęreditatem ad ſubſtitutum perueniſſe, licet illa prius adiuiſſet, in l. ex contractu, ff. de re iudic. *Ex contractu paterno* (inquit) *actum eſt cum pupilla tutore autore, & condemnata eſt* (infertur ex hoc aditam fuiſſe hæreditatem) *poſtea tutores abſtinuerunt eam bonis paternis, & ita bona defuncti ad ſubſtitutum, vel ad cohæredes peruenerunt,* &c.

At contrariam ſententiam Duarenus tuetur in commentariis ad Tit. ff. de vulg. & pupillari ſubſtitutione, in c. de effectu vulgaris ſubſtitutionis, autoritate l. ait prætor, 7. §. ſed Papinianus, ff. de minoribus: *Species* (inquit Duarenus) *tractata eſt in eo loco de ſeruo ſubſtituto. Quæſtio eſt de eo, qui minorem viginti quinque annis inſtitutꝰ*

& ei substituit seruum, qui est necessarius hæres. Proponitur minorem, qui institutus est in primo gradu, adiisse hæreditatem: deinde impetrata restitutione in integrum eam repudiasse, & quæritur, an ea repudiatio faciat locum seruo substituto. Refertur sententia Papiniani ab Vlpiano, qui existimabat, seruum substitutum hæredem esse non posse. Existimabat Papinianus expirare substitutionem vulgarem adita hæreditate, & quamuis restitutus fuerit minor in integrum, & restitutione impetrata hæreditatem repudiauerit, non ideo conualescere substitutionem, quæ semel expirauerat, hoc est, dictum Papiniani, quod Vlpianus ait esse verũ. Sed non per omnia, quibus verbis significat Vlpianus, id quamuis verum sit, non esse tamen accipiendum sine distinctione. Nam si hæreditas soluendo non sit, hæc repudiatio minoris locum facit substituto: si soluendo sit hæreditas, tunc non admittetur substitutus. Cum hac distinctione Vlpianus censet dictum illud Papiniani esse intelligendum, qui dixerat, non posse seruum substitutum hæredem existere. Sed quæritur quid in aliis casibus dicendum sit? Ait Vlpianus tunc locum esse substitutioni vulgari, cum seruus est substitutus, cumque hæreditas soluendo non est. Pone igitur non seruum esse substitutum, sed alium, qui voluntarius tamẽ hæres est, non necessarius, pone hæreditatem soluendo esse, quid dicemus? an locus erit substitutioni vulgari? In hac quæstione mihi videtur, secundum Vlpiani sententiam atque etiam Papiniani, in eo loco non admittendum esse substitutum, & si vulgè dissentiant interpretes, & dicant, aditam hæreditatem pro nulla habendam esse, propter restitutionẽ. Idq́; obscurum non est dici ab eis aduersus sententiam Vlpiani & Papiniani, ex his, quæ à nobis dicta sunt. Videtur enim hæc sententia esse Papiniani & Vlpiani, quasi expirare substitutionem aditione hæreditatis, & substitutum excludi. Obiicitur huic sententiæ l. ex contractu, 44. ff. de re iud.

Et post pauca: *Sed mihi videtur nullum argumentum duci posse ex eo Scæuolæ loco aduersus hanc Vlpiani sententiam. Apud Scæuolam dicitur abstentam fuisse à tutoribus suis puellam, & bona ad substitutum peruenisse. Itaque potest dici peruenisse bona ad substitutum; quia fortè hæreditas non erat soluendo, secundum distinctionem Vlpiani, & hoc satis credibile est. Proponitur enim mulierem fuisse pupillam habentem, qui eam abstinuerunt à bonis paternis: Boni tutoris non est pupillam abstinere à bonis paternis, si hæreditas soluendo sit. Credibile igitur est hæreditatem soluendo non fuisse, atque ita peruenisse hæreditatem ad substitutum restitutione impetrata. Nec illud aliter exprimere opus fuit. Nam non quærebatur, an possent bona peruenire ad substitutum, an non; sed quærebatur de vi & effectu rei iudicatæ. nam sententia lata erat aduersus pupillã, antequam se abstineret, quæstio erat, quo casu peruenerunt bona, & ex qua caussa peruenire potuerunt & debuerunt, an actione iudicati, quæ competebat aduersus pupillam, posset agi aduersus substitutum; non erat quæstio, an bona peruenire potuerint ac debuerint ad substitutum. Constabat peruenire potuisse ac debuisse. Quod igitur argumentum duci potest ex ea lege ad impugnandam sententiam Vlpiani & nostram? nullum prorsus.*

Hactenus Duarenus, cuius fundamentum est in d. §. sed quod Papinianus, vt patet. Respõsum affert Ant. Faber lib. 3. coniecturarum iuris, cap. 4. solidum ac subtile: *Aliam esse rationem hæredis serui necessarii, aliam alterius substituti: Cum enim necessarius ille sit, qui omninò, & protinus post testatoris mortem hæres est, vt Iustinianus definit, in §. 1. in Instit. de hæred. qualit. & diff. apparet seruũ, qui non nisi necessarius hæres esse potest, postquam alter hæres extitit, ex substitutione hæredem esse non posse: Cum is, qui prius hæres fuit, per restitutionem hæres esse non desinat. Vnde Papinianus rectè dicebat, semper substitutum seruum excludi, nec eum casum excipiebat, si hæreditas soluendo non sit. Sed quoniam, quæ ratio facit, vt contra iuris regulam institui possint serui necessarii, licet cum iis testamenti factio non sit, vt scilicet ipsorum potius quam dominorum bona veneant, eadem locum habet, cum hæres scriptus post aditionem restituitur; quia cum eo creditores agere non possunt, diui Impp. Pius & Seuerus rescripserunt, permittendum hoc casu seruo necessario, vt ex substitutione hæres esse possit, quasi vtiles actiones non tam habere, quàm excipere videatur. Alioqui non potest Prætor vtiles actiones seruo decernere, cuius persona prorsus iure Prætorio incognita est; quemadmodum & iure Ciuili, nisi hactenus, vt hæres necessarius esse possit. At bonorum possessor necessarius esse non potest: Ergo quod de seruo Papinianus putabat, non idẽ de aliis dici potest, quos Prætor vtiles bonorum possessores efficit vt actiones vtiles habeant, quemadmodum in fi. d. §. Vlpianus ait.* Hactenus ferè Anton. Faber. Ex cuius verbis argumentum diluitur à Duareno allatum, & tota eius disputatio corruit. Argumenta multa pro vtraque sententia adferuntur à Doctoribus nostris, in l. 1. ff. de vulg. & omnium latissimè ab Alexandro Trentacinquio, parte prima, de Substitutionib. c. 18. Sed nec ad rem pertinere illa visa sunt, & ex penore eorum pretiosa hæc attulisse, & meam de more sententiam adiunxisse satis fore putaui: eos qui minus necessaria non contemnenda tamen intelligere, aut se plenius informatos hac de re optant, ad eos autores relego, qui scripserunt in d. l. 1. Commentaria, & ad Trentacinquium loco annotato.

CAPVT LXXIIII.

Pupillus, cui substitutus datus à patre non est, an dicatur intestatus decessisse in terminis statuti de intestati successione loquentis.

VLpianus. *Intestati propriè appellantur, qui cum possent testamentum facere, testati non sunt.* Et paulo post: *Planè qui testari non potuit, propriè non est intestatus; puta impubes, furiosus, vel cui bonis interdictum est. Sed hos quoque pro intestatis accipere debemus*, l. 1. ff. de suis & legitimis hæred.

Licet clara sit hæc Vlpiani sententia; impuberem non dici propriè intestatum, quia testari non potest, sed tamẽ pro intestato accipiendum esse; in controuersia tamen id positum est, circa Statuti interpretationem de intestato loquentis; an videlicet pupillus dicatur propriè intestatus decedere, aliquibus, puta viginti nouem Doctoribus, affirmantibus, quos refert & sequitur Menoch. in consil. 569. lib. 6. Aliquibus verò, puta viginti tribus, id negantibus, quibus adde Alexand. Trentacinquium de substitutio, par. 2. c. 3.

Sed affirmantibus ego me lubens socium adscribo Vlpiani autoritate, vt cætera iuris loca iam prætercam, in quibus pupillus intestatus appellatur, l. in testamento, C. de testam. milit. ibi: *Et mater quidem intestata filia*, &c. in l. 2. C. de impub. & aliis substit. ibi: *Hæreditatem quidem defuncti intestati filii*, &c. in l. pater, §. vlt. ff. ad leg. Falc. in l. qui duos, ff. de reb. dub. in l. sciant, C. de legit. in l. omnem, C. ad Tertyl. & alibi.

Nam si pro intestatis accipere debemus etiam impuberes, & alios, qui testari non possunt, ex Vlpiani sententia, nihil proponi video, cur non etiam in Statutorum interpretatione eos pro intestatis accipere debeamus; aut certè non ex iure petenda est interpretatio Statutorum, sed aliunde, quod est absurdum.

At dicunt contrariæ sententiæ autores. Verba Statutorum propriè accipiẽda sunt. Propriè autem intestatus non dicitur is, qui testari non potest. Sed quæro: an ita sint propriè verba Statutorum accipienda, vt excludatur cõis ex iure interpretatio, communis vsus, stylus, sententia: Si non: Ergo nihil obstat argumentum; quia, ut maximè repugnet verbi proprietas, adstipulatur tamẽ vsus siue interpretatio Iurisc. sic enim Vlp. ait: *Sed hos quoque pro intestatis accipere debemus*. Si dicatur omnem excludi interpretationẽ, & solam verbi proprietatem sequendam, respondebo, quis hoc dicit? Amplius (sed nouum forsan videbitur iis, qui iurant in brocardica dicta) nego regu-

lam

iam fine dictum, quod affertur; nempe, verba Statutorũ propriè accipienda esse.

Profertur l. 3. §. hæc verba, ff. de neg. gest. l. 1. §. si is, qui nauem, ff. de exercit. actio. legantur textus, nullum verbum de statutis, nulla coniectura, nullum argumentum. Non verba hic adijciam, sed videantur & animaduertere licebit, quàm inanis ea sit allegatio. Hoc fundamentum si corruat (apud veritatis autem amatores corruet) omnia corruunt, quæ super eo ædificantur.

CAPVT LXXV.

Si testator filio hæredi instituto absque liberis decedenti, aliquem substituat, & alienationem prohibeat bonorũ, antequam ad 25. annum perueniat; vtrum eidem videatur post 25. ætatis annum alienationem permittere in præiudicium substituti.



INsignis controuersia est. Pater hæredem instituit filium, eique sine liberis decedenti aliquem substituit, ac omninò vetuit, ne ante 25. ætatis suæ annum alienaret bona hæreditatis; Vtrum filius post 25. annum alienare possit liberè, ita vt reuocari non possit alienatio, neque bona vindicari ab ipso substituto.

Et quidem filium alienare posse liberè post 25. annũ, & sic substitutum excludere, responderunt Alexander in consil. 55. num. 7. & 8. lib. 3. Iason in consil. 173. lib. 2. Decius in cons. 513. nu. 4. Ruinus in consil. 76. lib. 2. consil. 112. & 132. eodem lib. Parisius in cons. 25. n. 13. lib. 2. Socin. iun. in cons. 163. nu. 33. lib. 2. & 188. nu. 12. & 13. eodem lib. Dominus meus Decianus, in consil. 78. num. 15. lib. 3. Menochius in cons. 151. nu. 27. & cons. 152. nu. 60. lib. 2. Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 3. tit. 17. n. 11.

Contrariam sententiam, nempe, alienare non posse in præiudicium substituti, secuti sunt Paul. Castrens. in cõsil. 263. num. 3. lib. 3. Decius in cons. 386. Parisius in consil. 31. num. 37. lib. 2. & 25. num. 30. lib. 3. Socinus iun. in cons. 131. num. 12. lib. 1. & 188. in fine, lib. 2. Alciatus in cons. 42. num. 12. lib. 9. & 136. nu. 3. eod. lib. Ferdinand. Leaz. ad l. filiusfam. §. diui, num. 25. de leg. 1. Ruin. in consil. 117. num. 27. lib. 2. & 121. num. 9. lib. 3. Hieron. Gabriel. in cons. 132. num. 6. D. Cephal. in cons. 153. nu. 42. Olascus, decis. 85. nu. 13. Thobias Nonius, in consil. 90. num. 8. Alciat. in cons. 495. num. 6. Hieron. Manfredus de Attentatis, lib. 1. par. 6. num. 5.

Argumenta prioris sententiæ hæc sunt. Expressa hominis dispositio facit cessare tacitam legis dispositionem, l. cum ex filio, §. 1. ff. de vulg. Ergo expressa prohibitio testatoris hoc in casu operatur, vt tacita legis prohibitio cesset, qua videlicet res restitutioni subiectæ alienari nõ possunt, vt in Auth. res quæ, C. commun. de leg. Consequenter nil proponitur, cur cessante tacita legis prohibitione, res alienari non possint ab hærede post 25. annum.

Secundum argumentum; Testatoris dispositio ita debet intelligi, ne sit inanis, & superuacanea, l. si quando, de legatis primo. Sed inanis esset, & superuacanea testatoris prohibitio, nisi post 25. annum hæredi liceret liberè alienare res hæreditarias; igitur hæres alienare poterit.

Tertium; Specialis dispositio derogat, vel saltem limitat generalem dispositionem, l. cohæredi, §. qui patrem, ff. de vulg. l. vxorem, §. felicissimo, de leg. 3. l. quæsitum, §. vlt. ff. de fundo instr. Sed legalis dispositio, qua res alienari prohibentur, quæ restitutioni sunt obnoxiæ, generalis est: illa verò prohibitio, ne ante 25. annum alienatio ab hærede fiat, specialis est; Ergò hæc generali derogat, eamque limitat, vt locum habeat tantùm vsque ad 25. annum.

Quartum argumentum; Cùm præcedens vel sequẽs Clausula suam habet claram determinationem; tunc Clausula vel præcedens, vel sequens, non refertur ad illam, l. cum vulgari, ff. de dote præleg. l. cohæredi, §. qui

A patrem, ff. de vulgar. sed in proposita specie Clausula sequens, qua testator prohibuit alienationem ante 25. annum, suam habet separatam determinationem, ergò illa generalis, quæ ex substitutione inducitur, non refertur ad hanc sequentem, ne alienatio fieret ante vigesimumquintum annum.

Quintum argumentum est; quia cùm prohibitio facta fuerit alienationis ante 25. annum, non extenditur vltrà dictum tempus; & consequenter post illud tempus à contrario sensu videtur permissa alienatio, l. si ita quis, ff. de vulg. l. epistola, §. vlt. ff. de pact. l. Imperator, ff. de postulando, l. in hoc iudicio, §. si conueniat, ff. commun. diuid. l. pater filium, §. fundum, de leg. 3. l. 4. ff. de seruitut. l. statu liberum, §. vltimo, de leg. 2. l. si minor, ff. de verborum obligationibus, l. 1. & 2. C. de his qui in exilium dantur, lib. 10. cap. præsentium, de clerico percussore.

Et hoc argumentum maximè procedit, cùm testator
B ita disposuit, vt hęres non possit alienare, nisi post 25. annum; quia dictio illa, *nisi*, importat, vt post illud tempus possit alienare, arg. l. quibus diebus; §. quidam Titio, in fine, ff. de cond. & demonst.

Postremum argumentum est; quia in dubio sumi debet illa interpretatio, qua hæres minùs grauatus sit, l. vnũ ex familia, §. si rem, de leg. 2. Sed hac interpretatione admissa, minus censetur grauatus hæres, vt patet; quia poterit alienare post 25. annum; ergò hæc interpretatio recipienda est.

Posterioris autem sententiæ argumenta sunt ista. In hac facti specie duplex est prohibitio; vna testatoris, & altera legis; quia res restitutioni subiectæ alienare non possunt. Auth. Res quæ, C. Comm. de legat. vel si alienentur, eueniente conditione, irrita est alienatio, & vindicari possunt, l. vlt. §. sin autem. C. eodem tit. Ergò licet prohibitio testatoris cesset post 25. annum, non tamen cessat legis prohibitio.

C Secundum argumentum. Non debet illa recipi interpretatio, quæ repugnantiam inducat; tunc enim non valeret dispositio l. vbi repugnantia, de regu. iur. & quia non præsumitur quisquam sibi ipsi contradicere, l. nam ad ea. ff. de cond. & demonst. Sed si dixerimus, illam interpretationem valere, quæ dat hæredi potestatem alienandi post 25. annum, repugnantiam inducimus; quia hæc repugnant, quod res alienari possit, & quod restitutioni subiecta sit. Ergo talis interpretatio adhibenda non est.

Tertium argumentum. Inducta ad vnum effectum, non debent contrarium operari. l. legata inutiliter, ff. de adim. legat.. Sed prohibitio, ne ante vigesimum quintum annum alienatio fiat, inducta est ad restringendam alienandi potestatem; ergo contrarium operari non debet, vt nimirum post vigesimum quintum annum alienatio sit permissa.

Quartum argumentum. Vbi sunt duo impedimenta,
D tunc vno cessante, non tamen cessat alterum, §. affinitatis, in Instit. de nupt. sed hic sunt duo impedimenta; Alterum testatoris, alterum verò Legis; Ergò, licet vnum cesset, puta testatoris, non tamen cessat alterum, nempe, Legis.

Ego in proposita specie animaduerto duplicem interpretationem adhiberi posse, quemadmodum ex duabus contrarijs sententijs iam relatis colligitur; sed omnem difficultatem in eo esse positam; vtra ex dictis interpretationibus obtinere magis debeat. Prima interpretatio est, hanc esse testatoris mentem ac voluntatem, vt post 25. annum alienatio sit hæredi permissa, & simul consistat fideicommissum hoc modo; vt videlicet fideicommisso sit locus, si alienatio facta non fuerit; & hanc interpretationem adhibent prioris sententiæ autores. Altera est interpretatio, vt post 25. annum alienatio sit hæredi permissa, & simul fideicommissum consistat hoc modo; nempe, vt alienationi sit locus, eaque valeat & effectum habeat, si non eueniat conditio fideicõmissi, quam inter-

interpretationem adhibent posterioris sententiæ autores. Igitur in hac re, in qua disputationis cardo vertitur, magis probabilem esse iudico posteriorem interpretationẽ ac sententiam. Et fundamentum meum est: quoniam certum est testatoris hanc esse voluntatem, vt hærede defuncto absque liberis, substitutus succedat; consequenter certum est, eiusdem testatoris hanc esse voluntatem, vt bona alienata vindicare possit: & eo casu adueniente, alienatio reuocetur iuxta claram legis constitutionẽ. Implicat enim repugnantiam quandam, quod hæres restituere grauatus sit, & simul alienare possit: ita, vt restitutioni locus esse intelligatur, si non fiat alienatio. Hæc est insolita, & nullo iure subnixa fideicommissaria ordinatio, regulis iuris maximè repugnans & contraria, quibus cauetur fideicommissi conditione eueniente, in irritum deduci omnem alienationem, bonaque vindicari posse, d. l. vlt. §. sin autem, C. Commun. de legat. Quomodo verò propter prohibitionem ad 25. annum restrictam idẽ testator post illud tempus alienationẽ permittere voluerit, incertum planè, & obscurum est, Vtrũ liberè, an non; Vtrum ita, si non venerit conditio fideicommissi. Quare in hac obscuritate, æquum bonum est, eam coniecturam accipere, qua salua voluntate defuncti in eo, quod clarum & exploratum est, intelligatur data esse facultas alienandi eo in casu, quo id iure permissum erit. Quasi testator ante 25. annum modis omnibus alienationem vetuerit; & sic etiam conditione deficiente fideicommissi, illam irritauerit hæredis adolescentiæ prospiciens, vel alias ob causas ita volens; post 25. autẽ annum non vetuerit, sed permisisse intelligatur, prout à lege permissa est. Hanc esse censeo probabiliorem sententiam, quia iustius est, vt ex ijs, quæ clara sunt, declarentur obscura, quàm contrà ex obscuris & incertis clara & certa in discrimen vocentur.

Nec difficile est respondere ad argumenta prioris sententiæ. Nam ad primum nego pronunciatum generale, quod profertur, verum esse. Nego illud colligi ex l. cum ex filio, §. 1. ff. de vulg. Verba textus hæc sunt: *Filio impuberi in singulas causas alium atque alium hæredem substituere possumus; veluti vt alius, si sibi nullus filius fuerit; & alius, si filius sit, & impubes mortuus fuerit, & hæres sit.*

Videas lector an ex his verbis colligi possit generale illud Pronunciatum; certè non mihi videtur; nullum enim verbum eò tendit. Cùm autem testator casus distinguit, & in singulos casus alium atque alium hæredẽ substituit, nihil mirum, si vnus casus alium non complectitur; quia in alio casu alius est substitutus; & ideo tunc vulgaris non continet pupillarem tacitè. Sed licebitne generale hinc argumentum sumere, semper, & generaliter tacitam legis prohibitionem cessare, vbi adest expressa testatoris prohibitio, quæ non excludat tacitam? Certè non licebit apud eos, qui ex fontibus ipsis legum, non ex riuulis Brocardicorum Axiomatum, iudicare solent.

Ad secundum argumentum respondeo, negando minorem: neque enim prohibitio inanis erit, & superflua; primum, quia post vigesimum quintum annum cessabit; deinde, quoniam alienatio permissa esse intelligetur, si videlicet conditio substitutionis non euenerit: & denique, quia sufficit tempus prohibitioni adiectum id significare, vt post illud prohibitio locum non habeat.

Quod attinet ad ternum, concedo Generi per speciem derogari; sed hoc intelligitur secundum formam, quæ continetur in specie, non autem vltrà ac præter eam; ac proinde, cùm specialis prohibitio sit, ne fiat alienatio ante vigesimum quintum annum, illa præualebit generali prohibitioni, quæ oritur ex fideicommisso: ita scilicet, vt etiam generali illa prohibitione cessante, puta ex morte substituti ante grauatum, vel ex conditionis defectu, non tamen specialis & expressa cesset prohibitio. Cæterùm post vigesimum quintum annum non loquitur testatoris prohibitio; ideo locus est generali prohibitioni tacitæ, quæ tunc intrat, nec reperit

A obstaculum aliquod; silet enim prohibitio specialis. Et si dicatur permissam tunc esse alienationem à contrario sensu, respondetur, id colligi ex generali ac tacita quadam interpretatione, quæ locum haberet, nisi obicem inueniret ex fideicommisso, quo tacitè alienationis prohibitio continetur.

Ad quartum respondeo, non hoc ex sententia, quam approbamus, induci, vt sequens prohibitio ante vigesimum annum determinet generalem illam ac separatam prohibitionem, quæ oritur ex fideicommisso. Vna enim aliam non impedit prohibitionem. Itaque ante annum vigesimum quintum specialis prohibitio sibi locum vindicabit à testatore expressa. Post annum 25. locus erit tacitæ, quam lex introduxit, prohibitioni.

Ad quintum respondeo, argumentum à contrario sensu hoc efficere, vt post vigesimum quintum annum cesset prohibitio testatoris, ac proinde alienatio permissa esse censeatur; eo tamen modo, quo non derogetur teB statoris dispositioni circa sustitutionem; neque enim tacita illa interpretatio, quæ colligitur à contrario sensu, tollere potest expressam voluntatem testantis.

Nec verbum illud (*nisi*) quidquam plus operatur, quàm argumentum à contrario sensu: Videtur enim testator non prohibere, & consequenter permittere alienationem post 25. annum; si tamen hoc fiat saluo iure fideicommissi, & non illud destruatur.

Ad vltimum argumentum dico, in dubio quidem illam accipiendam esse interpretationem; sed tamen hic sumi non posse, quia voluntas testatoris est clara: & illa interpretatio præualere debet, quæ repugnantiam tollit, & illibatam seruat testatoris ordinationem.

CAPVT LXXVI.

Vtrum si ex Galli Aquilij consilio nepos hoc modo institutus: si filius meus me viuo morietur, tunc qui ex
C *eo natus erit, hæres esto, censeatur filius ipse hæres institutus?*



Ommunem amplector sententiam, cuius mihi fidem facit Franciscus Mantica de cõiecturis vltimarum voluntatum lib. 3. tit. 1. num. 17. filium institutum non videri, cùm testator Galli Aquilij formulam secutus, ita loquitur: *Si filius meus me viuo morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, siue qua neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus nataue erit, hæredes sunto.* Et idcirco testamentum nullum esse iure ciuili: cui sententiæ nouissimè accedit & Duarenus in Commentarijs ad Tit. qui testament. facere possunt: super explicatione §. in omnibus, l. Gallus, ff. de lib. & postum. Vtor autem argumento, quod rem sanè clarissimam ac manifestam reddit ex textu d. l. Gallus, §. in omnibus, vbi Scæuola: *In omnibus* (inquit) *iis*
D *speciebus illud seruandum est, vt filius dumtaxat, qui sit in potestate, ex aliqua parte sit hæres institutus. Nam frustra exhæredabitur post mortem suam.*

Ex hoc loco sic argumentor. Si Galli Aquilij formula tacitam contineret filij institutionem, vel, vt alij arbitrantur, filius tacitè vocatus ad legitimam successionẽ intelligeretur, frustrà nos Scæuola admoneret, in omnibus speciebus illud seruandum esse, vt filius institueretur hæres ex aliqua parte. Quia verò non ignorabat testamentum nullius esse momenti, in quo filius præteritus est, l. 1. ff. de iniusto rupto & irrito testamen. idcirco monet filium instituendum; neque enim exhæredatio sufficeret, *Nam frustrà* (inquit) *exhæredabitur post mortem suam.* Cuius sententiæ illa est ratio, quia exhæredatio vim non habet, nisi adita hæreditate ab hærede, l. filium, §. sed cum exhæredatio, ff. de bonorum possess. contra tab. Hæreditas autem adiri non potest à nepote hærede, nisi post mortem filij, ex ipsa verborum formula. Ergò frustrà exhæredatio post mortem eius fieret. Declaro:

claro: Testator dicit. Filium meum exhæredo, & si is viuo me morietur, nepotem instituo. Hæc nepotis institutio locum non habet, nisi post mortem filij, vt patet: Ergò tunc adire nepos hæreditatem potest: Et tunc vires habere incipit exhæredatio. Sed frustrà, quia filius iam decessit. Huc accedat text. in l. si quis eum, §. vlt. ff. de vulg. vbi Pomponius: *Si secundum testamentum ita fecerit pater, vt sibi haredem instituat, si viue se filius decedat, potest dici non rumpi superius testamentum; quia secundum non valet, in quo filius præteritus sit.*

Iure autem Prætorio testamentum sustinetur, quo filius præteritus viuo testatore decessit, si legitimi hæredes, qui ab intestato vocantur, instituti fuerint, vt in l. postumus, versic. idem & circa, ff. de iniusto rupto testamen. Quamobrem & in specie ista sustinebitur, sed Iure Ciuili aliter respondendum omninò mihi videtur, vt iam dixi.

Quæ autem ab Alciato, & alijs pro contraria sententia adferuntur, nisi planè confutauero, tota causa, vt cadam, æquo animo feram.

Primum, adfertur text. in l. cum in testamento, 37. ff. de hæred. instit. Iulianus: *Cum in testamento ita scribitur: Si filius meus me viuo morietur, tunc nepos ex eo post mortẽ meam natus, hæres esto. duo gradus hæredũ sunt,* &c.

Si duo sunt gradus hæredum, ergò in primo gradu filius institutus esse videtur, & nepos in secundo.

Respondeo, hunc Iuliani locum declarandum esse ex loco Scæuolæ, vt videlicet tunc duo hæredum gradus esse intelligantur, cùm filius à testatore hæres institutus fuerit. Non enim Iuliano propositum ibi est declarare, vtrum in formula illa filij institutio comprehendatur, sed supponit eam comprehendi: deinde docet, nullo casu vtrumque scilicet filium & nepotem ad hæreditatem admitti: *Ex quo* (inquit) *apparet, si nepoti Titius substitutus fuerit, & filius patri hæres extiterit, non posse Titium vnà cum filio hæredem esse; quia non in primum, sed in secundum gradum substituitur.*

Secundum argumentum est ex l. si quis ita hæres instituatur, ff. de hæred. instit. Scæuola: *Si quis ita hæres instituatur, si legitimus hæres vindicare nolit hæreditatem meam, puto deficere conditionem testamenti illo vindicante.* Quibus verbis Iurisconsultus præsupponit testamentum valere.

Respondeo, nos loqui de filio in potestate constituto, qui nominatim instituendus est, nec præteriri potest, & dicitur esse suus hæres, vt in Instit. de hæredum qualit. & different. alia ratio est hæredis legitimi, qui differt à suo: & ideo ponitur ad differentiem sui hæredis, in tit. de suis & legitimis hæredibus. Quamuis & suus potest dici legitimus.

Tertium argumentum est, quia tunc videtur esse nullius momenti testamentum, in quo filius est præteritus, quando pater facit illi iniuriam prçteritione: Sed hic nulla fit iniuria filio præterito, quia eo in casu est præteritus, quo viuente testatore mortuus est.

Respondeo, iniuriam fieri; quia non instituitur hæres, vt institui debet in testamento: Et licet nepotis institutio ita locum habeat, si filius moriatur viuo testatore, non tamen tollitur præcedens iniuria ex præteritione. Debuit enim pater illum instituere, & tunc nepotem sub ea conditione substituere.

Quartum argumentum est ex l. Etiam si ius annulorum, §. Libertus si patronum, ff. de bonis libertor. Vlpianus: *Si libertus patronum suum ita hæredem scripserit; si filius meus me viuo morietur, patronus hæres esto, non malè videtur testatus.*

Respondeo, non malè videri testatum, quia subdit textus: *Nam si decesserit filius, poterit hic existente conditione accipere bonorum possessionem.* Suprà autem exposuimus iure Prætorio testamentum reuiuiscere, & ex eo bonorum possessionem peti posse, si filius præteritus viuo testatore moriatur. At nostra quæstio est, quid Iure

A Ciuili dicendum sit; non autem quid Iure Prætorio.

Quintum argumentum est ex l. conficiuntur, ff. de iure Codicillor. vbi qui succedit ab intestato, dicitur succedere ex tacita voluntate defuncti. Respondeo, nihil obstare: quia argumentum procedit, & loquitur, vbi nullũ est conditum testamentum.

Postremum argumentum est Alciati lib. 3. Parodoxor. cap. 6. quia videlicet, si dixerimus filium hoc in casu tacitè censeri vocatum ab intestato, cessabit argumentum, quod contra formulam Galli Aquilij adducebatur, illud nimirum, quod fisco olim acquireretur hæreditas & caduca fieret institutio, hærede instituto ante testatorem moriente: & consequenter ad nepotem hæreditas pertinere non possit.

Respondeo, legem Papiam non habuisse locum in filijs vsque ad tertium gradum. Vnde etsi filius hæres institutus decessisset viuo adhuc patre, non ideo eius hæreditas caduca efficiebatur, vt habetur in Institutio. Vlpiani,

B ni, tit. de Caducis tollend. & sequent. *Hodie* (inquit Vlpianus) *ex Constitutione Imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur, sed seruato iure antiquo liberis & parentibus.* Apud Cuiacium in fragmentis Vlpiani, tit. 17. & idem habes ibi tit. sequen.

CAPVT LXXVII.

Vtrum institutio filiorum à testatore facta extendatur ad filios, quos se habere ignorabat; quia mortuos esse putabat.



Etsi multi, ijque grauissimi autores crediderint, filiorum institutionem à testatore factam non esse extendendam ad eos filios, quos se habere testator ignorabat; vt videre licet ex Mantica de Coniectur. vltimar. voluntat. lib. 3. tit. 2. & Menoch. de Præsumption. lib. 4.

C præsumpt. 16. nu. 19. & nu. 23. Eorum tamen sententiã, (ij nec pauci, nec obscuri nominis sunt) qui contrarium docuerunt, magis amplector. Hanc enim interpretationem ac sententiam suadet mihi rei æquitas, ac verisimilitudo. Quis enim non intelligit parentem omnes filios suos hæredes facere voluisse, nec eum, quem viuere ignorabat, omissurum, si extare putasset, nisi iustam aliquam præteritionis eius causam proponas? Aut quis æquum esse dixerit, impedimentum illud, & casum ignorantiæ testatoris nocere debere, ac non potius per coniecturam paternæ pietatis emendandum? Ita Seuerus & Antoninus de matre rescripserunt, quæ duobus filijs hæredibus institutis, tertio post testamentum suscepto in puerperio decesserat, nec testamentum mutare potuerat, *repentini casus iniquitatem per coniecturam maternæ pietatis emendandam esse*, & sic tertium quoque filium cum alijs institutum videri, vt in l. 3. C. de inoffic. testam.

Scribit Alciatus lib. 3. de verb. signif. ita constitutũ fuis-

D se, propter iustam impedimenti causam; & quia nullum inde filijs damnum oritur, atque etiam odio querelæ. Quod si ita est (existimo enim maternæ pietatis coniecturam omnibus alijs circumstantijs præferendam) negari non potest, quin etiam in hac specie, qua de agitur, iusta sit impedimenti causa propter iustam, ac probabilem ignorantiam testatoris, an filius viueret. Nullum quoque alijs filijs præiudicium inde oritur; quia & huic filio portio hæreditatis debetur: & denique querelę odij ratio locum etiam habet in hac specie.

Adfertur pro contraria sententia in primis textus in l. si quis ita, §. si quis cum ignoraret, ff. de testam. tutel. Vlpianus: *Si quis cùm ignoraret se Titium filium habere, filiis tutorem dederit, vtrũ iis solis dedisse videbitur, quos in potestate scit, an ei quoque quem ignorauit se habere. Et magis est, vt huic dedisse non videatur, licet nomen filiorũ admittat & ipsum: sed quia de ipso non sensit, dicendũ est cessare in persona eius dationem.*

Respondeo,

Respondeo, hæc esse dissimilia. Neque verò coniectura pietatis paternę in specie Vlpiani eam vim habere potest, quam habet in causa hæreditatis, & successionis; cum ratio naturalis votumque paternum filijs hæreditatem adijciat, l. scripto, ff. vnde lib. l. cum ratio, ff. de bonis damnator. onus autem tutelæ filiorum à lege desera tur, nec semper à parentibus testamento inferatur.

Secundò adfertur generale quoddam pronunciatum: Actus agentium non operantur vltra eorum intentionem, l. non omnis, ff. si cert. petatur. Sed hic testator non scosit de filio quem viuere ignorabat, Ergo, &c. Respondeo, de eo quidem testatorem non sensisse, sed institutionem extendi ad casum omissum, nempè ad filium illum ex coniectura pietatis paternæ.

Tertiò adfertur aliud pronunciatum: Testatoris voluntas interpretanda est secundum eius intentionem, ac opinionem, non autem secundum rei veritatem, l. quo loco, §. 1. ff. de hæred. instit. Ergò hic est habenda ratio opinionis testatoris circa mortem filij, non autem veritatis. Respondeo, omnem Definitionem in iure periculosam esse; ratum est enim, vt non ex circumstantiis subuerti possit, l. omnis Definitio, ff. de reg. iur. præsertim verò in his Brocardicis Pronunciatis; Quare assero pietatis paternæ coniecturam præualere Brocardico Axiomati.

Quartò adfertur solidius argumentum; quia videlicet hæredis institutio non inducitur ex coniecturis. Nā hæredes palam instituendi sunt, l. hæredes palam, ff. de testam. l. iubemus, C. eod. tit.

Respondeo, hic non induci institutionem ex coniecturis, sed institutionem, quæ facta est, extendi ad alium filium ex coniectura pietatis paternæ, quod nouum non est, vt in d. l. 3. C. de inoff. testam.

CAPVT LXXVIII.

Si testator coniunctim instituat hæredes, filium & nepotem, vtrum intelligantur ordine successorio instituti, hoc est, vt post mortem filij censeatur nepos institutus, an verò simul.

TRactant hanc quæstionem inter Doctores controuersam omnes, qui Commentaria scripserunt in l. Gallus, §. quidam rectè, ff. de lib. & posthum. & post eos Couuar. ad capit. Rainucius, §. 2. de testam. Mascard. de Coniectur. vlt. volunt. lib. 4. titu. 8. Menochius de præsum. lib. 4. præsum. 70. & communior sententia est videtur, ordine successorio institutos videri, & sic filium in primo gradu, & nepotem in secundo. Fundamentum est in eo positum, quia vt hæc interpretatio locum habeat, postulare videntur hæc tria, Ordo Legis; Ordo charitatis, & Ordo necessitatis. Ordo quidem Legis; quia lex vocat primò filium, deinde nepotem ad successionem; Ordo charitatis; quia Pater plus diligit filium, quàm nepotem, ideoque censetur prius hæreditatem filio deferre, tum nepoti. Ordo necessitatis denique, quia lex mandat filium hæredem institui prius, quàm nepotem, & vt testamentum valeat, illud est consilium Galli Aquilij, vt pater filium instituat, & si eo viuente moriatur, instituat nepotem, iuxta d. l. Gallus, ff. de lib. & posthum. quo casu certum est, filium, in primo gradu, nepotem in secundo institutum censeri, l. cum in testamento, ff. de hæred. instit. Atque hic inculcari solent generalia quædam Pronunciata, nempe, Aliquando dictionem coniunctiuam in disiunctiuam resolui; Item, testatorem in dubio se conformare huic legum dispositioni. Item, qui actum aliquem facit, si aliqua extat necessaria causa, ea adductus magis præsumitur, quàm causa merè voluntaria, & id genus alia, quæ nec solida sunt, nec perpetuò sibi locum vindicant; & vt ingenue fatear, nullis etiam legibus probantur, nisi aliqua voluntatis coniectura subsit, quæ vel ex verbis colligatur, vel ex ipsis facti, & personarum, ac totius rei gestæ circumstantiis eluceat; quæ- lis in proposita specie nulla est prorsus.

Mihi sanè diligenter tum in iuris regulas; tum in omnem argumentorum & coniecturarum vim intuenti, probabilior contraria sententia uidetur, quam non pauci, nec obscuræ autoritatis secuti sunt Iurisconsulti.

Illud autem argumentum me potissimum mouet; quoniam vbi verba testatoris sunt clara, & in eis nulla est ambiguitas, non est habenda voluntatis quæstio, l. ille aut ille, §. cum in verbis, ff. de leg. 3. Nec aliter à verborum significatione recedendum, quàm si appareat contraria testantis voluntas, l. non aliter, ff. eod. tit.

Sed hic verba sunt clarissima, & nulla in eis est ambiguitas, quin significent testatorem velle, vt tam filius, quàm nepos in eodem gradu succedant; ergò non est habenda voluntatis quæstio.

Assumptio hæc probatur; quoniam testator eos instituit hæredes in eodem gradu coniunctim, vt proponitur, quo casu quilibet institutus esse intelligitur in portione sua, l. vltima, C. de Impub. & aliis substitut. & nemo inficiari potest, quin ea sit verborum natura, & significatio.

Dices, ergò semper verbis inhærendum, nunquam sectanda testatoris voluntas? Respondeo, imò sequēdam, eamque primum locum sibi vindicare, ac planè dominari; sed vnde illam hic habes? Ex ordine legis: At hic Ordo nihil mouet, quia res est clara; In obscuro quidem testatoris verba interpretamur secundum legis dispositionem: sed hic res est clara ex verbis, quid facere testator debuerit, lex nobis indicat, quid autem ordinauerit, ac seruari mandauerit, verba testamenti demonstrant, quibus est parendum.

Ordo, inquis, charitatis. Sed non seruauit hunc ordinem testator, qui potuisset eum, si voluisset, obseruare, filium prius instituendo, deinde nepotem, quod non fecit.

Ordo necessitatis. Vbi est Ordo hic necessitatis? Potuisset quidem testator consilio vti Galli Aquilij, & eius formula in instituendo filio, & nepote, sed quid eum, vt eo vteretur, compellere poterat? An quia prodidit illam formulam Aquilius, idcirco testatores eam sequi tenentur (consilium nemo, & cautelam, sic vocant, sequi tenetur, si nolit) aut si non eam formulam adhibuerit, adhibuisse nihilominus videbitur? Nouam rem audio, Gallus formulam inuenit, quam si testatores adhibeant, testamentum non rumpitur, Doctores volunt ea etiam non adhibita non rumpi. Cur ita? Quia videtur adhibita, licet non sit adhibita. Frustrà ergo adhibebitur; quia tacitè inest. At hæc nimis sunt aliena, & iuri dissona.

Quid ad generalia pronunciata? nihil ferè; quia nec responsum merentur. Non probantur enim legibus, nō sunt perpetua, non habent locum in claris; quia in eis coniecturis locus non est.

Quid, obsecro te, commune cum hac quæstione habet textus qui adfertur ad Pronunciatum stabiliendum in l. in iis, §. sed & si fortè, ff. de solution. Audi eius verba: *Sed si fortè vsura non sunt debita, & quis simpliciter soluerit, quas omninò non erat stipulatus, Imperator Antoninus cum D. no patre suo rescripsit, vt in partem cedant, quod generaliter constitutum est prius in vsuras nummum solutum accepto ferendum, ad eas vsuras videtur pertinere, quas debitor exoluere cogitur, &c.*

CA-

CAPVT LXXIX.

Vtrum reciproca substitutio pupillaris facta esse censeatur inter filios impuberes, quando eorum vltimo mo rienti datus est substitutus in tota hæreditate, matre existente in medio.



TEstator ita dixit; Titium, Caium & Seium filios meos hæredes instituo, & vltimo eorum in pupillari ætate decedenti Sempronium substituo in tota hæreditate. Quæritur, si mater superfit; quia secundum Constitutionem Iustiniani succedit filio vnà cum fratribus defuncti, vt in Authen. defuncto, C. ad Tertyl. vtrum inter filios impuberes facta videatur reciproca substitutio pupillaris; ita, vt in consequentiam matre exclusa, solus substitutus totam obtineat hæreditatem. Controuersia est hac de re inter veteres, ac recentiores Interpretes. B Nam veteres existimarunt reciprocam substitutionem non videri factam inter filios impuberes: Recentiores autem videri, vt testatur Alciatus in Commentarijs ad l. vel singulis, ff. de vulg. & pupil. & nouissimè Iacobus Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 61. nu. 3. & 4.

Fundamentum veterum illud est; quoniam directa substitutio non debet ex coniecturis induci, argumento l. iubemus, C. de Testam. licet fideicommissaria hoc in casu inducatur, vt in l. Titia Seio, §. Seia libertis, ff. de leg. 2. Ex coniecturis autem induceretur in hac specie, quia testator in tota hæreditate substituit vltimo morienti, & consequenter filios inuicem substituit, vt sic tota hæreditas ad eum, qui vltimus moreretur, perueniret: Neque enim aliter peruenire potest, quàm si substitutus esse intelligatur.

Fundamentum uerò recentiorum interpretum in eo ponitur, quod si testator vult in tota hæreditate succedere eum, quem vltimo morienti substituit, necessariò etiā C velle intelligitur, vt inter filios facta esse intelligatur reciproca substitutio; quia per eam vnus alteri præmorienti succedet, & sic ad nouissimum tota perueniet hæreditas, cui demum substitutus succedet.

Ad argumentum antiquorum respondent negando directam substitutionem ex coniecturis non induci; immò verò inducitur, vt patet ex l. iam hoc iure, ff. de vulgari.

Ego sanè non dubito, quin ex coniectura voluntatis directa pupillaris substitutio inducatur, quoniam video eam tacitè in vulgari expressa cōtineri, vt in d. l. iam hoc iure, ibi: *Vt cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in vtrumque casum substituisse intelligatur*, &c. Ex quibus verbis patet, ex tacito quodam intellectu pupillarem induci. Nec me mouet textus in l. iubemus, C. de Testam. quoniam de hæredis institutione loquitur, non de substitutione. Sed ut uerum fatear, quo minus recentiorum sententiæ subscribam, facit matris in me- D dio existentis fauor; Si enim tacita pupillaris, quæ alioqui in expressa vulgari locum habet, matris fauore non habet locum, ne illa excludatur à successione filii hæreditate, vt explicaui suprà hoc eodem libro cap. 40. Cur hoc in casu locum habere valeat, non satis video. Nec enim mihi placere potest, quod Alciatus dicebat in d. l. vel singulis, matrem hoc in casu videri grauatam, vt cum nouissimus moritur, restituat. Qui enim grauata illa videri possit, quæ à testatore uocata non est? Labeo, C. de fideicommiss.

Quod si veterum recipiatur interpretatio, in quam ipse sum procliuior, sic statuendum erit; testatorem nouissimè decedenti substituentem inter ipsos liberos ius legitimarum hæreditatum conseruare voluisse, vt Iurisconsultus respondit in d. l. vel singulis, ff. de vulg. ac perinde voluisse, ut si tota hæreditas ad filium qui nouissimè decederet, perueniret, illa pertineret & ad substitutum. Tota vero hæreditas ad vltimò decedentem tunc A pertineret, cum mater prius (quod sanè pater futurum probabiliter credidit) moreretur. Ex quo perspicuum fit, non esse firmum recentiorum interpretum fundamētum, quoniam aliter quàm per reciprocam substitutionē inter filios tacitè intellectam hæreditas tota ad eum, qui vltimus moritur, peruenire potest.

CAPVT LXXX.

De eadem reciproca substitutione non directa, sed fideicommissaria, an inter plures hæredes præsumatur, quoties eorum vltimo morienti substitutus datus est in hæreditate.



CVm in tota hæreditate sit substitutio fideicōmissaria ei ex heredibus, qui nouissimus morietur, inter omnes conuenit reciprocam inter ipsos hæredes substitutionem factā censeri, vt sic ad illum, qui postremus moritur, tota perueniat hæreditas, eaque substituto restituatur. Cæterum, si non fuerit facta substitutio *in tota hæreditate*, sed simpliciter ac indefinitè *in hæreditate*, vtrum idem statuendum sit, non est eadem omnium sententia, sunt enim qui affirmant, sunt qui negant, nec desunt, qui sibi ipsis parum constantes modò affirmauerint, modò negauerint. In eorum numero Alciatus mihi videtur esse, is enim in Commentarijs l. vel singulis, ff. de vulg. & pupilla. negat idem statuendum esse, sed contrarium respōdit in cons. 567. nu. 9. nec non etiam Socinus iunior, quoniam in cons. 176. nu. 2. lib. 2. & alibi, affirmat, sed in Cōmentarijs ad l. hæredes mei, §. cum ita, nu. 17. ff. ad Trebell. negat.

Videre etiam licet aliquos dubitantes aliquid in hoc articulo affirmare, veluti Ripa facit in Commentarijs d. §. cum ita, nu. 18. & alios affirmantis sententiæ autores citari, qui tamen potius neganti adstipulantur, vt Alex. in cons. 91. lib. 1. Denique alios animaduerti hac de re nihil dicere, qui tamen citantur, vt Olascus decis. 110. nu. 10. & Glos. in l. Lucius, de leg. 1.

Scriptis itaque Doctorum ex fontibus ipsis, non ex relatu aliorum inspectis, autores inuenio affirmantis sententiæ Curtium iuniorem, ad l. penult. C. de impub. & alijs substitut. & in consil. 43. num. 2. 3. Viglium in §. uel singulis, in Institut. de pupill. substitut. Didacum Couuar. ad cap. Rainucius, §. 8. num. 3. de Testam. D. meum Cephal. in consil. 166. num. 26. lib. 2. D. meum Decian. in consil. 3. num. 70. lib. 1. Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 62. num. 2.

Contrariæ autem sententiæ Ruin. in consil. 126. nu. 7. & 114. nu. 2. lib. 3. Socin. iun. in d. l. hæredes mei, §. cum ita, nu. 17. ff. ad Trebell. & Socin. senior, in consil 69. circa finem, lib. 3. Manticam de coniect. ult. uolunt. lib. 7. tit. 5. num. 10. uersic. Sed tamen contrariam, ubi tamen num. 12. uersic. Fatendum, una cum Socino iuniore ab hac sententia discedendum putat, cum ex uerbis coniici potest, testatorem sensisse de tota hæreditate, ueluti si dixerit, ultimus qui decesserit sine liberis, restituat hæredi tatem meam Titio, nam pars ultimi decedentis non recte dicitur hæreditas testatoris, sed pars hæreditatis testatoris.

Fundamentum prioris sententiæ positum est primò in generali quadam regula; Indefinita æquipollet uniuersali, l. si pluribus, de legat. 2. l. si plures, de leg. 3. cum itaque ultimo morienti substitutio sit facta in hæreditate, est perinde, ac si facta esset in tota hæreditate, quo casu omnes conueniunt, reciprocam substitutionem intelligendam esse inter hæredes institutos.

Secundo in l. Titia Seio, §. Seia libertis, de leg. 2. Paulus: *Seia libertis suis fundum legauit, fideique eorum ita commisit. Fidei autem vestræ, Vere & Sapide, committo, ne eum fundum vendatis, eumque qui ex vobis vltimus decesserit, cum morietur, restituat Symphoro liberto, & successori meo, & Berillo & Sapido, quos infrà manumisi, quive ex*

ita

iis tunc superuiuent. Quaero cum nec in prima parte testamenti, qua fundum praelegauit, eos substituerit, in secunda autem adiecerit verbum, qui vltimus decesserit, an pars vnius defuncti ad alterum pertineret. Paulus respondit testatricem videri in eo fideicommisse, de quo quaeritur, duos gradus substitutionis fecisse; vnum, vt is, qui ex duob. prior moreretur, alteri restitueret: Alterum, vt nouissimus iis restitueret, quos nominatim postea enumerauit.

Hic Iurisconsultus docet reciprocam substitutionem intelligendam esse inter vocatos, ex eo, quòd vltimo morienti dati sunt substituti in fundo simpliciter, ac indefinitè; Ergo idem & in proposita quaestione nostra respondendum videtur.

Tertiò, quoniam vt dicebat Couu. quorsum substitutio fieret vltimo morienti in fundo, & haereditate, si in eius tantum parte testator voluisset substitutum admitti? Vnde vero similius est, etiam in aliorum haeredum, aut legatariorum partibus factam videri reciprocā substitutionem, & eam fideicommissariam, vt tota haereditas ad nouissimum pertineret, & ab eo ad substitutum.

Fundamentum posterioris sententiae illud est; quia cum testator substituerit vltimo morienti in haereditate, haec verba commodissimè accipi possunt de parte haereditatis ipsius vltimi morientis, arg. l. si Titius ex parte, de leg. 3. Caius: *Si Titius ex parte haeres rogatus sit Maeuio haereditatem restituere*, &c. Haec verba sine dubio ibi accipiuntur pro parte haereditatis ipsius Titij, non autem pro tota haereditate.

Quod verò dicebatur, indefinitam orationem aequipollere vniuersali, praeterquam quod non semper verum est (Brocardicum quippe est) ideo non obstare respondent; quia intelligi potest illa oratio vniuersaliter, quantum ad partem totam vltimi defuncti, cui datus est substitutus.

Quod attinet ad l. Titia Seio, §. Seia libertis, de leg. 2. respondent ibi de fundo agi, quem testator alienari prohibuit, ac deinde restitui ab vltimo moriente mandauit. Quamobrem necesse est intelligere totum fundum restituendum esse, sicut de toto fundo prohibitio alienationis intelligitur. Quare non rectè ex re particulari inferri potest ad haereditatem.

Ego aliter in proposita specie respondendū puto: Sic enim statuo non videri reciprocam substitutionem factam inter haeredes institutos, sed hanc fuisse mentem testatoris, vt si haereditas tota perueniret ad eum, qui vltimus moreretur, eam substituto restitueret. Peruenire autem poterat ex legitima successione, & hoc est, quod dicit Iurisconsultus, in l. vel singulis, ff. de vulg. cum vltimo morienti substituitur, testatorem voluisse ius legitimarum successionum inter filios integrum conseruari. Si verò tota haereditas ad eum, qui nouissimus moreretur non perueniret, tunc suam portionem haereditatis restitueret, quia nihil proponitur, cur haereditatis appellatio ad vnum ex haeredibus relata, non de portione eius tantum intelligenda sit.

Et pro huius sententiae confirmatione vnum perpendo, quod mihi omnem difficultatem uidetur auferre, nimirum, quod habetur in d. l. si Titius ex parte, de leg. 3. *Diuus Antoninus consultus rescripsit, non debere restituere, quia appellatione haereditatis neque legata, neque fideicommissa continentur.*

In ea specie alter ex haeredibus rogatus erat suā partem cohaeredi Titio restituere: Titius auté Maeuio rogatus erat haereditatem restituere. Quaesitum est, an Titius Maeuio restituere deberet non solum partem suam haereditatis, verùm etiam partem cohaeredis, quam ex fideicommisso consecutus erat, & respondetur, non debere restituere; quia Titius rogatus erat haereditatem Maeuio restituere; vt in principio legis. Appellatione autem haereditatis fideicommissa non continentur.

Ex hoc loco sic argumentor ad rem nostram. Testator vltimo morienti mandauit, vt haereditatem restitueret substituto. Ergò non intelligitur mandasse, vt partē

A haereditatis cohaeredis sui (etiam si reciproca esset inter eos fideicommissaria substitutio facta) restitueret; quia haereditatis appellatione fideicommissum non continetur: Si sic est, ergò frustrà fingimus atque imaginamur inter haeredes à testatore factam esse reciprocam substitutionem ad hunc effectum, vt ex fideicōmisso tota haereditas perueniat ad nouissimum, & ab eo ad substitutum. Frustrà, inquam, id conamur asserere, quoniam etsi facta esset reciproca substitutio, appellatione tamen haereditatis restituendae fideicommissum nō contineretur, quod ad vltimò morientem ex reciproca illa substitutione perueniret.

Dices, si haec vera sunt, etiam ab omnibus receptam sententiam falsam esse, qua dicitur reciprocam intelligi factam, cum vltimò morienti facta est substitutio in tota haereditate; quia semper illa ratio viget. Appellatione haereditatis fideicommissa non contineri. Respondeo, aliud esse in oratione vniuersali constitutum; tunc enim

B appellatione haereditatis etiam fideicommissa continentur, l. cum virum, C. de fideicommiss. ibi: *Etiam legata huiusmodi fideicommisso contineri, id est, vbi haeres rogatus fuerit, quicquid ex haereditate ad eum peruenerit post mortem restituere.*

CAPVT LXXIX.

Alia Controuersia de reciproca substitutione, an praesumatur facta, cum pluribus haeredibus institutis, post mortem omnium, testator aliquem substituit.



SEd rursus controuertitur; testator pluribus institutis haeredibus, post mortem omniū, aliquem substituit, vtrum videatur ipsos haeredes inuicem subituere? Communior est sententia, non videri, vt patet ex notatis per Gabrielium, lib. 4. Comm. Concl. tit. de Substitutionib. Concl. 1. nu. 1. Manticam de Coniectur. vltimar.

C volunt. lib. 7. titu. 5. num. 6. Menochium de praesumpt. lib. 4. praesumpt. 62. num. 30. Couuar. ad cap. Rainucius, §. 8. num. 4. de Testam.

Sed contrarium docuit Castrens. in l. Titia Seio, §. Seia libertis, de leg. 2. & in cons. 404. Duo videnda, lib. 1. & 271. Quamquam multa, lib. 2. Curtius iun. in cons. 11. nu. 5. vers. Secundo principaliter, & alii, à Gabriel. Menoch. & Mantica citati locis annotatis.

Fundamentum communis sententiae positum est in aliquibus legibus, quae iudicio meo id non dicunt, ad quę allegantur, in l. pater filium, §. ult. ff. ad l. Falcid. in l. quę duos, ff. de vulg. in l. Lucius, §. Caio, ff. ad Trebell. legantur, nihil probant.

Sed uerissima tamen mihi uidetur ipsa cōior sententia, ea ratione, qua vsus est Alba, in cons. 31. fideicōmissum censeri onus, l. si arrogator, ff. de adopt. l. cohaeredi, §. cum filiae, ff. de vulg. ac proinde non esse praesumendū,

D nisi verba id contineant, vel necessaria, aut valde vrgens coniectura id suadeat, l. Titia, §. Caius, l. Lucius Titius, §. pen. de leg. 2. Cum ergò nec verba testatoris in proposita specie reciprocam contineant fideicommissariā substitutionem, nec coniectura talis subsit, meritò dicendū est, reciprocam substitutionem praesumendam non esse.

Coniecturam talem non subesse patet ex eo, quod cum substitutio sit post mortem omniū, existimare possumus factam hoc modo, vt singuli haeredes videantur portionem suam grauati post mortem restituere, substituto, & pluralitas resoluatur in singularitates, iuxta l. falsa, §. vlt. ff. de cond. & demonst. l. 2. ff. de cond. instit. ad finem.

Nec difficilè est ad argumenta respondere, quib. contraria sententia nititur. Primum argum. est ex l. Codicillis, de vsufr. legat. vbi post mortem plurium domus fuit relicta Reipub. & tamen fideicommissum ei non debetur, donec aliquis supersit, ibi: *Respondi quoad aliquis, eorum viuat fideicommissum Reipublicae non deberi*, quod argum. est, inter ipsos reciprocum esse fideicommissum.

Respon-

Respondeo, in ea specie ita constitutum fuisse, quia testator ita ordinauit, *vt qui ab his decesserit* (sunt verba textus in d. l. codicillis) *portio eius reliquis accrescat, ita vt ad nouissimum pertineat*, &c.

Et licet illa verba testatoris ad fundum referantur, tamen rectè etiam domui adaptantur, de qua statim testator mentionem fecit, dicens: *Hoc amplius libertis libertabusq́; meis habitationes in domo, quamdiu viuant*: &c. *Quam domum post mortem eorum ad Rempublicam pertinere volo.* Ex quo apparet, similiter hoc testatorem voluisse, vt si vnus decederet, portio eius in domo alijs accresceret.

Secundum argumentum est, cum fit substitutio post mortem plurium, est perinde, ac si vltimo morienti fieret, vt probatur in l. qui duos, ff. de vulg. Sed cum fit vltimo morienti, intelligitur reciproca substitutio, l. Titia Seio, §. Seia libertis, de leg. 2. Ergo etiam intelligitur reciproca substitutio, cum fit post mortem plurium.

Respondeo, negari posse maiorem propositionē; quoniam illa lex id non dicit, & non de fideicommissaria substitutione, sed de directa loquitur; Hoc tantum vult ibi Iurisconsultus substitutum pupillariter ea conditione: *Si ambo filii impuberes mortui essent*, si pueri diuersis temporibus vita decedant, non obtinere amplius, quam sex vncias; quia videlicet vltimo defunctus ab intestato successit priori, qui defunctus erat; nec substitutus admitti poterat, nisi post mortem omnium, quia testatoe intee eos voluit seruare ius legitimatum successionum.

Sed nec minor illa propositio satis probatur ex dicto §. Seia libertis. Neque enim loquitur in hęreditate, sed in re particulari, nempe, in fundo, quem alienari testator prohibuerat, & post nouissimi mortem voluerat substitutis restitui. Non poterat autem à nouissimo restitui totus, nisi is partem præmorientis accepisset. Alia ratio est in hæreditate, in qua rectè sumi potest interpretatio, vt singulis hæredibus testator, quoad eorum portiones, substituere intelligatur, eosque rogare, vt substituto restituant, post mortem, quod exequi omnes possunt, licet aliorum præmortuorum portiones minimè consequantur.

Tertium argumentum est, quia cum fideicommissa inducantur ex coniecturis, l. cum proponebatur, de leg. 2. hęc videatur esse legitima coniectura, vt quandoquidem non voluit testator, vt hæreditatem substitutus haberet prius, quam omnes morerentur hæredes, idcirco voluisse credatur, reciprocam inter ipsos hæredes substitutionem inducere: vt sic hæreditas ab vno hærede ad alium perueniat, & demum eis defunctis ad substitutum.

Respōdeo, sumi quidem posse eam interpretationem, eamque coniecturam non omnino alienam esse: sed tamen, quia rectè etiam alia sumi potest interpretatio, verbis ipsis, & naturæ rei consona, hanc potius certam, & perspicuam sequendam esse, quam obscuram & incertam. Est autem illa interpretatio verbis & ordinationi defuncti patrisfamilias consentanea, ut uoluerit in proposita specie substitutum succedere post mortem omnium, quemadmodum expressit, citrà onus reciprocæ substitutionis inter grauatos, quia id non expressit. Quamobrem altero decedente ad eius portionem vocabitur substitutus, etiam non expectata aliorum morte, argum. l. Lucius, §. Caio, ff. ad Trebellian. Qua in re notandus est lapsus Iacobi Mandelli in consil. 31. numero septimo, existimantis hoc in casu substitutum non succedere, nisi post mortem omnium; atque interea portiones decedentium in pendenti esse, & ad succedentes ab intestato transire, ut demum omnibus defunctis substituto restituantur. Non est ita. Nam cum reciproca substitutio non intelligatur esse facta inter grauatos uno mortuo, statim in eius portione substitutus succedet; ut in d. l. Lucius, §. Caio, & declarat optimè Couua. dicto c. Rainucius, §. 8. nu. 4. de Testamen.

A

CAPVT LXXXII.

Quid si in ea specie, de qua disseruimus in præcedenti capite, persona subsit magis dilecta, & qua ex præsumpta mente testatoris substitutum excludat?


Mplius & illud controuertitur: si persona subsit, quæ ex præsumpta mente testatoris substitutum excludat, vtpote, magis dilecta: nunquid tunc inter uocatos hæredes reciproca substitutio præsumatur, & consequenter is, qui post mortem omnium substitutus est, tūc demum succedat, cum omnes hæredes fuerint defuncti & quoad aliquis eorum superest, excludatur, altero hærede alteri inuicem succedente ex quadam tacita reciproca substitutione? Affirmant multi, & multi negant,
B substitutionem reciprocam intelligi inter hæredes ipsos grauatos; sed in eo conueniunt omnes, substitutum nō nisi post mortem omnium succedere posse, ut uidere licet ex Couuar. ad cap. Rainucius, §. 8. nume. quarto. de Testamen. Alba, in dicto consil. 31. & 32. & alijs quam plurimis à Menochio citatis, lib. 4. de præsumpt. in 62. præsump. num. 35.

Qui reciprocæ substitutioni fauent, adducuntur in hanc sententiam, ex eo, quod habetur in l. pen. C. de impuber. & alijs substitut. in l. cum auus, ff. de condi. & demonstr. in l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. in l. si is qui ducenta, §. Item si pater, ff. de reb. dub.

Qui uero aduersantur huic sententię tria, potissimum mihi uidentur afferre. Primum, si habenda esset ratio personæ magis dilectæ, raro accidere posse, ut communioris & uerioris sententiæ ratio habeatur, quam in pręcedenti capite asseruimus, nempe, cum post mortem omnium siue plurium hæredum substitutus vocatur,
C non censeri factam inter grauatos reciprocam substitutionem. Nam uix vnquam accidere potest quin hæredum personæ, qui primo loco sunt instituti cariores existant testatori, quin etiam plerumque sint maiori necessitudinis uinculo coniuncti, aut filij, aut nepotes, aut cognati. Secundo dicunt semper militare argumentum illud, quo supra usi sumus, nempè substitutionem tanquam fideicommissum, & per consequens onus continentem inducendam non esse, nisi expressum sit à testatore, aut coniecturis legitimis deprehensum.

Tertiò allegant, & hoc unum me in eorum sententiam impellit, leges, quę pro contraria sententia adferuntur ad reciprocam substitutionem probandam nequaquam pertinere; sed hoc tantum demonstrare, substitutum non nisi post mortem omnium succedere posse. Hoc, inquam, me potissimum mouet, ut posteriori huic sententiæ calculum adijciam meum: Animaduerti enim contrariam illam sententiam originem traxisse ex
D traditis à Bartolo ad l. hæredes mei, §. cum ita, in prima colum. ff. ad Trebell. qui leges supra dictas ad hoc tantum attulit, vt ostenderet substitutum non admitti, nisi post mortem omnium grauatorum hæredum, non autem ad eum finem, vt reciprocam illam substitutionem imaginariam introduceret.

Quod sanè ita est: Nam audi verba l. penul. C. de impub. & alijs substit. *Nos eiusdem Sabini meriorem sententiam existimantes, non aliter substitutionē admittendam esse censemus, nisi uterque eorum in prima ætate decesserit.* Nullum hic uerbum de reciproca substitutione.

Ecce textum in d. l. si is qui ducenta, §. item si pater, ff. de reb. dub. *Sed proclinius est sententiam testatoris sic esse interpretandā siue filius, siue filia nati ei fuerint, extraneus non admittatur.* Hic nullum uerbum ad rem nostram.

Porro cōiectura, quæ in fauorem nepotum magis dilectorū substituto à Papiniano perpensa est, in l. cū auus, ff. de condi. & demonstrat. cuius meminit Imperat. in l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. non cō pertinet,

vt videatur ipſos nepotes teſtator parentibus ſubſtituiſ- A
ſe, ſed ita demum ſubſtitutum voluiſſe admittere, ſi filij vel nepotes abſque liberis morerentur. Nam ſi morerentur liberis relictis, *fideicommiſſi conditionem feciſſe, quod minus ſcriptum, quam dictum fuerat, inueniretur*. Quare res cum reciproca ſubſtitutione, quam Doctores venati ſunt, nil profectò commune habet.

CAPVT LXXXIII.

Si teſtator ſecundum hanc formulam ſubſtituat, vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum, ſit ne in electione ſubſtituti, ſuccedere ex quacunque velit ſubſtitutione.

Sileat controuerſia & contentio Doctorum in l. Centurio, ff. de vulga. & alijs in locis, quos refert copioſè Menochius de præſum ptio. libro quarto, præſumpt. 63. vtrum ele- B
ctionem habeat ſubſtitutus ſuccedendi, ex qua velit ſubſtitutione, cum ea formula vſus eſt teſtator. Vulgariter, pupillariter & per fideicommiſſum. Sileat, inquam, hęc diſputatio, quoniam apertis legibus definita eſt ac deciſa. Concurrere non poſſunt eodem tempore vulgaris & pupillaris ſubſtitutio, quia aut hæreditas eſt adita, aut non; ſi adita eſt, vulgaris expirat, l. poſt aditam, C. de impuber. Si adita non eſt, pupillaris locum habere non poteſt; quoniam illa locum habet, cum hæres adiuit, & in pupillari ætate deceſſit. Quod ſi patris hæreditas adita non fuerit, & ſic hæres non adiuit, pupillare teſtamentum (id eſt pupillaris ſubſtitutio) euaneſcit, l. ſecunda, §. adeo, ff. de vulgar. Quamobrem tractari non poteſt, vtrum ſubſtituto competat electio ſuccedendi ex vulgari, an verò ex pupillari. Electio enim competit quoties plura ſunt remedia, non ſi vnum duntaxat ſit refugium.

Concurrunt autem commodè vulgaris & fideicom- C
miſſaria. Item pupillaris & fideicommiſſaria, & in his aperto iure vtimur, ac proinde quid ſtatuendum ſit, iure in dubium vocari non poteſt: ſi vulgaris & fideicommiſſaria ſubſtitutio concurrant, electionem ſubſtituto dari, autor eſt Vlpianus, in l. recuſate, §. Titius, ff. ad Trebell. his verbis: *Titius heres inſtitutus, Sempronio ſubſtituto* (vulgariter) *rogatus eſt ipſi Sempronio hæreditatem reſtituere.* (Vides hic fideicommiſſariam ſubſtitutionem) *quæritur, an cogendus ſit adire, & reſtituere hæreditatem?* (eſt ac ſi quæratur, vtrum ſubſtituto competat electio ex fideicommiſſo ſuccedenri) *& deliberari poteſt, ſed verius eſt cogendum eum: quia intereſſe Sempronij poteſt ex inſtitutione, quam ex ſubſtitutione habere hæreditatem, vel legatis, vel libertatibus oneratam ſubſtitutione.*

Idem probat text. in l. vlt. C. de codicill. quod ſi pupillaris & fideicommiſſaria ſimul concurrant, manifeſtum eſt, electionem ſubſtituto non dari; neque enim ſubſti- D
tutus eligere poteſt hanc viam, vt in bonis patris ſuccedat per fideicommiſſum, & non in bonis filii per pupillarem ſubſtitutionem, Vlpianus in l. ſed ſi plures, §. filio impuberi, ff. de vulg. *Filio impuberi*, inquit, *heredi ex aſſe inſtituto, ſubſtitutus quis eſt: extitit patri filius heres: an poſſit ſubſtitutus ſeparare hæreditates, vt filij habeat, patris non habeat. Non poteſt, ſed aut vtriuſque debet hæreditatem habere, aut neutrius; iuncta enim hæreditas cœpit eſſe.*

Certè, ſi electio detur ſubſtituto, poterit patris tantum hæreditatem petere ex fideicommiſſo, eo enim facultates filij non continentur, l. cohæredi, §. cum filiæ, ff. de vulgar. Sed non poteſt, vt Vlpianus docet, ergo nec electio talis ei competit.

CAPVT LXXXIV.

Vtrum in fideicommiſſis filius ingrediatur in locum patris.



Ileat iam quæſo inter eos, qui æqui & boni notitiam profitentur, omnis contentioſa diſputatio. Vtrum in fideicommiſſis filius ingrediatur locum patris: ſic enim ratiocinemur. Hic agitur de teſtatoris voluntate, qui fideicommiſſum ordinauit, interpretanda; Vtrum videlicet ea fuerit voluntas, vt filius loco patris defuncti ſuccederet. Ergo eam interpretari debemus iuxta legum præſcripta, legis autem ſententia hæc eſt. Modeſtinus in l. cum ita, §. in fideicommiſſo, de lega. 2. *In fideicommiſſo, quod familiæ relinquitur, ij ad petitionem eius admitti poſſunt, qui nominati ſunt, aut poſt eos omnes extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo teſtator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati ſint; niſi ſpecialiter defunctus ad vlteriores voluntatem ſuam extenderit.*

Primo gradu autem (eſt idem quod proximus, immò litera communis habet proximo) is dicitur, quem nemo antecedit, l. proximus, 92. ff. de verbor. ſign. nec intereſt vnus ſolus ſit, an ex duobus prior pluribuſve, an duo pluresvè ab eodem gradu venientes, qui vel cæteros antecedant, vel ſoli ſint. l. 2. §. legitima, ff. de ſuis & legit. hæred. Ergò is, quem nemo antecedit, tanquam proximior vocatus intelligitur, ſiue vnus, ſiue plures ſint.

Ergò filius in locũ patris admittitur, quia is defuncto patre, in locum eius ſuccedit, & nemo illum antecedit, quia locum patris tenet, cum agitur de ſucceſſione aui, vel patrui, & ſimilium. §. cum filius, in Inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. deferunt. §. reliquum, in Auth. eod. titu. & in Auth. Vt fratrum filij, in principio.

Et quoniam iſta repræſentatio patris, ac in locum eius ſucceſſio, collata eſt filijs ſolum, cum agitur de aui vel patrui hæreditate, vt in locis allegatis expreſſum eſt, ſequitur, vt ſi de aliorum hæreditate, ac ſucceſſione agatur aliter exiſtimandum ſit, nempe, filium in locum patris non ſuccedere in fideicommiſſis, ſicut nec in cætera inteſtan hæreditate. Obſtrepant hic, quantum velint, qui vel de defuncti affectione diuinant, vel mille Doctorũ nomina comminiſcuntur: ego paucis his ex fontibus mihi puram iuſtitiam haurio, qui non eſt contentus, legat Manticam de coniect. vltim. volunt. lib. 8. tit. 9. & Menochium de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 95. nu. 14.

CAPVT LXXXV.

Vtrum in fideicommiſſis, in quibus à teſtatore proximiores vocantur, intelligantur vocati proximiores ipſius teſtatoris, an verò grauati?



Aepe accidit, vt teſtatores hæredibus inſtitutis, ac ſubſtitutis mandent bona ſua in familia conſeruari, & proximioribus deferri. Quamobrem in controuerſiam venire ſolet; vtrum proximiores defuncti teſtatoris vocati eſſe cenſeantur, an verò proximiores grauati, qui videlicet poſt mortem fideicommiſſum reſtituere tenetur. Et quoniam relatis quidem copioſè autoritatibus, rationibus autem leuiter perpenſis tractatur hæc controuerſia à Mantica de coniectur. vltim. volunt. libro octauo, tit. decimo. & ab Anton. Teſſauro, deciſ. Pedemont. 65. conabor ipſe argumentorum in vtramque partem vim, ac momenta diſcutere: & ex his ſententiam meam pro viribus ſtabilire.

Qui grauati hæredis proximitatem ſpectandam eſſe cenſuerunt, adducti in eam ſententiam fuere his potiſſimum argumentis. Primum eſt ex l. cum ita, §. in fideicommiſſo, de leg. 2. Modeſtinus: *In fideicommiſſo, quod familiæ relinquitur, ij ad petitionem eius admitti poſſunt,*

qui

qui nominati sunt ; aut post eos omnes extinctos, qui ex nomine defuncti fuerunt eo tempore, quo testator moreretur. & qui ex his primo gradu procreati sunt, nisi specialiter defunctus ad vlteriores voluntatem suam extenderit.

Ex sententia igitur Modestini ad fideicōmissum Primò admittuntur nominati. Secundò loco proximiores (scilicet nominatis) & ex his, qui in primo gradu sunt.

Sed non hic est sensus verborū Modestini ; hoc enim vult, vt primò admittantur nominati, secundò illi, qui ex familia defuncti fuerunt, cùm testator moreretur, & ij non omnes, sed dumtaxat ij, qui primo gradu procreati sunt. Si igitur qui erant proximiores ex familia testatoris, cum is moreretur, secundo loco admittuntur : sequitur dicendum non esse rationem habendam proximitatis grauati, sed proximitatis testatoris : & sic proximiores intelligi vocatos, scilicet testatoris proximiores, non autem grauati.

Secundum argumentum est ; Testatoris voluntas sic interptetari debet, vt iuri sit conformis, vt notatur in l. hæredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebel. Sed ius ita disponit, vt aliquo moriente, is, qui proximior eius est, succedat, l. 2. §. legitima, ff. de suis & legitim. hæred. Ergo & voluntas testatoris sic interpretari debet, vt vocatus esse censeatur proximior eius, qui grauatus est.

Responderi potest non esse bonam consequentiam ; quoniam potius concludi debet ; sic interpretandam esse voluntatem testatoris, vt succedat ex fideicommisso is, qui proximior est ipsi testatori, non autem grauato ; neque enim per fideicommissum testator successores constituit grauato, sed sibi. Et quod dicitur, hæreditatem alicui quæsitam, eo mortuo, deferri eius proximiori, ad rem non pertinet, quia in specie nostra hæreditas absolute quæsita nō est grauato, sed cum onere eam restituendi proximiori ex fideicommisso testatoris, ac proinde restituere debet proximiori ipsius testatoris.

Tertium argumentum est ex cap. 1. de natura success. feudi. vbi ita cōstitutum est, vt si feudum paternū, quod deuoluitur ad descendentes masculos, iuxta cap. 1. de succ. feudi, per diuisionem uni ex fratribus obuenerit, donec superest aliquis ex linea ipsius fratris, pertineat ad superstitem ex ea linea, licet alij extent ex linea alterius fratris proximiores primo acquirenti.

Sed nihil ad rem facit, quia ibi de feudo agitur, quòd absolute, & absque onere restitutionis deuenit ex diuisione ad vnum ex fratribus ; nos autem loquimur de re, quæ ad grauatum peruenit non absolutè, sed cum onere restituendi, vt dictum est.

Quartum argumentum. Hæres vocatus, grauatusque in fideicommisso prædilectus est à testatore alijs, qui vocati non fuere, vt patet. Igitur & eius descendentes censentur etiam prædilecti, argum. l. cum auus ; ff. de condi. & demon. & l. cum acutissimi, C. de fideicommiss.

Sed responderi potest, ex dictis legibus non rectè sumi propositionem illam generalem, quia loquuntur in casu illo speciali, ne videatur testator suæ soboli alienam anteponere, & nihil inde concludi: quia hic testator expressit, ad quos voluerit bona peruenire post mortem vocatorum, nempe, ad proximiores, quod intelligendū est, scilicet ipsius defuncti testatoris.

Quintum argumentum ex eo deducitur, quod plerunque accidit, vt post grauati mortem extent proximiores defuncto testatori, qui tempore mortis eius non extabant ; ac proinde tanquam nec nati, nec concepti tempore mortis non succederent, iuxta l. lege duodecim tabularum, C. de legit. hæred. quamobrem nec à testatore videri potest habita eorum ratio fuisse : nullam enim erga eos affectionem habuit, ideo potius respexisse videtur ad successionem sanguinis, vt sic grauato decedente succederet proximior eius, qui ad successionem ab intestato vocatur.

Sed responderi potest, hęc esse dissimilia: Nam verum quidem est non natos, nec conceptos tempore mortis intestati defuncti ad successionem non admittu; sed ratio

A est, quia tunc alij extant, qui ad successionem vocantur, ac succedunt. Sed hic tempore mortis grauati, quo tempore ex fideicomisso delata est successio proximioribus, extant proximiores vocati à testatore, & nullus alius eos antecedit, ergo admitti debent. Etsi enim affectionem particularem erga hunc vel illum testator non habuerit, in genere tamē habuisse videtur ex generali fideicommisso in familia relicto. Itaque ad proximitatem suam respexit, non autem hæredis grauati.

Postremum argumentum sumitur ex l. Codicillis, ff. de vsufructu leg. sed quoniam friuolum prorsus est, cum illa lex ad rem istam nō pertineat, vt declarat Menoch. in consil. 124. num. 51. lib. 2. ideo nec confutatione indigere videtur.

Quod igitur proximitas defuncti in proposita quæstione spectāda sit, longe probabilius mihi videtur. Probatur primò hæc sententia ex d. l. cum ita, § in fideicommisso, de leg. 2. ibi : *Qui ex nomine defuncti fuerunt* B *eo tempore, quo testator moreretur, & qui ex his primo gradu procreati sunt*, atque idem ferè probant, licet non tam clarè, l. peto, §. fratre, ff. eodem titu. & l. vlt. C. de verb. signific.

Respondet Roland. à Valle, in consil. 100. num. 23. lib. 1. ex hoc non inferri testatoris proximitatem esse spectandam; quia ille textus sibi contradiceret, si hoc vellet, cum immediate velit proximitatem vltimi decedentis admissi ad fideicommissum esse inspiciendam : debet igitur (inquit Rolandus) textus intelligi, quod tempus mortis in eo inspiciatur, vt ij soli vocentur, qui tempore mortis erant in familia; sed inter eos dicendum est, quod admittendi veniant, qui erant proximiores nominatis. Hactenus ille.

Sed non rectè ; quia quod supponit, non probatur, nempe textum velle, proximitatem vltimi decedētis admissi ad fideicommissum esse spectandam. Vbi quæso textus hoc dicit? Nullibi sanè, nisi textum inducas, vt su C pra in primo argumento contrariæ opinionis responsum est, sed iam ibi ostensum est; non rectè id fieri.

Secundò hæc sententia probatur ; quia in fideicommissis succeditur defuncto testatori, non autem hæredi grauato. Ergo inspicienda est proximitas ipsius, nō autem grauati. Antecedens probatur ex l. cohæredi, §. cum filiæ, ff. de vulg. Consequens autem patet, quia si nō succeditur in bonis grauati, cur deberet haberi ratio proximitatis eius ? Ratio enim proximitatis habetur respectu eius, de cuius successione agitur, l. 28. proxima, ff. de suis & legitimis hæredibus, & satis certum & indubitatum est.

Respondet Socinus iunior, in consil. 126. nu. 49. lib. 1. negando veram esse propositionem illam : In fideicommissis succeditur testatori, aut iure probari. Nam textus, qui adfertur in l. cohæredi, §. cum filiæ, ff. de vulg. nihil aliud dicit, nisi proprias filij facultates fideicommisso nō teneri. Veram autem non esse patet ; Nam cum bona D defuncti testatotis ad grauatum deuenerint, fideicommissarius dicitur illi succedere in dictis bonis ex dispositione scilicet testatoris.

Secundò respondet ; Id quod dicitur fideicommissarium testatori succedere, intelligendum esse mediante persona grauati (vtor eius verbis) de cuius manu accipit, & cui immediate dicitur succedere, nec inconuenit sic dicere, cùm hæres hæredis testatoris, & primi morientus sit hæres, l. vlt. C. de hæred. instituend.

Replicari potest, immo veram esse propositionem, quę in argumēto assumitur; nempe fideicommissarium testatori succedere. Si enim propriæ grauati facultates fideicommisso nō tenentur, vt in d. l. cohæredi, §. cum filię, sequitur non succedere fideicommissarium ipsi grauato, sed potius testatori ; si enim grauato succederet, in eius bonis succederet. Sed probatur eadē sententia, quoniā fideicōmissarius bona ex manu grauati cōsequitur ex fideicōmisso testatoris, igitur ex ipso testatore illa cōsequi videtur, arg. l. vnū ex familia, §. 1. de leg. vbi Papin. ait electū

A ab eo, cuius fidei teſtator id commiſit, cenſeri electum ab ipſo teſtatore. Sed quid opus eſt emendicatis hac in re ſuffragiis? nonne Trebelliano Senatuſconſulto cautum eſt, vt ei & in eum, qui hæreditatem recipit ex fidei commiſſo, vtiles actiones competant, quaſi heredi & in hæredem, l. prima, ff. ad Trebellian §. reſtituta, in Inſtit. de fideicommiſſ. hereditat. Ergo, fideicommiſſarius eſt loco heredis defuncti teſtatoris, & ſic cum ſuccedat teſtatori, actiones ei, & in eum dantur, quę aliàs heredi & in heredem darentur, & quæ defuncto & in defunctum competunt. Quis hic negare audeat eum teſtatori ſuccedere? aut quis affirmare non erubeſcat eum ſuccedere grauato, quoniam ex eius manu accipit bona? Verius dixeris ſuccedere poſt grauatum tanquam ſubſtitutum ipſi teſtatori.

Quod autem ſubdit fideicommiſſarium teſtatori ſuccedere mediante perſona grauati; vt verum ſit, quid ſanè ad rem facit? *De cuius manu* (inquit Socin. iun.) *accipit, & cui immediatè dicitur ſuccedere*. B Hoc poſtremum nego, de eius quidem accipit manu hærediatem, ſed non ei dicitur ſuccedere, verum teſtatori, qui eum vocauit: *Nec inconueniens*, inquit, *ſic dicere: cum hæres hæredis teſtatoris ac primi morientis ſit hæres*. Imò non conuenit ſic dicere; quia verum non eſt, & non eſt hæres hæredis fideicommiſſarius, id eſt, hæres ipſius grauati. Hæres grauatus reſtituit quidem ex fideicommiſſo bona, ſed ea reſtitutio non facit eum, cui reſtituuntur, hæredem eius, qui reſtituit, ſed quoad vtiles actiones teſtatoris defuncti; Ipſius autem reſtituentis, nec quoad vtiles, nec quoad directas, reſpectu bonorum teſtatoris defuncti.

CAPVT LXXXVI.

Vtrum in pupillari ſubſtitutione, frater vtrinque coniunctus, præferatur fratri conſanguineo.

C TEſtator duos filios habens ex prima vxore, & duos ex ſecunda, eos hæredes inſtituit, ac inuicem ſubſtituit, vulgariter, pupillariter, & per fideicōmiſſum, vt fieri pleriique ſolet in Italia. Vnus eorum moritur, quæſtio eſt, qui ex ſubſtitutione ei ſuccedat, ſolusnè frater eius vtrinque coniunctus, an verò omnes æqualiter, etiam conſanguinei vnà cum fratre vtrinque coniuncto ſuccedant? Et ſiquidem ex ſubſtitutione vulgari ſuccedatur, inter omnes cōuenit, omnes fratres æqualiter ſuccedere, tam vtrinque coniūctum, quam cæteros ex vno latere tantum coniunctos. Cæterum, ſi ex pupillari ſuccedatur, non eſt eadem omnium ſententia: Etenim ſolum fratrē vtrinque coniunctum ſuccedere, ac reliquis præferendum Bartol. ſenſit, ad l. re coniuncti, nume. 62. de lega. 3. Bald. in conſil. 424. lib. 5. Socin. ſen. ad l. ſi cognatis, num. 38. verſ. quarta concluſio, ff. de reb. dub. Ruin. in conſil. 90. nu. 8. & 107. nu. 6. lib. 2. Curt. iun. in conſ. 125. nu. 3.

D Sed contrariam ſententiam habuerunt Aretinus, Ripa, & Alciatus, ad l. Lucius, circa finem, ff. de uulg idem Alciatus ad l. cohæredi, §. qui diſcretas, nu. 5. ff. eod. tit. & alij, quos cōmemorat Menoch. in conſ. 198. nu. 3. 4. lib. 2. & de præſumpt. lib. 4. præſump. 75. nu. 12.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt, quia frater utrinque coniunctus eſt potior in ſucceſſione inteſtati fratris, ac præfertur conſanguineo, ut in Auth. Itaque, C. commun. de ſucceſſ. Eſt ergo iuſtum & æquum, ut & in ſubſtitutione iſta præferatur; quia teſtatoris uoluntas ac diſpoſitio interpretari debet, ut ſit iuri conſentanea, l. hæredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebell. & notatur in l. cum ita, §. in fideicommiſſo, ff. de leg. 2. & hic agitur de ſuccedeodo ipſi pupillo defuncto, ut patet.

Poſterioris autem ſententiæ illud eſt fundamentum, quod in pupillari ſubſtitutione non ſit habenda ratio perſonæ pupilli, ſed affectionis ac volūtatis teſtatoris. Nam ſi ratio pupilli hac in re habenda eſſet, pupillaris ſubſtitutio, matrem non excluderet pupilli, quam tamen excludit, ut ſupra concluſimus hoc eod. lib. cap. 42. Et ratio eſt quæ colligitur ex l. Papinianus, §. ſed neque impuberis, ff. de inof. teſt. quia ſcilicet pater eſt, qui teſtamentū fecit.

Sed mihi hac ſententiam magis probat id, quod habetur in l. qui liberis, §. hæc verba, ff. de vulga. in illis verbis: *Partes quoque eadem ad ſubſtitutos pertinent, quas in ipſius patrisfamilias habuerunt hæreditate*. Si enim ſubſtitutio interpretanda eſt ex inſtitutione, vt ſubſtituti eaſdem partes habeant ex ſubſtitutione, quas habuerunt ex inſtitutione, manifeſtum eſt omnes fratres æqualiter ex ſubſtitutione admittendos eſſe, quemadmodum æqualiter fuerunt inſtituti; quod ſanè argumentum vir doctiſſimus non perpendit Iacobus Menochius loco ſupra citato.

Excipio tamen ab hac ſententia illam ſpeciem, in qua teſtator tam filios ex prima vxore ſeparatim inſtituit, ac ſubſtituit, quam etiam filios ex ſecunda vxore; tūc enim vno decedente ex eis, alter ei coniunctus ſuccedet, vt in dicta l. cohæredi, §. qui diſcretas, ff. de vulga. vbi præclarè Papinianus: *Qui diſcretas portiones coniunctis pluribus ſeparatim dedit, ac poſt omnem inſtitutionis ordinem ita ſcripſit: Quos hæredes meos inuicem ſubſtituo. Coniunctos primo loco vice mutua ſubſtituere videtur.* &c.

Quod attinet ad argumentum contrariæ opinionis, illud haberet locum, ſi de inteſtati pupilli ſucceſſione ageretur; ſed cum agatur de pupillo, cui teſtamento patris datus eſt ſubſtitutus, iam non ex regula inteſtatæ ſucceſſionis, ſed ex voluntate ac ſententia patrisfamilias interpretatio ſumi debet.

Non obſtat, quod dicitur patrisfamilias ſententiam ac voluntatem ita eſſe interpretandam, vt legi ſit conſentanea. Nam id locum ſibi vindicare poteſt, vbi teſtatoris verba ſunt obſcura & ambigua; Sed cum in propoſita ſpecie nullo diſcrimine adhibito omnes filios æquè ſubſtituerit, nulla eſt dubitatio, quin eos æqualiter ſuccedere voluerit, qui erant omnes æqualiter filij, æqualiter coniuncti teſtatori, & æqualiter ab eo ab in inſtitutione honorati.

CAPVT LXXXVII.

Quid ſi retenta præcedenti facti ſpecie agatur de fideicommiſſaria ſubſtitutione.

DVo ſunt potiſſimum argumenta, ex quibus euincitur idem & in fideicommiſſaria ſubſtitutione reſpondendum eſſe, quod ſupra in præcedenti capite de pupillari reſponſum eſt; nempe, ſubſtitutione facta inter filios tā ex primo, quam ex ſecundo matrimonio, & altero corū abſque liberis defuncto ad ſucceſſionem admittendos omnes fratres æqualiter, tam vtrinque coniunctum, quā ex vno latere tantum. Primum argumentum eſt ex l. vlt. ff. ad Trebell. Paulus: *Iulius Phœbus teſtamento facto cum tres liberos hæredes inſtitueret, Phœbum & Heracliam ex eadem matre, Polycratem ex alia æquis portionibus, petiit à Polycrate minore fratre, vt accepto certo precio hæreditatem fratribus concederet, & inuicem eos, qui ex eadem matre erant, ſi quis eorum hæres non fuiſſet, ſubſtitueret*, (hæc erat vulgaris, quæ nil ad rē.) *Polycrati, ſi intra pubertatem deceſſiſſet. ſecundas etiam tabulas fecit, quas matri eius commendauit aperiendas; ſi impubes obiiſſet*. (Nec iſta pupillaris ad rem pertinet.) *Deinde petiit à prioribus* (hæc ad rem) *vt ſi quis eorum ſine liberis decederet, portionem ſuam exceptis bonis maternis eorum, & auitis, ei, vel eis, qui ſupereſſent reſtitueret. Heraclia ſoror mortua ſine liberis fratrem ſuum Phœbum inſtituit hæredem. Polycrates fideicommiſſum petierat & obtinuerat apud Aurelium Proculum Proconſulem Achaiæ. Appellatione facta cum ſolus Phœbus egiſſet, victus eſt, quia ei, vel eis verba vtrumque fratrem complecterentur*, &c.

Igitur & in propoſita ſpecie idem reſpondendum videtur, quoniam cum teſtator inuicem filios tam primi; quam

quam ſecũdi matrimonij per fideicommiſſum ſubſtituit omnes filios, & ſic tam fratrem defuncti vtrinque coniunctum, quam ex vno latere tantum comprehendit. ſicut ergo apud Paulum ea interpretatio non admittitur, vt frater vtrinque coniunctus præferatur, ita nec admitti debet in hac noſtra ſpecie: quanquam non diffiteor aliam fuiſſe à Paulo circumſtantiam perpenſam voluntatis teſtatoris, ex eo, quod exceperat bona eorum materna, vt ibi dicitur.

Alterum eſt argumentum, quoniam per fideicommiſſariam ſubſtitutionem ſucceditur teſtatori, vt ſuperius oſtenſum eſt, capit. 85. Ergo non eſt alia habenda ratio, quam proximitatis teſtatoris; Omnes autem filios conſtat teſtatori æqualiter eſſe coniunctos, quamobrem nil refert, an defuncto filio alter frater altero ſit coniunctior.

Huc accedit regula, quam in præcedenti Capite commemorauimus ex l. qui liberis, §. hæc verba, ff. de vulgar. & idẽ probat l. 1. C. de inſtitutionibus, & ſubſtitut. & aliæ ſimiles, nempe, ſubſtitutionem ex inſtitutione interpretandam eſſe ac metiendam. Quare cum omnes filij fuerint æqualiter inſtituti, videntur etiam æqualiter ſubſtituti. Atque ita docent Ruinus in conſ. 107. num. 6. lib. 2. Decius in conſ. 304. num. 2. Alciatus ad l. cohæredi, §. qui diſcretas, num. 5. ff. de vulg. & ad l. Lucius, num. 48. eod. tit. Crauetta in conſ. 43. nu. 1.

Contraria vero ſententia, quam ſecuti ſunt Socinus ſenior ad l. ſi cognatis, numero 40. ff. de rebus dub. Ruin. in conſilio 166. numero quinto, lib. 2. Curtius iunior in conſil. 125. numero 4. 5. & 6. & ſi qui ſunt alij, illo ſatis infirmo nititur argumento, quod in fideicommiſſis ſpectanda ſit proximitas grauati, non autem teſtatoris; & ea inſpecta, tunc ſucceſſionem deferendam eo ordine, qui à lege conſtitutus eſt, vt ſic teſtatoris diſpoſitio ea eo videatur interpretationem accipere. Sed cum hoc fundamentum corruat ex his, quæ ſupra latè diſſeruimus, cap. 85. vt omnis, qua hæc ſententia ſuſtinetur, machina ſimul ruat, neceſſe eſt.

CAPVT LXXXVIII.

In fideicommiſſo conditionali, vtrum nati poſt conditionis euentum admittantur, vt concurrant cum ijs, qui euenientis conditionis tempore extabant, & admiſſi fuerunt.



VT vocati per fideicommiſſum conditionale, tempore euenientis conditionis extent neceſſe eſſe, inter omnes conſtat ex l. cum pater, §. hæreditatem, de leg. 2. l. interuenit, ff. de legat. præſtand. & ex alijs locis: & hæc eſt celebris illa ſententia Ioannis Andreæ in additione ad Speculat. tit. de Teſtament. quam ab omnibus probari reſpondit Alciatus in conſilio 594. num. 1. Tiraquell. de retractu conſang. §. 1. Gloſ. 9. num. 97. Curt. iun. in cõſil. 58. num. 5. & alij paſſim.

Cęterum, quandoque accidit, vt voluntas teſtatoris in familia ordinantis fideicommiſſum, ac inter deſcendentes poſteros & agnatos, etiam quandocunque natos & exiſtentes admittat; quod cum certum eſt, neminem puto iure dubitaturum, quin ſuperior illa regula & concluſio deficiat; quoniam in conditionibus primum locum ſibi vindicat voluntas teſtatoris, l. in conditionibus, ff. de cond. & demonſtrationibus, ac ſanè, hac in re nulla ferè controuerſia eſt. Illud maximè dubium mihi & controuerſum videtur: In ea ſpecie, in qua conſtat etiam naſcituros poſt conditionis euentum, ex voluntate teſtatoris admittendos eſſe, vtrum admitti debeant, ſi tempore conditionis euenientis alij extabant, qui tanquam proximiores admiſſi fuerint, ac fideicommiſſum vindicauerint, ad eum effectum, vt poſtea nati, ſi priores gradu exiſtant, auferre poſſint bona fideicommiſſo ſubiecta ijs, qui ea iam vindicaſſent ex fideicommiſſo; aut ſi in pari

A gradu ſint, cum eis concurrant, & participare debeant fideicommiſſum.

Eſt, inquam, hac de re controuerſia non ignobilis, ſiquidem contraria extant reſponſa magni nominis Iuriſconſultorum Hyppoliti Riminaldi in conſ. 564. lib. 4. & Iacobi Menochij in conſ. 413. lib. 5.

Et quanquam de ea conſultatione, cuius veritas ex alijs circumſtantijs pendet, mihi animus non eſt aliquid ſtatuere, præſertim cum in Ciuitate Placentina ſub Iudice ſit adhuc indeciſa. tamen, ut in hoc articulo, quem propoſui, iudicium interponam meum, quando vltimarum voluntatum controuerſias tractandas ſuſcepi, faciẽdum eſſe iudicaui.

Quod igitur poſtea nati admittendi ſint, vt concurrant cum iam natis & admiſſis, vt ſupra, reſpondit Paulus Caſtrenſ. in conſ. 247. In cauſa quæ vertitur Sauonę lib. 1. vbi inter cętera ſic ait: *Nam teſtator nõ cenſetur plus ſenſiſſe de illis, qui reperirentur nati tempore alienationis,* B *quam poſt, cum ad omnes parem habuerit affectionem. Præterea, ſi aliqui fuiſſent nati, fateor, quod ipſi ſoli fuiſſent admiſſi ad reuocandum, ſed alijs poſtea naſcentibus tenerentur participare cum illis, nam ſi legarem eis, & aliqui eſſent nati tempore teſtamenti vel mortis, aliqui naſcerentur poſt, quis dubitat, quod omnes participare deberent. ſi conſtaret, quod de naſcituris ſenſit? l. ſi duobus, § ſi & l. ſeq. de leg. 1.* &c.

Caſtrenſem ſecuti ſunt Ruin. in conſil. 22. lib. 2. Natta in conſ. 675. nu. 6. Rolan. à Valle in conſ. 70. nu. 47. lib. 3. alios citat Hyppol. Riminal. in d. conſ. 564. lib. 4.

Contrarium autem reſponderunt Alciat. in d. conſil. 594. num. 6. Alexander in conſ. 15. lib. 4. Caſtrenſ. in conſil. 16. lib. 2. ſed clarius his Alba, in conſil. 106. & Petrus Antonius Anguſciola, lib. 6. conſ. 67. & poſt hos Menochius d. conſ. 413. lib. 5.

Poſterioris ſententiæ argumenta ſunt iſta: Primum, Dominium rerum in pendenti eſſe nõ poteſt, l. ſi ex duobus. §. Sed & Marcellus, ff. de in diem addict. l. vlti. in fi- C ne, ff. communia præd. Sed ſi poſtea nati admitterentur, dominium ſtaret in pendenti: quia priores, qui tempore exiſtentis condõnis aderant, illud non haberent firmiter & certo, ſed ex futuro euẽtu, ſi videlicet alij nõ naſcerentur, id penderet: ergo poſtea nati admittendi nõ ſunt.

Secundum argumentum eſt, quia ſi poſtea nati admitterentur, auferrent partem, vel totum illis, qui iam admiſſi fuiſſent, & rurſus, ſi alij naſcerentur, aliam partem auferrent, & ſic ſemper incerta eſſet portio admiſſorum, & ſæpius fieret variatio in eodem negotio, quæ omnia videntur abſurda.

Tertium, in conditionibus habetur ratio primę exiſtentiæ, non autem eius, quod poſtea ſuperuenit, l. ſi quis hęredem, C. de inſtit. & ſubſtit. Ergò, ſi tempore euenientis ſeu exiſtentis conditionis aliqui vocati exiſtunt, eorum eſt habenda ratio, nec mutari res debet ea eo, quod poſtea alij naſcuntur, & ſint in pari vel priori gradu.

Quartum argumentum. Cum hic agatur de ſubſtitu- D tione, quæ iam effectum habuit in perſona natorum & admiſſorum, qui ſucceſſerunt, ea dicitur eſſe iam prorſus extincta & ſublata, argum. l. ſi mater, §. 1. ff. de vulga. & l. cum in teſtamento, ff. de hęre. inſtit. Conſequenter alij poſtea nati, qui eiuſdem ſubſtitutionis uigore petũt ſe admitti, minimè admittendi ſunt.

Quintum argumentum eſt ex l. cum ita, §. in fideicõmiſſo, de leg. 2. vbi ad fideicommiſſum primo admittuntur, qui erant tẽpore teſtamenti, & poſt eos, qui tpe mortis erant; ergo ſic & in propoſita ſpecie, prius admitti debẽt illi, qui nati erant tpe euenientis conditionis: & poſt eos extinctos illi, q poſtea nati ſunt. Quod ſi inter natos tpe euenientis cõdõnis admittitur is ſolũ, qui proximior eſt, vt ibi dr, multo magis debet natus pręferri nõ nato.

Verum iſtis nil morantibus, contrariam ſententiam probabiliorem eſſe iudico & amplector: & quanquã ſcio multa adſerri argumenta, & inter alia adſerri textum in l. Peto, §. Fratre, de lega. nihil tamen illa me mouent. Nam text. in §. fratre, admittit quidem proximum, qui

existit tempore conditionis, si paratus sit cauere se familiæ restitututum, sed hoc intelligi post eius mortem potest, vel post alienationem, quia proximus iam est admissus, & consequenter alij de familia sequuntur, non autem præcedunt vel concurrunt, quare & textus dicit: *Nec tamen ideo sequentium causa propter superiores in posterum lædi debet, sed ita proximus quisque admittendus est, si paratus sit cauere,* &c. Quamobrem locus ille ad quæstionem nostram non pertinet.

Argumentum igitur, quod me mouet, est Pauli Castrensis in d. consi. 247. lib. 1. quod tamen ego clarius deducam in hunc modum: Si testator legatum uel fideicommissum relinquat tam nato, quàm postumo nascituro post eius mortem, sine dubio postumus quandocunque natus, partem suam habebit, & concurret cum eo, qui iam natus & admissus fuit, l. si duobus, § vlt. & l. sequenti, ff. de leg. 1. Sed in proposita specie ita est in facto, quia fideicommissum relinquitur omnibus de familia, secundum gradus prærogatiuam & ordinem, tam natis, quàm nascituris; ergo nascituri quandocunque partem suam habebunt, & concurrent cum ijs, qui iam admissi fuerunt, aut totum habebunt, si proximiores erunt ipsi postea nati: sicut enim partem vindicant, si sint in pari gradu, ita & totum uindicabunt, si fuerint in priori gradu.

Et ideo illud potissimum perpendi debet in hac specie, vtrum scilicet testator uoluerit eum, qui natus non sit tempore euenientis conditionis, puta alienationis vel mortis, admitti. Nam si voluerit admitti, nil nocere ei potest, quod alter, qui erat tempore mortis, vel alienationis admissus fuerit, quia ille totum habebit, si alij non fuerint postea nati, vt in d. l. si duobus, §. vlt. sin autem nati fuerint, partem duntaxat habere debebit, aut etiam penitus excludi, si postea natus erit proximior. Ratio est, quia hæc duo se inuicem consequuntur, vt si testator proximiores vocauerit ad fideicommissum tam natos, & existentes tempore conditionis, quàm postea nascituros, & extituros; illud etiam voluisse intelligatur, vt postea nati concurrant cum iam natis & existentibus. Et hoc est, quòd dicebat Paulus Castrens. in verbis quæ supra nos retulimus. Cui sané argumento responsum à nemine vidi ex his, qui contrariam sententiam amplexi fuere.

Nec difficile est ad argumenta in contrarium respondere. Nam quod attinet ad primum, respondeo, in hac materia fideicommissorum nouum non esse, vt dominia aliquo modo sint in pendenti, ad hunc videlicet modũ, vt vni reuocabiliter dominium rei acquiratur. Id est, vt reuocari possit, & ab alio post diem vel conditionem reuocari, l. pen. §. sin autem sub conditione, C. commun. de leg. Et in hoc ipso, de quo agitur articulo, nonne constat postumo relinqui posse legatum & hæreditatem, l. placet, ff. de lib. & postum. Ergo antequam nascatur, nonne in suspenso erit in hoc sensu dominium rei relictæ?

Ad secundum respondeo, absurdum nõ esse, vt natus det suam portionem postumo, cum natus erit, vt probatur in d. l. si duob. §. vlt. & l. seq. de leg. 1.

Ad tertium respondeo, regulariter id verũ esse, quod in argumento assumitur, & nos etiam vltrò id fatemur, postea natos excludi, quia tempus euenientis conditionis inspicitur, sed supponimus ita uoluisse testatorem, vt & futurorum, & quandocunque natorum, etiam post conditionem ratio haberetur.

Ad quartum respondemus, substitutionem effectum suum & consummationem habuisse, quo ad existentes, & natos tempore conditionis pro parte ex portione eorum, non autem pro futurorum portione, aut ad eorum exclusionem, ac præiudicium: Eorum enim causa lædi non debet, propter natos tempore conditionis; alioqui, si locus esset argumento, illud concluderet, prorsus excludendos esse nascituros etiam post extinctos iam natos: quod tamen est absurdum.

Ad quintum respondeo, præferendos quidem esse eos, qui soli extant tempore testamenti, vel etiam tempore euenientis conditionis secundum iuris Regulas; sed nõ vbi testator parem eorum rationem habuit, atque existẽtium tempore conditionis; tunc enim etiam postea nati suam obtinere debent portionem, & si proximo in gradu sint, totam sibi ex fideicommisso uindicare successionem. Ita censeo in hac difficili controuersia, nec meæ me pœnitet sententiæ.

CAPVT LXXXIX.

Ventre instituto hærede, an is filius, qui ex ea natus est vxore, quæ erat tempore testamenti, institutus esse intelligatur; an verò, qui ex alia etiam vxore natus erit?

Testator ventrem vxoris suę instituit; quæritur vtrum institutus esse intelligatur filius, qui ex ea vxore, quam tunc habuit, nasceretur; an verò etiam is, qui ex alia uxore, quã postea duxisset, procreatus esset? Et quidẽ interpretes nostri in discrepantes abierunt sententias. Nam cum duntaxat institutum uideri, qui ex vxore tũc prægnante nasceretur; non autem ex alia docuerũt Paulus Castrensis, Raphael Cumanus, & Aretinus ad l. placet, ff. de lib. & postumis. Quorum illud est fundamentum, quod his verbis: *Ventrem vxoris meæ,* &c. videatur testator de postumo, siue de filio ex certa persona nascituro, intellexisse, quo in casu certum est institutionem non posse extendi ad eum, qui ex alia persona nasceretur, l. filius, §. si quis ex certa, ff. de liber. & postum. Triphonius: *Si quis ex certa vxore natum scribit hæredem in periculum rumpendi testamentum deducit ex alia suscepis liberis.* Etenim venter dicitur, qui prægnans est, l. ventre, ff. de acquir. hæredit. l. prima, §. inspiciendo, ff. de ventre inspicien. Ergò, dum testator instituit ventrem vxoris suæ, instituere videtur filium, qui ex ea prægnante nasciturus est, non autem ex alia, perinde ac si diceret; Instituo postumum meum, vel postumum, quem habeo, quo casu non trahitur institutio ad filium ex alia vxore natum, ut dicebat Glos. in l. quinta, ff. de liber. & postum.

Cæterùm, in proposita quæstione omnem postumum etiam ex alia vxore natum, institutum uideri, responderunt Alex. & Soc. in d. l. placet, ff. de lib. & postum. & alij quos refert & sequitur Mantica de coniecturis vlt. vol. lib. 4. ti. 9. nu 6. & Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumptio. 21. num. 14.

Fundamentum est in l. placet, ff. de liber. & postum. illis verbis: *Nam & cum maritus postumum hæredem scribit, non vtique is solus postumus scriptus videtur, qui ex ea, quam habet vxorem, ei natus est, vel qui tunc in vtero est, verum is quoque, qui ex quacunque vxore nascatur.* Et licet in quæstione nostra testator ventrem instituerit, est tamen idem, ac si postumum instituisset, argumento l. 3. §. nominatim, ff. de iniusto, rupto, ac irrito testam.

Ad argumentum contrariæ opinionis respondent, ita ventris accipiendam esse institutionem, vt ad tẽpus mortis referatur, quasi testator eum instituerit, qui tempore mortis in uentre erit, & nascetur: & ideo nil refert, siue ex ea nascatur vxore, quam testator tunc habet, siue ex alia.

Ego posteriorem hanc sententiam amplector, & pro eius confirmatione perpendo Vlpiani responsum in d. l. placet, in hunc modũ: Certum est Vlp. de postumo loquẽtem, accipiendũ esse generaliter, siue postumus sit in ventre vxoris, quam tunc habet testator; siue nõ sit. sic enim ait Iurisc. *Cum maritus postumum hæredem scribit,* &c. Si dicamus ergo vxorem esse prægnantem, & testatorẽ postumum instituere, sine dubio videtur se referre ad postumum ex ea uxore, quæ prægnans est, nasciturum, & tamẽ, *non vtique is solus postumus scriptus videtur, verum*

is

is quoque, qui ex quacumque vxore nascatur, inquit Triphonius. Ratio est, vt testamentum sustineatur, ne ex alia vxore natus præteritus videatur; atque ideo testamentum sit irritum.

Nec dicatur, vt dicebat Paulus Castrensis, Triphonium non esse intelligendum de testatore sciente vxorē esse prægnantem, quasi tunc videatur se restringere ad eum tantum postumum. Quoniam hæc interpretatio vim facit verbis, & merum continet vaticinium: Immo absurda est hæc interpretatio: quia plerunque accidit, vt qui vxorem habet, & ventrem siue postumum instituit, sciat vxorem esse prægnantem, aut certè ita imaginetur, & iudicet. Cur enim ventrem quis instituerет, si non cogitaret vxorem prægnantem, quam habet? Quare secundum illam interpretationem Iurisconsultus eo tantum casu accipiendus esset, quo testator ventrem, vel postumum instituens, non tamen cogitaret de filio ex ea vxore, quam tunc haberet nascituro; quod sanè absurdum est.

Ad textum verò l. filius, §. si quis ex certa, respondeo, locum habere, cùm nominatim sit institutio filij nati ex certa vxore, puta ex Titia vel Seia; nos verò loquimur de ventre instituto vxoris testatoris, nulla certa persona nominata.

CAPVT XC.

Quid si testator postumum, siue ventrem vxoris instituerit, si prægnans esset.

CAeterum cùm testator ventrem non simpliciter instituit, sed ea conditione adiecta, si vxor prægnās esset, videtur manifestè loqui de filio, qui nascetur ex ea vxore, quam tunc habuit, & ideo non intelligitur is hæres scriptus, qui ex alia vxore nascetur, argum. d. l. filius, §. si quis ex certa, ff. de liberis & postum. atque ita respondit Angelus in consil. 51. Simon notarius. Sed hanc sententiam reprobat Alexand. in d. l. placet, ff. eod. tit. Purpuratus latè in consil. 518. num. 3. lib. 2. & alij a Mantica citati, de Coniect. vltim. volunt. lib. 4. tit. 9. num. 6. & Menochio de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 21. num. 10. versic. sextus est casus, quibus & ipse assentior: Placet enim, vt valeat testamentum, benignam adhibere interpretationem, vt & alibi adhiberi solet, in l. vlt. C. de postum. hæred. instit. in l. Titius, §. Lucius, ff. de lib. & postum. atque ita dicendum erit testatorem instituisse eum ventrem, qui tempore mortis suæ prægnans esset, & postumū eum, qui tunc nasceretur. Quare siue ex ea vxore nascatur, quam tunc habuit, siue ex alia, quam post conditum testamentum duxit, talis postumus hæres institutus esse videbitur, iuxta l. placet, ff. eod. tit.

CAPVT XCI.

Si testamentum fratris, in quo turpis persona est instituta, contineat Clausulam Codicillarem; vtrum frater, qui tanquam præteritus illud rescindit, teneatur scriptis hæredibus restituere hæreditatem legitima sibi retenta; & quid de legatis.

COntrouersia est; si fratris testamentum, in quo turpis persona instituta est, rescindatur; Vtrum frater hæreditatem nihilominus scripto hæredi restituere teneatur, legitima sibi retenta, propter Clausulam Codicillarem in testamento adiectam, & negant Paulus Castrensis, ad l. si patroni, §. vlt. ff. ad Trebell. Decius in consil. 561. & alij, quos cōmemorat Vasquius de Successionum creatione, §. 10. & alij multi, quos commemorat Anton. Tessaurus, decis. Pedemont. 128. Fundamentum est, quia tale testamentū videtur esse factum à demente, & consequenter nec legata, nec fideicōmissa valent, l. Titia, ff. de inoffic. testam.

A Et cùm frater prohibeatur præterito fratre turpem, & infamem personam hæredem instituere, non debet id ei concedi via quadam indirecta, nempe, per Clausulā Codicillarem testamento adiectam, cap. cum quid vna via, de reg. iur. lib. 6.

Sed contrariam sententiam amplexi fuere Alexand. ad d. l. si patroni, §. vlt. & Cagnolus in l. 1. num. 15. ff. de inoffic. testam. & alij ab Anton. Tessauro citati loco annotato, & ita decisum est apud Afflict. decis. 125. nempe, fratrem vigore Clausulæ Codicillaris restituere oportere hæredi scripto hæreditatem, retenta sibi legitima portione.

Probatur hæc sententia; quia hoc operatur Clausula Codicillaris, vt directa institutio conuertatur in fideicommissariam, l. quærebatur, ff. de milit. testam. l. ex ea, §. 1. ff. de testam. Quam ob rem etiam in testamento, quod est nullum ob præteritionem filij, id receptum est, vt filius præteritus, teneatur hæredibus scriptis restituere hæ-
B reditatem, retenta sibi legitima; & hoc vigore Clausulæ Codicillaris testamento insertæ, vt tradunt Bartol. ad l. 1. num. 9. ff. de iure Codicillor. & alij, vt per Iulium Clarum, §. testamentum, quæst. 46. & Anton. Gabriel. Cōm. Concl. tit. de Clausulis, Concl. 7. quanto magis ergò & in fratre idem erit respondendum, cui certum est plus iuris non competere in bonis fratris, quàm filio in bonis paternis, immo minus?

Nec valet illa responsio, aliam esse rationem in filio; quia pater instituto filio in legitima, potest reliquam hæreditatem relinquere, cui velit, in fratre autem id nō procedit; quia omninò prohibetur instituere turpem personam, & fratrem præterire, nec eum in legitima tenetur instituere; quoniam fratri legitima non debetur. Replicatur enim; immo fratri legitimam deberi, quando turpis persona instituta est. Id probatur ex §. 1. in Authen. de Hæred. & Falcidia, vbi Imperator ita scribit. *Primum itaque illud est cogitandum, qui à testantibus alijs quidem*
C *imponit lex necessitatem distribuere quandam partem personis quibusdam, tanquam hoc secundum ipsam naturam eis debeatur, quale est filijs, & nepotibus, & patribus atque matribus. Interdum verò etiam fratribus.* Glos. ibi in verbo, *fratribus, vt si frater meus*, inquit, *instituit turpem personam.*

Sicut ergo liceret fratri instituto fratre in legitima sibi debita reliquam hæreditatem, cui vellet, relinquere, & frater eo in casu testamentum impugnare non posset, (Nam nec filius in legitima institutus illud impugnare potest, vt in Authent. Vt cum, de appel. cognosc. §. aliud quoque capitulum, l. omnimodo, C. de inoffic. testam.) ita nec conqueri poterit, si suam legitimam consequatur, licet reliquam hæreditatem ab intestato per fideicommissum hæredi scripto restituat.

Ad argumentum respondent negando videri factum à demente testamentum, & propter Clausulam Codicillarem sustineri dicunt ea, quæ defunctus ordinauit, licet
D intestatus videatur decessisse. Et regula illa generalis huc pertinere non potest; quia nec totam hæreditatem obtinet turpis persona, nec illud quod ex hæreditate cōsequitur, ex testamento dicitur obtinere, verùm iure fideicommissi, vt dictum est, propter Clausulam Codicillarem, quæ id ipsum operatur.

Sed his non obstantibus contrariam sententiam veriorem esse iudico, & fundamentū meum est in his, quæ superius deduxi, hoc eodem lib. cap. 11. cum de patris testamento inofficioso dissererem, quod tanquam a demente factum; & ideo in vim fideicommissi non valere dixi, ex l. Titia, ff. de inoffic. testam. Hæc autem ratio locum habet etiam in fratris testamento inofficioso. Nam & illud videri à demente conditum, probari potest ex generali regula, quam ponit Scæuola in l. patronus, §. vlt. de leg. 3. ibi: *Claudius notat. Nec fideicommissa ab intestato data debentur ab eo, cuius de inofficioso testamento constitisset: quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse*, &c. Idem probat l. 2. iuncta l. 1. ff. de inoffic. testam.

teſtam. Cum igitur ille color, vt quaſi à demente factum præſumatur, hoc efficiat, vt nihil ualeat, quod in eo teſtamento ſcriptum eſt; ſequitur dicendum, nihil operari clauſulam codicillarem.

Non obſtat, ſi dicatur nouo iure ex Nouella Iuſtiniani, vt cum de appell. cognoſc. hæc eſſe ſublata, dum conſtituit, vt teſtamento reſciſſo propter exhæredationem, vel præteritionem, nihilominus legata & fideicommiſſa valerent: Quoniam, vt concedamus eam Nouellam etiam ad fratris teſtamentum, de quo non loquitur, trahi poſſe, nihil tamen obſtat; quia non loquitur de institutione hæredis, ſed de cæteris legatis & fideicommiſſis, quæ in teſtamento continentur. Illa valere & præſtari mandat Imperator, quia teſtator in eo non peccauit, ſed vt etiam ipſa inſtitutio conſeruetur ex clauſula codicillari, in qua teſtator maximè peccauit, non poteſt ex eo inferri, cum ſit res diuerſa & diſpar ratio, nec id eo in loco Iuſtinianus ſtatuerit.

Eſt etiam magna controuerſia de legatis, in eo teſtamento relictis, quod fratris querela propter turpem perſonam inſtitutam reſciſſum eſt; vtrum ſint præſtanda, vt videre licet ex Anton. Teſſauro, qui nouiſſimè autores prolixè commemorat, d. deciſ. Pedemont. 128. nu. 6. In ſumma; difficultas omnis in eo uerſatur, quod Iuſtinianus Imperator in Nouell. vt cum de appell. cognoſc. dum præcepit Legata & Fideicommiſſa præſtari ex teſtamento reſciſſo propter exhęredationem vel præteritionem, non de teſtamento fratris inofficioſo locutus ſit, ſed parentum & filiorum; ac proinde in teſtamento fratris inofficioſo antiquæ leges manere uideantur incorrectæ, quibus probatur legata & fideicommiſſa non ualere, iuxta l. Titia, ff. de inoffic. teſtam. Sed iuſta ſanè & menti Iuſtiniani conſentanea mihi uidetur interpretatio, vt idem etiam in teſtamentis fratrum ſtatutum eſſe intelligatur, quaſi minus ſcriptum & plus dictum fuerit: Nam nulla eſt ratio diuerſitatis. Et ratio legis in teſtamento etiam fratris militat, & ex lege quæ de inofficioſo teſtamento parentum ac filiorum loquitur, etiam fratrum teſtamenta inofficioſa, normam & formam accipere, æquum eſt.

CAPVT XCII.

De reuocatione teſtamenti prioris continentis clauſulam derogatoriam, controuerſia vna.

HErmogenianus in l. 22. de legat. 3. ſcribit in hunc modum: *Si quis in principio teſtamenti adſcripſerit: Cui bis legauero, ſemel deberi volo, poſtea eodem teſtamento vel codicillis ſciens ſæpe eidem legauerit, ſuprema voluntas potior habetur. Nemo enim eam ſibi legem poteſt dicere, vt à priori voluntate ei recedere non liceat. Sed hoc ita locum habebit: ſi ſpecialiter dixerit prioris voluntatis ſe pœnituiſſe, & voluiſſe, vt legatarius plura legata accipiat.*

Ex hoc textu docent interpretes noſtri, teſtamentum, quod clauſulam derogatoriam continet, ad alia teſtamẽta (ita enim ipſi loquuntur) non reuocari per aliud poſterius teſtamentum, niſi mentio ſpecialis fiat prioris teſtamenti & clauſulæ derogatoriæ: vt puta, teſtator proteſtatus eſt ſe velle, vt primum ſuum teſtamentum ualeat, etiam ſi aliud fecerit teſtamentum, & vt plerumque adijcitur, niſi poſterius contineat hæc vel illa verba. Prius ergo teſtamentum poſteriore non reuocatur, niſi fiat ſpecialis mentio clauſulæ derogatoriæ, quod perinde valet, ac ſi cum Iuriſconſulto dixerimus, *niſi ſpecialiter prioris voluntatis* eum penituerit, & voluerit valere poſterius teſtamentum, reuocato priore.

Cæterum, eſt controuerſia; quando uideatur eſſe facta ſpecialis mentio prioris teſtamenti, vt proinde reuocatum eſſe intelligatur. Et controuerſiæ ſtatus eſt in eo poſitus, qui unum duntaxat teſtamentum fecit & non plura. Nam etſi clauſulam derogatoriam contineat, ſi tamen aliud fiat, poſteriori cenſetur reuocatum, licet nulla ſpecialis mentio prioris fiat, ſed tantum generalem prioris teſtamenti poſterius reuocationem contineat, ita docuit Barto. in dicta l. ſi quis in principio, numero 9. de legat. 3. quem multi alij ſunt ſecuti, quos commemorat Mantica de coniecturis vltimarum volunt. lib. duodecimo, titu. 8. nume. 8. Sed contrarium docuere Angelus, Paulus Caſtren. Alexãder, & alij, ad l. ſecundam, ff. de liber. & poſtum. Couuar. ad Rubr. de Teſtam. in ſecunda parte, num. 19. verſ. Tertium, & alij, quos citat Mantica loco ſuperius allegato. egregiè Dominus meus Cephalus in conſil. 375. lib. 3. nouiſſimè alios citans Menoch. de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 166. num. 25. 26. in ſecunda parte.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt in l. 2. ff. de lib. & poſtum. Vlp. *Nominatim exhæredatus filius & ita videtur: Filius meus exhæres eſto, etſi nec nomen eius expreſſum ſit, ſi modo vnicus ſit.*

Ex hoc textu colligitur argumentum; Specialem mentionem factam videri generalibus verbis, quoties generalia verba ad unum duntaxat referri poſſunt. Cum itaque vnicum teſtamentum præceſſit, Generalis reuocatio ad illud tantum relata eſſe intelligitur, & proinde ſpecialis reuocationis uim obtinet.

Reſpondent contrariæ ſententiæ autores; ſi hoc argumentum aliquid valeret, nunquam neceſſariam fore ſpecialem reuocationem teſtamenti clauſulam derogatoriã habentis, licet plura quis teſtamenta confeciſſet, quia & ſi plura conficiat quis teſtamenta, vnum tamen ſolùm valet, & ſemper prius tollitur à poſteriore. Hoc autẽ uidetur omnino falſum, quòd nunquam ſpecialis reuocatio requiratur.

Cæterum, huic reſponſioni replicant, qui Bartolum ſecuti ſunt, ac priorem illam ſententiam, fieri quidem non poſſe, ut mortuo teſtatore, plura teſtamenta ualeãt: Vnum enim duntaxat ualere debet, & non plura: ſed tamen, eo uiuente, non ita certum eſſe, quod potiſſimũ ex pluribus teſtamentis ualere debeat. Etſi enim poſteriore tollatur prius, fieri tamen poteſt, vt prius adhuc confirmetur poſteriore ſublato. Quam ob rem, dum teſtator viuit, ratio omnium teſtamẽtorum haberi debet, ideoq; rectè concluſum, cum plura extant teſtamenta, requiri ſpecialem illam reuocationem, ſecus, ſi unum tantũ præceſſerit teſtamentum, quia generalis reuocatio facta, de illo tantum intelligitur, cum de nullo alio intelligi poſſit. Adferunt & quædam alia pro refutatione dictæ reſponſionis; ſed videtur mihi omnium clariſſima hæc replicatio.

Poſterioris autem ſententiæ fundamentum eſt in d. l. ſi quis in princ. cuius legis verba ſuperius retulimus.

Et in hanc ſententiam poſteriorem ego ſanè ſum proclivior. Illud enim in Iuris quæſtionibus decidendis obſeruare ſoleo, & ſeruandum exiſtimo, vt, cum lex & ratio extat, quæ ſpecialiter ad quæſtionem propoſitam pertineant, eis ſanè adhærendum potius, quàm generalibus quibuſdam vel Regulis, vel Pronunciatis ad aliam materiam pertinentibus, putem. Iam verò, cum textum habeamus ad rem noſtram pertinentem, ex eo potius ius à nobis ſtatuendum reor. Hoc vult Iuriſconſultus, ut quoties teſtator aliquid proteſtatus eſt in futurum, non aliter ualeat, quod aduerſus eam proteſtationem fit, quàm ſi appareat ſpecialiter eum prioris uoluntatis pęnituiſſe, & uoluiſſe, vt omnino poſterior voluntas locum habeat; poſthabita priore uoluntate. Huc enim pertinent illa uerba textus. *Si ſpecialiter dixerit prioris voluntatis ſe pœnituiſſe, & voluiſſe, vt legatarius plura legata accipiat.* Erit ergo prior uoluntas reuocanda, & omnino declarandum à teſtatore, ſe velle, ut poſterius teſtamentum locum habeat: priore voluntate ſeu teſtamento cum ſuis proteſtationibus, & clauſulis infirmato.

Argu-

Argumentum porrò contrarię opinionis hoc tantum probat; ex generali reuocatione testamenti prioris, actũ censeti de testamento illo, quod Clausulam habet derogatoriam, quoties illud duntaxat, & non aliud testamentum præcessit: Sed hoc non sufficit ad tollendum illud primum testamentum, sed requiritur, vt specialiter appareat testatorem prioris testamenti pęnituisse, & vt hoc dixerit testator, quod fit per specialem, non autem per generalem derogationem testamenti prioris. Confirmatur hæc interpretatio. Nam cum testator in principio testamenti dicit, & quodammodo protestatur, *Si cui bis legauero, semel deberi volo.* Et postea in eodem testamento, vel Codicillis sępiùs legat, sine dubio hæc, tanquam vltima voluntas, videtur esse præferenda priori; sed tamen, quia prior voluntas sequenti derogauit, requiritur, vt specialiter dicat, se prioris voluntatis pœnituisse, & voluisse, vt plura legata darentur. Quam ob rem sola prioris voluntatis reuocatio non sufficit, sed necesse est, vt appareat testatorem id velle, vt valeat posterior voluntas, & non prior; & sic speciali opus est derogatione, non autem generalis illa sufficit; sicut nec Iurisconsulto sufficit prioris voluntatis testatorem pœnituisse, (hoc sanè æquiualet generali reuocationi testamenti prioris) sed requirit etiam, vt testator voluerit contrarium eius, quod prius ordinauerat, nempe, plura legata dari, licet antè dixisset, *semel deberi volo.* Et hoc est, quod paucioribus verbis dixit Couuar. loco superius annotato, cum dixit, non solum necessariam esse mentionem testamenti prioris, sed etiam Clausulæ derogatoriæ in eo contentæ, quod non est necessarium inquit in l. 2. ff. de lib. & postumis: quia scilicet nulla præcesserat derogatoria dispositio testatoris.

CAPVT XCIII.

Vtrum frater fratris testamentum tanquam inofficiosum impugnare possit, si in eo spurium instituerit.



QVæ paulò antè de fratris testamento inofficioso diximus, in memoriam reuocant aliã inter Doctores Controuersiam, quæ vt silentio prætereatur, æquum non est: Si frater testamento facto spurium aliquem hæredem instituerit, fratre præterito; vtrum liceat fratri testamentum impugnare tanquã inofficiosum? Duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ; Altera, non posse. Altera verò, posse. Prioris autores sunt Cagnolus ad l. 1. num. 14. ff. de inoffic. testam. Illustrissimus & Reuerendissimus Cardinalis Paleotus de nothis, & spurijs, capit. 55. num. 5. Rolandus à Valle, in consl. 87. lib. 3. Posterioris Azo in Summa, Tit. Ex quib. caus. infamia irrogetur, nu. 4. Bart. Bald. & Alex. ad l. etsi pepercerit, ff. de lib. & postum. Iason in consil. 154. nu. 5. lib. 1. & alij, quos commemorat Anton. Tessaurus, decis. Pedemontana, 127. Sed longè latius Hartmannus Pistorius quæstio. Iuris Romani, lib. 1. cap. 30.

Prioris sententiæ fundamentum est; quia tunc frater impugnare potest fratris testamentum tanquam inofficiosum, cum in eo turpis vel infamis persona instituta est, l. fratres, C. de inoff. testam. Sed Spurius non est infamis, neque turpis persona; Ergo testamentum, in quo Spurius institutus est, impugnari non potest.

Assumptio probatur multis testimonijs. Primum ex l. Spurij, ff. de Decurionib. Papinianus: *Spurij Decuriones fiunt, & ideo fieri poterit ex incesto quoque natus; Non enim impedienda est dignitas eius, qui nihil admisit.* Secundò ex l. crimen, ff. de pœnis, Callistratus: *Crimen vel pœna paterna nullam maculam filio infligere potest.* Tertiò ex l. legem, C. de naturalib. liber. ibi: *Mouente misericordia, qua indigni non sunt, qui alieno laborant vitio.* Quartò, *quia nasci ex adulterio non est culpa nascentis, sed generantis*, c. nasci, distinct. 56. & Io. Chrysostomus: *Nunquam de vitijs*, inquit, *erubescamus parentum, sed illud*

A *vnum quæramus, & semper amplectamur, virtutem videlicet*, c. Nunquam, eadem distinct. & diuus Hieronymus inquit: *Dominus noster Iesus Christus voluit non solum de alienigenis commixtionibus, sed etiam de adulterinis nasci, nobis magnam fiduciam præstans, vt qualicunque modo nascamur, dum tamen vestigia eius imitemur, ab ipsius corpore non separemur, cuius per fidem membra effecti sumus*, c. Dominus, eadem distinct. Denique satis constat, multos, qui Spurij fuerunt, viros egregios, & insignes extitisse, & ad maximas dignitates euectos fuisse, vt in c. Osius, d. distin. 56. & prosequitur Illustrissimus Paleotus vbi suprà. Et quod attinet ad rem nostram, satis constat nulla lege Spurios à successione extraneorum excludi; sed tantum à parentum successione, vt in Authen. Ex complexu, C. de incestis nupt.

Fundamentum autem posterioris sententiæ illud est; quoniam vt fratris testamentum impugnari possit tanquam inofficiosum, sufficit, si in eo hæredes scripti fue-
B rint infames, vel turpes personæ, *vel leuis notæ macula aspergantur*, vt in d. l. fratres, C. de inoff. testam. Sed Spurij videntur esse saltem tali macula aspersi. Ergo testamentum, in quo Spurius institutus est hæres, à fratre impugnari poterit.

Assumptio argumenti probatur; primò, quia scriptum est in sacris literis: *Adulterorũ filij abominatio sunt Deo*, vt Sap. cap. 3. *& adulterinæ plantæ non dabunt radices altas, nec stabilem sedem ponent.* Sapientiæ 4. Et scribit Bonifacius Martyr; genus hoc nec bello forte, nec fide constans, nec Deo amicum esse, vt in c. si gens, distinct. 56 & Calixtus Pontifex: *Nos*, inquit, *sequentes patres nostros, infamia eos notamus, & infames esse censemus, quia infamiæ maculis sunt aspersi.* In cap. coniunctiones, 35. quæstio. 2. Denique, vt dicebat Innocentius III. *Tam lex Mosaica, quàm Canonica sobolem susceptam ex adulterio detestatur, testãte Domino, qui ait, quod Manzeres, & Spurij vsque ad decimam generationem in ecclesiam non intra-
C bunt, Canone verò vetante, tales ad sacros ordines promoueri, secularibus quoque legibus non solum repellentibus eos à successione paterna, sed negantibus ipsis etiam alimenta*, vt in cap. per venerabilem, Qui filij sint legitimi. Et ideo S. Augustinus: *Sanctius est*, inquit, *defungi sine liberis, quàm ex illicito concubitu stirpem quærere*, vt c. sicut, 32. quæstio. 4.

Testimonijs autem in contrarium allatis respondent posterioris sententiæ autores; illa esse accipienda, quoad vitam æternam, & bona spiritualia, non autem quoad iuris effectus: Sed & proximè relatis autoritatib. respondent prioris sententiæ defensores, eas locum sibi vindicare, cum filij Spurij paterna flagitia imitantur, autoritate Gratiani in cap. cenomanensem, in fine, 56. distinct. *Adulterorum filij abominatio sunt domino, sed sicut supra dictum est* (inquit Gratianus) *de presbyterorum filijs, ita & hoc de filijs adulterorum intelligendum videtur, vt illi dicantur esse abominatio domino, ad quos paterna flagitia
D hæreditaria successione descendunt.* Hactenus Gratianus, & idem in c. 1. §. 1. eadem distinct. *Sed hoc intelligendum est de illis*, inquit, *qui paternæ incontinentiæ imitatores fuerint.* Eandem interpretationem secutus est Innocentius III. in c. nisi, §. personæ, de renunc. *Quod scriptum est*, inquit, *Ego sum Deus Zelotes, vindicans peccata patrum in filios vsque in tertiam & quartam generationem, in his, qui oderunt me, intelligitur in illis, qui contra me parentum odium imitantur.*

Ego hac in re inprimis animaduerti, nullam Legem, nullum Canonem extare, qui spurios ea, de qua agitur, macula notatos significet. Obseruaui quoque non vsquequaque eos integræ opinionis esse, sicut legitimè natos. Negari enim non potest, quin aliquam saltem leuem maculam habere videantur, quò fit, vt in dignitate adipiscenda, si competitorem habeant legitimè natum, is illis pferatur, vt in l. generaliter, §. Spurios, ff. de decurionib.

Ego igitur existimarem (quod ad propositam quęstionem attinet) distinguendum esse, vt, siquidem Spurij re

&

& vita honesti sint, tunc nulla infamia, nulla macula aspersi esse intelligantur, ideoque tutò possint hæredes institui; Secus autem, si paterna vitia sectentur, moueor argumento sumpto ex verbis Iurisconsulti, in d.l.generaliter, §.Spurios, ff.de Decurionib.ibi: *Cessantibus verò his etiam Spurii ad Decurionatum, & re, & vita honesti recipientur.* Et ex verbis S.Ioan. Chrysostomi in c.nunquam, 56.distinct. *Natus ex meretrice*, inquit, *si propria virtute decoretur, parentum non dedecoratur opprobriis.* Et in c.apostolica, & seq.eadem distinct. *Quamuis filius Sacerdotis sit, si cætera virtutes in eum conueniunt, illum non reiicimus, sed suffragantibus meritis patienter suscipimus.*

CAPVT XCIV.

In materia iuris accrescendi examinatur controuersia Doctorum de coniunctis re, & verbis, an ab initio partes faciant, ad similitudinem coniunctorum verbis tantum.

Communis est & vera Doctorum sñia coniunctos re, & verbis ab initio partes non facere; sed per concursum. Exempli causa: Si testator dicat; Titio & Mæuio fundum relinquo, vel Titium, & Mæuium hæredes instituo. Videtur relictus fundus cuilibet in solidũ ex verbis testatoris, & similiter ambo in solidum hæredes videntur instituti; sed per concursum partes faciunt ex mẽte testatoris; quia si ambo ad legatum concurrant, vel hæreditatem, fit diuisio, & quilibet eorum dimidiam tãtũ habet. Ita docet Bart.ad l.re coniuncti, nu.22. Ias.nu.88. Ripa, nu.74. Vasquius lib.3.de Successionum progressu, §.21.num.58. Antonius Fumeus Parisiensis in tract. de Coniunctionib. c.de Coniunctione mixta.

Probatur verò hæc sententia ex l.quidam relegatus, §.vlt. & ll. seq. ff de reb. dub. Caius: *Si tibi & postumo suo, vel alieno hæreditatem restituere quis rogauerit; Vtrum ita postumus partem faciat, si natus sit, an etsi natus non sit, quæritur? Ego commodius dici puto, siquidem natus non est, minimè eum partem facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relicto.*

Item ex l.coniunctim, de leg.3. Celsus: *Coniunctim hæredes institui, aut coniunctim legari, hoc est, totam hæreditatem, & tota legata esse singulis data, partes autem concursu fieri.*

Huc etiam pertinet, l.si mihi, & tibi, de leg. t.ibi: *Et si voluero eam rẽ ex meo legato ad me pertinere, vt tota mea sit*, &c. Et l.si duobus, §.vlt.eod.tit.in verbo, *vindicabit.*

Denique ita docet Imperator Iustinianus in §. si eadem, in Instit.de legatis, dicens: *Si eadem res duobus legata sit, siue coniunctim, siue disiunctim, Si ambo perueniant ad legatum, scinditur inter eos legatum*, &c. *Coniunctim autem legatur, veluti; Si quis dicat Titio, & Seio hominem Stichum do, lego.*

Hoc exemplum pertinere ad coniunctionem re, & verbis factam, qua de agitur, probat l.triplici, ff.de verbor.signific.

Contrarium docent Zasius prolixè admodum & accuratè, lib.1.Singul. Responsor.cap.18. Franciscus Duaren.de iure accrescendi, lib.1.cap.11. & vt mihi videtur, Alciatus quoque ad d.l.Re coniuncti, num.32.de leg.3. necnon Antonius Goueanus lib.Sing.de iure accrescendi, non procul à principio. Isti volunt coniunctos re, & verbis partes ab initio habere; non autem solidum. Et pro hac sententia tria potissimum adferuntur argumenta. Primum est; quia coniunctio ista mixta est, nec facit nouam speciem ab alijs separatam, sed in totum vnam, aut alteram prorsus imitari debet, nempe, aut coniunctionem, quæ re tantum vocatur, aut quæ verbis tantũ. Sed magis similis est verbali coniunctioni, in qua constat ab initio partes fieri, ergò in coniunctione ista, quæ mixta est re, & verbis, partes ab initio fieri videntur; nó

A autem per concursum tantum. Assumptio sic probatur: *Nam coniunctio verbalis* (inquit Zasius) *ita coniungit, vt etiam à re non prorsus separet, l.Re coniuncti, 2.responso quod etiam ex iure accrescendi patet. Sed coniunctio realis a re ita coniungit, vt oratione & verbis omninò separet. in huiusmodi enim coniunctione necesse est orationes esse separatas, d.l.Re coniuncti, in princip.id quod etiam expressa euidentia cognoscitur. Cum autem coniunctio re, & verbis, quam mixtam nominauimus, sit complexus nominis, & rei, d.l.Triplici, apparet, quod plus communicat cum verbali coniunctione, quæ rem à se non prorsus separat, quàm cum reali, quæ verborum nexum prorsus abhorret, & separat. Ea ergò coniunctio, quæ est mixta re, & verbis, sequetur naturam coniunctorum verbis, non coniunctorum re; Immò impossibile per naturam positiuam est, quod verbalis, & realis colligatio vllo pacto purè reali accedat, quando illa complexum habet nominis, & verbi, hæc verò à complexu verborum est alienissima.* Hactenus ille.

B Secundum argumentum est ex l. planè, §. si coniunctim, de leg.1. vbi Iurisconsult. *Si coniunctim res legetur, constat ab initio partes fieri.*

Nec valet illa responsio, textum loqui siue accipiendũ esse, de coniunctione verbali; quia exemplum adfert, quod pertinet ad coniunctionem mixtam, qua de agitur, vt puta: *Si Titio, & Seruo proprio sine libertate*, &c. Hæc enim est mixta coniunctio.

Tertium argumentum est; quia si coniuncti re, & verbis solidum ab initio haberent, vnius portio deficientis ad alterum coniunctum transiret sine onere, vt declarat textus in l.vna, §. vbi autem, C. de caduc. tollend. ibi: *Sin autem ad deficientis personam hoc onus fuerit collatum hoc non sentiat is, qui non alienum, sed suum legatum imminutum habet.* Sed transit cum onere, vt docet Glos. ibi in verbo; *Non sentiat*, autoritate textus eiusdem legis, in § vbi autem, in illis verbis: *Sin verò pars quædam ex his deficiat, sancimus eam omnibus, si habere maluerint, pro* C *virili portione cum omni suo onere accrescere.* Quæ sententia est communiter recepta, vt per Ripam in d.l.Re coniuncti, num.195. Igitur coniuncti re, & verbis non faciunt partes per concursum, sed statim ab initio ex verbis testatoris.

Ad primum argumentum respondetur, coniunctionem re, & verbis constituere tertiam speciem diuersam ac separatam, vt patet ex l.Re coniuncti, de leg.3.ex l.triplici, ff.de verb. signific.in quibus legibus fit mentio triplicis coniunctionis; & licet in aliquibus videatur imitari naturam coniunctionis verbalis, non tamen potest negari, quin imitari debeat etiam aliqua ex parte naturam realis coniunctionis. Cur enim re, & verbis diceretur, si non participaret aliquo pacto etiam naturam realis coniunctionis? Quare valde infirmum est illud argumentum, ex quo infertur, coniunctionem hanc mixtam in hoc participare naturam verbalis coniunctionis, vt partes ab initio vnicuique attribuat. Nam id statim, ac me- D rito negari potest; quia cum contraria sit in hoc natura realis coniunctionis, nobis exploratum esse non potest, vtrum in hoc ipso sequatur eius naturam, necne: Quamobrem rectè dicebat Parisius in Commentariis d.l. re coniuncti, num.47. Coniunctos re, & verbis tanquam mixtos participare naturam simplicium, *Sed non in omnibus.*

Ad secundum argumentum respondeo, exemplum illud, quod adsertur in l.planè, §.si coniunctim: *Si Titio, Seruo proprio sine libertate*, &c. Non pertinere ad verba præcedentia textus, quibus dicitur, si coniunctim aliquid legetur, partes ab initio fieri; Sed ad verba sequentia, quibus dicitur: *Nec solum ii partem faciunt, in quorum persona consistit legatum, verum ii quoque, in quorum persona non consistit legatum, vt puta; Si Titio, & Seruo proprio sine libertate legetur.*

Quamobrem Iurisconsultus non declarat ibi, vtrum Titio, & Seruo legatum simpliciter relictum sit, an verò æquis portionibus, quoniam eo exemplo id tantũ voluit docere,

docere, eos quoque partem facere, in quorum persnna, A legatum non consistit. Proinde summa ratione illa interpretatio recipienda est, vt dum dicit: *Si coniunctim res legetur, constat partes ab initio fieri*, intelligatur, si res coniunctim legetur, non simpliciter (qun pacto coniunctio designatur re, & verbis simul,) sed æquis portionibus; ad quem modum constat fieri verbalem coniunctinnē, vt in l. Re coninncti, & in d. l. Triplici, Cur ita? ne Vlpianus in d. §. sic coniunctim, pugnet cum Celsin in l. cōiunctim, de leg. 3. Ait Vlpianus: *Si coniunctim res legetur, constat ab initio partes fieri.* Rectè, si de verbali coniunctione agatur. Ait Celsus: *Coniunctim heredes institui, aut coniunctim legari, hoc est, totam hereditatem, aut tota legata esse singulis data, partes autem concursu fieri.* Rectè, si loquatur Celsus de cōiunctione reali, aut mixta re, & verbis facta.

Ad tertium argumentum respondeo, negandn ad cōiunctum re, & verbis rem transire cum onere. Et quod attinet ad textum; qui adfertur in d. l. vna, §. vbi autem, B & in §. præcedente, Respondeo, accipiendnm esse Iustinianum de verbali cōiunctione, sicuti nlim dicebat Petrus Bellapertica. Quæ sentētia manifestè probatur hac ratione. Iustinianus in d. §. vbi autem, in vers. Sin autem ad deficientis, dicit, portionem deficientis transire absque onere, quoties ab initio cuilibet res in solidum relicta est, licet per concursum partes faciant, coniungendo versiculum; *Sin autem ad deficientis*, cum verbis præcedentibus, ibi: *Quia sermo testatoris omnibus prima facie solidum assignare videtur, alus superuenientibus partes à priore abstrahentibus, vt ex aliorum quidem concursu prioris legatum minuatur.*

Sed in coniunctione mixta, re & verbis, ab initio solidum assignatur coniunctis, & per concursum partes finnt, vt probatum est, Ergo, res non transit in coniunctum re, & verbis cum onere: Et consequenter, dum idem Iustinianus dixit, transire cum onere in coniunctum, intelligendus est, vt loquatur de eo, qui verbis con- C iunctus est.

Et licet Imperator in d. §. vbi autem, vers. Sin autem ad deficientis, loquatur de disiunctis siue separatis, qui tamen aliàs re coniuncti appellantur; eadem tamen ratio est in coniunctis re, & verbis, si sententia ista admittatur, nempe, solidum ab initio assignatum videri singulis coniunctis. Nec enim quidquam in contrarium efficere potest ratio coniunctionis in eadem nratinne; quia hunc quidem effectum Bart. attribuit orationis coniunctioni & copulæ, sed nulla lege id pmbat. Neque enim huc pertinet l. Seiæ, §. Caio, ff. de fundn Instr. quam adfert Bart. vt dicebat Ripa, in d. l. Re coniuncti, num. 195. & patet ex verbis eius legis. Qualis verò est Ripæ co in loco ratiocinatio: *Si testator volebat onus accrescere, facilè erat coniunctim ei disponere. Ergo si coniunctim disposuisset onus etiam accreuisset?* Nego enim illud sequi in coniunctis re, & verbis, aut re tantum; quia istis snlidū legatum ab initin assignatur. Quare dum in fine dicit Iu- D stinianus, (quæ verba ponderantur à Ripa, licet non citentur) *nam si contrarium volebat* (scilicet rem cum onere accrescere) *nulla erat difficultas coniunctim ea disponere.* Ego existimo accipiendum Imperatorem non de omni coniuncto: repugnaret enim superioribus, sed de coniuncto verbis tantum; ad eum enim, vtpote ab initio vocatum ad partem tantum, meritò coniuncti portio transire debet cum onere adiuncto. Post hæc scripta, legi, Iacnbum Cuiacium ad tit. de caducis tnllend. non procul à fine Commentarii constituentem differentiā; vtrum coniunctis re, & verbis legatum per vindicationem relinquatur, an vero per damnationem: vt priore casu, non nisi concursu partes faciant legatarij, l. coniunctim, de leg. 3. Posteriore autem ab initio qnoque partes faciant, l. planè, §. si coniunctim, de leg. 1. Sed cum hæc verborum solennitas sublata sit, vt patet ex Iustiniano in Instit. de Legatis, §. sed olim, & nihil hac de re sit constitutum in legibus, quas Cuiacius adducit, nullaq; men A tio talis in propositn differentiæ, dubito, an viri doctissimi iudicium probari possit.

CAPVT XCV.

Quo modo accipiendum, quod dicit Iustinianus in l. vna, §. vbi autem, C. de caducis tollend. vnius portionem deficientem alijs coniunctis accrescere, pro virili portione.



AVsim affirmare Paulū Castrensem magis acutè vidisse hac in re, quàm Franciscū Duarenum. Cnm enim in materia iuris accrescendi inter omnes constet, portionem deficientem non accrescere omnibus coninnctis æqualiter, sed proportione tantum hæreditatis, vel legati, ex l. liber homn, 59. §. cum quis, ff. de hæred. instit. ex l. Mæuio, 42. de leg. 2. notat Bart. ad l. Re coniuncti, B nu. 56. de leg. 3. Ripa ibid. nu. 197. Aug. Berous in cons. 11. nu. 25. lib. 2. Cum, inquam, hęc sit vera, & communis omnium sententia, in dubium reuocatur, cur Imperator Iustinianus, qui in l. vnica, §. his ita, C. de caducis tnllēd. de hæreditate verba faciens, dixit: *Hoc quod fuerit quoquo modo vacuatum, si in parte hereditatis, vel partibus consistat, alus coheredibus cum suo grauamine pro hereditaria parte, etiamsi iam defuncti sunt, adquiratur.* Cur, inquam, in sequenti, §. vbi autem, de Legatarus loquens, dixerit, pro virili portione accrescere, his verbis: *Vbi autem legatarii vel fideicommissarii duo fortè, vel plures sunt quibus aliquid relictum sit, siquidem hoc coniunctim relinquatur, & omnes veniant ad legatum pro sua quisque portione, hoc habeat; sin autem pars quadam ex his deficiat, sancimus eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere accrescere*, &c.

An quia sit constituenda inter hæredes, & legatarios differentia? nequaquam. Franciscus Duarenus lib. 2. de C iure accrescendi, c. 3. virilem portionem accipit pro parte uirili cuiusque, etiamsi æqualis non sit, ut notatur in l. uirilis, ff. de uerb. sign. & sic pro portione legati. Sic & Cuiac. ad Tit. C. de cad. tollend. circa finem.

Sed cum Iustinianus in eadem Cōstitutione ad aliud propositum explicauerit, quid pro uirili portione intelligat, in §. sed ut manifestetur, ubi: *Pro virili omnimodo portione*, inquit, *idest, pro numero personarum*, parum uerisimile uidetur eum aliter intellexisse in d. §. ubi autem, aut si aliter intellexisset, non explicasse.

Verum Paulus Castrensis in Cnmmentatijs d. §. ubi autem. Sic rem illam explicat: *In textu ibi pro virili portione* (nerba sunt ipsius) *dic hoc, si viriliter fuerunt honorati, æqualiter eis relictum, aliàs pro portionibus, quas habent in re legata.*

Quod igitur alibi scriptum est, accrescere pro portione legati, ut in d. l. Mæuin, rectè procedit, & accipiendū est, cum coniunctorum legatariorum portiones inæqua- D les sunt. Quod uerò dicit Iustinianus, prn uirili portione accrescere, accipiendum est, cum omnium legatarinrum portiones sunt æquales, ut in d. §. ubi autem, Recta mihi uidetur expositio literalis, & uera.

CAPVT XCVI.

Ius accrescendi an locum habeat, cum non ipso iure, sed ope exceptionis deficit portio.



REcte, ut mihi uidetur, docet Franciscus Duarenus, lib. 2. de iure accrescendi, cap. 19. Iuri accrescendi locum esse, siue deficiat portin ipsn iure, siue ope exceptionis, quoniam secundum iuris antiqui regulam nihil interest, utrum ipso iure actionem quis non habeat; an uerò ope exceptionis excludatur, l. nihil interest, de reg. iur.

Contrariæ sententiæ fundamentum est in l. si dun patroni, ff. de iureiurand. Vlpianus: *Si duo patroni essent, & libertus altero deferente iurasset se libertum eius non esse;*

Verum

Verum alteri ſibi debita portionis, an vero dimidia debita ei, & ſuæ partis bonorum poſſeſſio competeret, Iulianus quærit, & ait: Si is, ne iuratum eſt, patronus fuiſſet, alteri ſua partis bonorum poſſeſſionem competere; nec ei prodeſſe, quod aduerſus alterum libertus iuraſſet.

Accurſius ibi in verbo *Iuraſſet*, opponit l.communi, ff.de bonis libertorum, Iulianus: *Communi liberto* (inquit) *ſi ex duobus patronis alter iuſiurandum exegerit, ne vxorem ducat; ſiue viuo liberto deceſſerit; is, qui extra hanc culpam fuerit, vel ſuperuixerit, partis vtrique debita bonorum poſſeſſionem ſolus habebit*. Solutionem affert iſtam, nempe, Iulianum loqui eo in caſu, quo alter patronus ipſo iure patronatum amiſerat, vnde alteri accreſcere poteſt, quod omnino eſt amiſſum; Vlpianum uerò loqui, cum ius patronatus non omnino eſt amiſſum per dilationem iuriſiurandi; obſtat enim tantum exceptio.

Ex his ſumpta eſt illa traditio, ius accreſcendi locum habere, quoties ipſo iure portio deficit: ſecus ſi deficiat ope exceptionis. Ita Bart. ibi notat, & Zaſius. Ripa ad l. re coniuncti, nu.176. de leg.3. Hippolytus Rimin. in conſil.244. nu.305. lib.3.

Adſert etiam Zaſius pro confirmatione l.hæreditas, C.de his quibus vt indig.

Sed quod attinet ad l.ſi duo patroni, ratio deciſionis non eſt illa, quam Accurſius commemorat; ſed quia iuſiurandum alterius (nempè liberti) alteri neque prodeſt, neque nocet, l.3. ff.de iureiur. Quare nec alteri patrono prodeſſe debet, ſi actio, nec conuentio inter alios facta aliis prodeſt, l.ſi unus, §.ante omnia, ff. de pact. cum itaque liberti iuſiurandum alteri patrono non proſit, nihil mirum, ſi patroni, qui iuſiurandum detulit, portio non accreſcit alteri patrono.

Cur autem apud Iulianum in d.l.communi, portio iuris patronatus unius, accreſcat alteri, illa eſt ratio; quia verè defecit in perſona illius. Deficit enim ius patronatus, ſi patronus viuo liberto deceſſerit, ſi libertum non aluerit, ſi ad iuſiurandum adegerit ne vxorem ducat, l.ſi patronus, 33. ff.de bonis libertor. l.5. l.qui contra, ff.de iure patronatus. Iulianus autem loquitur in caſibus ſcilicet; *Si ex duobus patronis alter iuſiurandum exegerit, ne vxorem ducat, ſiue viuo liberto deceſſerit*. Quare deficiẽs portio alteri meritò accreſcit.

Quòd verò attinet ad l.hæreditas, illa nihil facit: ibi enim vnius hæredis portio alteri non accreſcit, ſed à fiſco vindicatur; quia erat indignus, & ideo pœnæ obnoxius. de qua in toto illo titulo. Quæ enim indignis auferuntur, ſicut olim, ſic & hodierno iure ad fiſcum pertinent, vel ad alias perſonas: intacta enim ea iura Iuſtinianus ſeruauit, vt in d.l.vnica, §.quæ autem, C.de caduc. tollendis.

CAPVT XCVII.

Is, qui non admittitur ad partem, an faciat partem ad impediendum ius accreſcendi.



Mperator Iuſtinianus: *Si eadem res duobus legata ſit, ſiue coniunctim, ſiue diſiunctim, ſi ambo peruenerint ad legatum, ſcinditur inter eos legatum, ſi alter deficiat: quia aut ſpreuerit legatum, aut viuo teſtatore deceſſerit, vel alio quoquo modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet*. §.ſi eadem. in Inſtit. de leg.

Idem Iuſtinianus in Conſtitutione, quam edidit de caduc. tollend. Codici inſerta ſtatuit, vt quocunque modo deficiat pars rei legatæ, ea accreſceret coniuncto, iis exceptis, quæ vt indignis auferuntur, & fiſco applicantur, iuxta l.vnicam, §.quæ autem, C.de caduc. tollend.

His autoritatibus adductus ego ſic ſtatuo; antiquas leges locum non habere, in quibus dicitur eum, qui ad partem non admittitur, partem tamen facere coniuncto, atque impedire, ne totum habeat. Nam cum ipſius portio deficiat, nec eam capere ipſe poſſit, uidetur potius

A coniuncto debere accreſcere ex lege Iuſtiniani. Exemplum: cum Titio & Mæuio legatus eſt Stichus, qui Titii erat, l.huiuſmodi, §.ſi Titio, de leg.1. ſi Titio & Seruo proprio ſine libertate legetur, l.plane, §.ſi coniunctim, eodem ti. Item cum duobus legatum eſt, quorum alter nõ fuit in rerum natura, l.ſi duobus, ff.eod.ti. & alia eiuſmodi. His caſibus portionem accreſcere coniuncto, ex noua Iuſtiniani Conſtitutione, tam etſi veteres leges aliter ſtatuerint, puto. Autorem habeo Duarenum, lib.2. de iure accreſcendi, c.18.

Quamobrem & Bartolum ad l.huiuſmodi, §.ſi Titio, de leg.1. & poſt eum Zaſium lib.1. Sing. Reſponſor. c.19. & Ripam ad l.re coniuncti, nume.140. de leg.3. & Cagnol. ad l.vnicam, C.quando non petentium partes, &c. num.57. & ſi qui ſunt alii, fruſtrà laboraſſe contendo in diſtinguendis caſibus, in quibus is, qui non admittitur ad partem, facit partem: cum ex lege Iuſtiniani partem non faciat amplius coniuncto, nec locus antiquis legi-
B bus eſſe queat; Qua tamen in re doctiſſimorum virorum ſententiam libenter audirem, præſertim uerò Huberti Giphanii collegæ mei, cuius acre iudicium, ac ſummam in legum nodis explicandis peritiam, eruditionemque variam, ac planè ſingularem, iamdiu admiror ac ſuſpicio.

CAPVT XCVIII.

Quæ ſit ſententia l.re coniuncti, ff. de leg. 3.



Aulus. *Re coniuncti videntur non etiam verbis, cum duobus ſeparatim eadem res legatur. Item verbis, non etiam re, Titio & Seio fundũ æquis partibus do, lego; quoniam ſemper partes habent legatarii. Præfertur igitur omnimodo cæteris, qui & re, & verbis coniunctus eſt. Quod ſi re tantum coniunctus ſit, conſtat non eſſe potiorem, ſi uero ver-*
C *bis quidem coniunctus ſit, re autem non, quæſtionis eſt, an coniunctus potior ſit; & magis eſt, ut ipſe præferatur.*

Exploſa ueterum ſetentia, amplector eam, quam Alciatus, Duarenus, & alii recentiores amplexi ſunt, hanc verbis Pauli interpretationem adhibendam, vt poſtquã explicauit, qui dicantur re coniuncti. Item qui verbis, tres quæſtiones proponat ac decidat uerbis ſequentibus. Prima quæſtio eſt, ſi aliqui ſint coniuncti re, aliqui verbis, aliqui re & verbis ſimul, & vnius portio deficiat, ad quem pertineat ex coniunctis eius, in cuius perſona deficit, vtrum ad coniunctum uerbis, an re: an potius ad eũ qui & re verbis coniunctus eſt. Paulus reſpondit re & verbis coniunctum cæteris omnibus præferri. Secunda quæſtio eſt: vtrum is, qui re tantum coniunctus eſt, præferatur ei, qui verbis tantum coniunctus eſt. & reſpondit Paulus non præferri. *Quod ſi re tantum, inquit, coniunctus ſit, conſtat non eſſe potiorem*, ſcilicet coniuncto verbis tantum, quod enim potior non ſit coniuncto re &
D verbis, in prima quæſtione declaratum eſt, quia dictum & concluſum eſt re & verbis coniunctum cæteris præferri. Tertia quæſtio eſt, vtrum coniunctus verbis tantũ, præferatur ei, qui re coniunctus eſt; & reſpondit Paulus præferri: *Si verò verbis quidem*, inquit, *coniunctus ſit, re autem non, quæſtionis eſt an coniunctus potior ſit, & magis eſt, vt ipſe præferatur.*

Aduerſus hanc interpretationem opponitur primò, l. ſi quis, 66. ff.de hæred. inſtituend. ſecundò l. Mæuio, 42. de leg.2.

Si ita (inquit Pomponius) *hæredes inſtituerit: Titius hæres eſto. Caius & Mæuius ex æquis partibus hæredes ſunto, quamuis & ſyllaba coniunctionem faciat, ſi quis tamen ex his decedat, non alteri ſoli pars accreſcit; ſed omnibus cohæredibus pro hæreditariis portionibus; quia nõ tam coniunxiſſe, quàm celerius dixiſſe videatur.*

Mæuio (ait Priſcus Iabolenus) *fundi partem dimidiam, Seio partem dimidiam lego: eundem fundum Titio lego. Si Seius deceſſerit, pars eius vtrique accreſcit: quia cũ ſeparatim*

& partes

& partes fundi, & totus legatus sit, necesse est, vt ea pars, quæ cessat, pro portione legati cuique eorum, quibus fundus separatim legatus est, accrescat.

Respondeo, quod attinet ad locũ Pomponij, causam adferri à Iurisconsulto, ob quam is, qui verbis coniunctus est, cæteris non præfertur; sed portio deficiens omnibus coniunctis accrescit: *Quia*, inquit, *non tam coniunxisse, quàm celerius dixisse videatur*. Hoc est, licet videatur testator hæredes coniunxisse Caium, & Mæuiũ, cum dixit, *Caius, & Mæuius ex æquis partibus hæredes sunto*, quoniam syllaba, &, coniunctionem facit, & sic videantur illi verbis coniuncti, ac proinde, si alterius portio deficiat, alteri soli accrescere debere; quoniam verbis coniunctus potior est, ac præfertur, re coniuncto, tamen non præfertur; quia non ea fuit testatoris voluntas, vt eos coniungeret, sed vt separatim institueret, hoc modo: Titius hæres esto, Caius hæres esto, Mæuius hæres esto, breuitatis autem causa celerius dixit: Caius, & Mæuius ex æquis partibus hæredes sunto.

Ad textum autem Iaboleni respondeo, rationem ibi adferri à Iurisconsulto, quare portio deficiens omnibus accrescat; quia scilicet, *separatim & partes fundi, & totus fundus legatus sit*, quasi dicat non esse hic quærendum, an vnus ex coniunctis, nempe, verbis coniunctus, aliis potior esse debeat: licet enim coniuncti verbis dicantur, quibus eadem res relinquitur pro æquis portionibus; tamen id intelligitur cum in eadem oratione fit, non in diuersa, idest, cum coniunctim id fit, non separatim, quare cum *separatim & partes fundi, & totus fundus legatus sit*, verbalis coniunctio cessare debet, ideoque pars decedentis omnibus accrescit pro portionibus hæreditarijs, quia vnus alio magis coniunctus non est.

His breuem, & vt arbitror, perspicuam ac solidam obscuræ, ac difficilis controuersiæ explicationem habes, quæ mihi non paruo labore constat.

CAPVT XCIX.

Quæ sit sententia l. mulieri, & Titio, ff. de condit. & demonstrat.

PApiniani verba hæc sunt. *Mulieri & Titio vsusfructus, si non nupserit mulier, relictus est. Si mulier nupserit: quamdiu Titius viuet, & in eodem statu erit; partem vsusfructus habebit. Tantum enim beneficio legis ex legato mulieri concessum esse intelligendum est, quantum haberet si conditioni paruisset. Nec si Titius, qui conditione defectus est, legatum repudiet, ea res mulieri proderit.*

Malè generalem ex hoc loco Bartolus infert conclusionem; cessare ius accrescendi, quoties portio legati ex iure quodam speciali acquiritur contra voluntatem testatoris, sicut hic mulier partem suam vsusfructus habet, licet non paruerit voluntati testatoris ex quodam iure speciali; quia videlicet illa conditio *si non nupserit*, non valet. Malè, inquam, Generalis Regula hinc statuitur, sicut ostendit Alciatus lib. 6. Paradoxorum, cap. 8. & sanè nihil est periculosius, quàm ex vno casu, qui suas habet circumstantias, & rationes, Regulam Generalem constituere.

Quod verò attinet ad ipsam legis sententiam, non idem omnes sentiunt, vt videre licet ex Socino seniore in Commentariis eius loci. Ripa ad l. re coniuncti, nume. 145. de leg. 3. Cagnolo ad l. vnicam, C. quando non petentium partes, nu. 68. Vasquio de Successionum creatione, lib. 1. §. 10. num. 130. Duareno de iure accrescendi, lib. 2. cap. vlt.

Ac sanè de duobus est controuersia. Vnum est, an Papiniani hæc sit sententia, vt Titius suam obtineat portionem dum vixerit, & in eodem statu manserit. Alterum, an Titio mortuo, vel capite minuto, portio ipsius mulieri accrescat. Quod attinet ad primum, Duarenus grauiter deceptus est; existimauit enim Titium quoque suam legati partem obtinere, contra l. 1. C. de indicta

A viduitate tollenda, vbi Imperator Gordianus ita scribit: *Legatum alii sub conditione sic relictum, si vxor nuptui se post mortem mariti non collocauerit, contractis nuptiis conditione defecit, ideoque peti legatum nequaquam potest.*

Et hoc est quod Papinianus dicit; Titium conditione defectum, nil prodesse mulieri, licet repudiauerit legatũ, nam ei non debetur; & ideo repudiatione sua mulieri non prodest, vt totum habeat.

Quod verò attinet ad alterum, existimo Socinum falli, docentem, Titio mortuo vel capite minuto, eius portionem mulieri accrescere, argumento ex illis verbis sumpto à contrario sensu; *Quamdiu Titius viuet, & in eodem statu erit*, igitur eo mortuo, vel capite minuto, totum mulier habebit: Fallitur, inquam, nisi ego cum Duareno fallor; quoniam textus dicit, mulierem plus consequi non posse nubendo, & sic conditioni non parendo, quam consecuta esset, si conditioni paruisset; & B sic nequam nupsisset. Tunc enim dimidiam tantũ vsusfructus habuisset, quia Titius suam quoque legati portionem obtinuisset.

Quod autem Papinianus ait; *Quamdiu Titius viuet, & in eodem statu erit*, non eò pertinet, vt eo mortuo, vel capite minuto, totum legatum mulier habeat; quia statim Iurisconsultus docuit, plus eam habere non posse, quàm habuisset, si conditioni paruisset; sed eò spectat, vt intelligamus, viuente Titio, & in eodem statu manente, rationem dubitandi fuisse, vtrum mulier totum haberet vsumfructum, dimidium videlicet ex sua persona, & dimidiam ex persona Titij; quia cum Titius conditione defectus nihil posset petere, dicendum uidebatur, ob eam causam mulierem totum petere posse, vt scilicet ipsa in locum Titij substituta (erat enim ei coniuncta) quodammodo videretur; ita vt saltem quoad Titius uiueret, idem iuris haberet, quod Titius, si non fuisset conditione defectus, haberet. Cæterum quia C conditioni non paruit, ut dictum est, Papinianus respondit, non posse eam plus habere. Quod si mortuus esset Titius, uel capite minutus, non erat illa ratio pro muliere: quia morte, uel capitis diminutione constat usumfructum finiri, §. finitur, in Institut. de usufruct. Sicut ergo, si Titio pars usus fructus deberetur, illa deficeret, & ad proprietatem rediret eo mortuo, uel capite minuto; ita nullo modo dubitandum uidebatur, quin si Titius iam conditione defectus moreretur, uel capite minueretur, mulier prorsus exclusa foret, usufructu scilicet tunc finito, & ad proprietatem reuertente. Atque ego sic existimo, nec huius me sententiæ pœnitet.

CAPVT C.

Vtrum fideicommissa, & alienationis probibitio extendantur vltra quartum, vel decimum gradum. Item vltra centum annos.

D COronidis loco huius centuriæ, ac libri insignem tractabo controuersiam: Vtrum extendatur fideicõmissum, alienandique prohibitio ultra quartum gradum, qua de re extat Iustiniani Nouella 159. de restitutione fideicommissi. Variæ sunt atque diffidentes interpretum sententiæ. Vna est eorum, qui simpliciter dicũt, non extendi. Ita Angelus, in Auth. de restitutione fideicommissi, nu. 4. Ioannes Bertachinus in suo Repertorio, in uerbo, *Alienatio*, vers. 80. Decius in cons. 421. num. 1. Bartholomæus Socinus in cons. 43. num. 11. lib. 3. Ias. ad l. vlt. num. 5. C. de hæred. instit. Ioannes Crotus in reper. l. filiusfamilias, §. diui, nu. 174. de leg. 1. Alciatus ibid. nume. 52. Nicolaus Valla variarum, quæst. cap. 3. Bartholomæus Romuleus de Testatorum præceptis, num. 181. Franciscus Hottomanus in consil. 61. nume. 12. & sequentibus.

Secunda est sententia, regulariter quidem vltra quartum gradum non extendi, sed hoc non habere locum, si

teſtator illam adiecerit rationem prohibitioni alienationis; quia uoluit bona ſua ad ſuos deſcendentes perpetuo peruenire. Ita omnium primus docuit Iaco. Beluiſius in d. Nouell. de reſtitutione fideicommiſſi, & ſequitur Bar. ibi, num. 3. Alex. in conſi. 56. nu. 1. lib. 1. & in conſ. 59. nume. 4. lib. 5. Dec. in conſi. 481. nu. 9. conſi. 516. nu. 16. conſil. 635. nu. 8. Iaſ. ad l. filiusfam. §. Diui, in prima lect. nu. 113. & in 2. lect. nu. 155. de leg. 1. Rum. in conſ. 123. nume. 17. lib. 2. & conſi. 124. num. 2. eod. Curtius iunior in conſi. 88. nu. 2. D. meus Cephalus in conſi. 114. num. 35. conſi. 137. nu. 38.

Tertia eſt ſententia, non eſſe diſcrimen ſtatuendum, vtrum teſtator vſus fuerit verbo *familia* an verbo *deſcendentium*; ſed fundamentum eſſe ponẽdum in verbis, quibus teſtator dixit ſe velle, vt bona ſua *perpetuo* in familia conſeruarentur; tunc enim prohibitio alienationis ac fideicommiſſum vltra quartum gradum porrigitur. Ita Ripa ad l. filiusfam. §. Diui, num. 112. de leg. 1. Soc. iun. in conſ. 81. nu. 23. lib. 2. Pariſius in conſ 83. nu. 23. lib. 2.

Quarta eſt ſententia; Nouellam Iuſtiniani prohibitionem reſtringere ad quartum gradum, etiã ſi teſtator voluerit bona ſua perpetuo conſeruari in familia, ſed tamẽ ſeruandam non eſſe d. Nouellam, quoties ex coniecturis percipere poſſumus, teſtatorem voluiſſe eam prohibitionem perpetuam eſſe, & maximè ex moribus regionis. Ita Didacus Couuar. lib. 3. variar. reſol. c. 5. poſt nume. 4. verſ. verum Iuſtiniani. Et ab hac ſententia non uidetur multum diſſentire Mantica, de coniect. vlt. volunt. lib. 8. ti. 2. nu. 22. dum ait ſe ſubſiſtere, nec temerè à cõi Doctorum interpretatione vſu recepta recedendum eſſe, quoniam nec leges ipſæ alia ex cauſa nos tenent, quàm quòd iudicio populi receptæ ſunt: & leges ipſæ firmantur, cũ moribus vtentium approbantur.

Poſtrema eſt ſententia Iacobi Cuiacij in expoſitione d. Nouellæ 159. *Generaliter* (vtor eius verbis) *ex ea Nouella conſtituendum eſſe, prohibita alienatione extra familiam, & ex ea cauſa vocatis ijs, qui ſunt ex ea familia iure fideicommiſſi, fideicommiſſariam ſubſtitutionem non extẽdi vltra quartum gradum, videlicet, ſi extraneus extiterit hæres per medium impuberem, vt mater per abnepotem in pupillari ætate decedẽtem in propoſita ſpecie, quæ eſt ſumma Nouellæ, non temerè extendenda ad omnes ſpecies. Nã etiam ſi priora, quæ dixi, detrahas, non eſt tamen detrahenda hæc adiectio. Si per medium impuberem extraneus extiterit hæres, quæ nõ magnam rationem habet; nam ius ita eſt, vt liceat in infinitum ſubſtituere. Et videtur hæc Nouella ex earum numero eſſe, quas Hermanopulus Tribonianum compoſuiſſe narrat obſcurè & ambiguè pecunia corruptum; vt & Nouella 2. & 106. & recantata pleraque.* Hactenus Cuiacius.

Hæ ſunt aliorum ſententiæ. Vt autem quid ſtatuendum ſit, quæ nam potior ſit, & eligenda ex dictis ſententijs interpretatio ſit, intelligatur, operæpretium duxi ipſius Nouellæ uerba hic apponere: etſi enim prolixa ſit, erit tamen valde commodum lectori, habere ante oculos ipſa verba legis, ex quibus quæ ſit reijcienda, quæ probanda ſententia facilius intelligat. Apponam autem Nouellam ſecutus Haloandri tranſlationem, quoniam Iuliani tranſlatio multos continere dicitur errores, & intricata & obſcura eſſe.

Imperator Iuſtinianus, &c. Tantum nobis benignitatis adeſt, vt ne priuatas quidem cauſas, quæ iudicum nobis inquiſitionem ſuperare videntur, legibus noſtris definire indignum putemus; ne ſi quando priuata cauſa audientiam in iudicium deferri ſolitam excedat, longa mora eos, qui in iure controuerſo hærent, atterat. Aliquoties igitur glorioſiſs. vir Alexand. ad nos retulit, glorioſæ memoriæ patrem ſuũ Hierium, cum teſtamẽti tabulas conſcriberet, hiſce verbis vſum eſſe, volo & iubeo, vt hæredes mei, Conſtantinus quidem clariſſimus vir deputatam ſibi domum cum omnibus (vt præſcriptum eſt) cohærentibus illi iuribus, & Suburbiũ in Coparijs appellatum. Item cum omnibus (vt præſcriptũ eſt) iuribus ad ipſum pertinentibus, & domum Antiochiæ ſitam emptam ab Ammiano: Anthemius vero dulciſſimus ſuburbium in Blachernis dictum, redẽptum à glorioſæ memoriæ viris Eugenio & Iuliano, & ſuburbium in promontorio ſinus Soſtheny, quod olim in dominio Ardabarij glorioſæ memoriæ fuit: Calliſtus autem clariſſimus vir ſuburbium Bubarium ſiue Philothei nuncupatum: & Alexander clariſſimus vir ſuburbium in Venetis, neque per venditionem, neque donationem, neque permutatione, neque quocunque tandem titulo in alium transferant, reijciantve, aut eam domum, ſeu præſcripta quinque ſuburbia, è meo nomine & mea familia alienent: ſed ſi quidem (quod Deus faxit) naſcantur filij, & relictis poſt ſe filijs aut nepotibus, ſiue legitimis, ſiue etiam naturalibus, moriantur: vt pro ſe quiſque deputatum ſibi ſuburbium, aut domos tam in hac regia vrbe, quam Antiochiæ poſitas, filijs ac nepotibus legitimis, aut etiam naturalibus ſuis relinquant. Perſuaſum etenim habeo, quod neque in naturalibus liberis ac nepotibus diſpoſitionem, voluntatemq́; hanc meam negligent. Si vero in vniuerſum omnes, aut aliqui, aut vnus ex ijs (quod abominor) ſine liberis decedat, volo & iubeo, vt qui liberis orbi aut orbus mortem obierit, ſuperſtitibus aut ſuperſtiti ex ipſis fratri præſcriptas domos, tam quæ in hac vrbe, quam quæ Antiochiæ eſt, & item prius declarata quinque ſuburbia cum omnibus eorũ iuribus, & omnibus denique rebus, & perſonis, quæ ijs continentur, citra vllam exceptionem reſtituat; ceſſante videlicet inter eos fideicommiſſorum ſeu legatorum ſeruandorum cauſa, ſatiſdatione. Volo etenim ac iubeo, ne quiſquam ab alio huius generis ſatiſdationem expetat: ijs vel eo, qui præter paternam & pietatis erga ipſos pleniſſimam intentionem meam a fratribus ſuis ſatiſdationem in rebus abalienari prohibitis expetere pertentauerint, vel pertentauerit: omni modo eius fideicommiſſi amiſſionem ſuſtinentibus vel ſuſtinente. Atque hæc quidem ipſum protuliſſe in teſtamento; conſcripſiſſe autem & codicillum, in quo talibus propemodum verbis vſus ſit: Manifeſtum planè facio, quod pridem teſtamẽtum per ſcripturam fecerim, & quæ in eo conſcripta ſunt, ex animi mei ſententia compoſuerim: voloq́; ac iubeo, vt omnia, quæ eo in teſtamẽto continentur omni modo firmitatem obtineant: his ſolis exceptis, per quæ fortè in hoc meo codicillo, vel aliquid mutauero, vel relicta alicui legata ademero. Volo igitur ac iubeo, vt ſuburbium illud meum, quod Coparia appellãt, quod in propoſito teſtamento magnificentiſſimo filio meo Conſtantino reliqui, detur & pleno proprietatis atque poſſeſſionis iure ad clariſſ. pariter & generoſiſs. nepotem meum Conſtantini magnificentiſs. filij mei filium Hierium, ſimul vniuerſum pertineat, cum omnibus prætorijs, quæ in eo ſunt, & omnib. ſcalis, & quæ vel intra vrbem, vel extra vrbem propenſione elocantur, ædibus atque officinis, & balneo & hortis tam intra quam extra muros exiſtentibus, & hippodromo, neq; non horto, qui in ipſo eſt, & ciſterna, atque omni denique iure, quod vllo modo in eo mihi ſuburbio competit. Id ipſum vero ſuburbium tunc demũ, prædicto præclariſs. nepoti meo Hierio dari volo, cum primum poſt meam mortem patris ſui poteſtate ſolutus, per emancipationem ſui iuris factus erit; nulla licentia eidem generoſiſs. nepoti meo concedenda, vt præfinitum rei terminum excedat, aut ijs qui vel ex hoc meo, vel eiuſdem clariſſimi nepotis teſtamento in eadem iura ſucceſſerint, vt idem ſuburbium, vel partem eius alienã, vel ius diuendant, permutentve aut alicui donent, aut quocũque modo denique abalienent: propterea quod hoc ipſum ſuburbium, & ædes ſitum ſitasve intra portam muri ſiculnei, quæ via ducit ad ſacroſanctum martyreum ſanctæ Teclæ, per omnia et perpetuo velim permanere in familia mea neque vnquã de meo nomine egredi. Volo autem & iubeo, ſi quidem euenerit, vt generoſiſſ. nepos meus Hierius, vel intra pubertatem, vel ẽt poſt pubertatem, ſine liberis tamen legitimo matrimonio procreatis, moriatur, vt eius ſuburbij, ſiue ad eum poſſeſſio ſimul & proprietas perueniat, & deferatur aut reſtituatur magnificentiſs. patri eius Conſtantino ſub eadẽ conditione, ne vnquam de familia mea meoq́; nomine abalienentur. His ita confectis ipſum quidem è rebus humanis

manis abiſſe. Hierium verò glorioſæ memoriæ domũ quidem Theopoli ſitam, quæ ſucceſſione paterna ad ipſum peruenerat aliis perſonis vendidiſſe; ipſam autem domum, quæ in hac alma vrbe eſt, & inſuper ſuburbium, quod illi Codicillo datum erat, in quibus omnibus interdicta fuerat alienatio, ad Conſtantem glorioſæ memoriæ filium ſuum tranſmiſiſſe, illumq́; rurſus prægnante vxore relicta vitam finiſſe; ſcripto prius teſtamento, in quo diſpoſuerit, vt ſi puer vel natus non eſſet, vel natus ante pubertatem mortuus eſſet, tã glorioſiſſima eius mater Maria, quàm inclyta etiam vxor eius altera Maria ad ſucceſſionem eius vocarentur. Poſtea verò quàm nata filia in ipſa infantia, & tenerã adhuc ætatem agens humanis rebus exceſſit, cum reliquam ſubſtantiæ partem, tum etiam domum in ampla hac vrbe, & inſuper ſuburbium, quod expreſſis verbis Hierio glorioſæ memoriæ in codicillis relictum fuit, ad inclytas mulieres deuoluta eſſe; meritoq́; tam ex teſtamento, quàm ex verbis codicilli, domum iuxta & ſuburbium vindicandi ſibi locũ datum, vtpote qui ſolus hoc tempore ex Hierij glorioſæ memoriæ liberis ſuperſtes permanſerit, & primum gradum in nomine familiæ obtineat. Verum qui pro Maria & Maria glorioſiſſ. fœminis faciebant verba, ij aiebant, neque teſtamenti verbis vllum locum factum eſſe. Neque enim Conſtãtem glorioſæ memoriæ abſque liberis ex rebus humanis abiiſſe, vt vtrarumq́; adium reſtitutioni locus ſit. Sed neque ſuburbij nomine ritè ſecundumq́; leges Alexandrum glorioſiſſimum virum haſce adoriri: cum & ipſe ſuburbiũ, quod ipſi relictum fuerat, in quo communis pater æquè vt in cæteris alienationem illi prohibuit, ante id tempus alienauerit; ſed & alios fratres idem hoc feciſſe. Et leges noſtras ſi quidem omnes ordine, in quibus huiuſmodi aliquid definitum ſit, defuncti voluntatem tranſgrediantur: ex æquo omnib. reſtitutionem adimere: ne ſi viciſſim alter alterum mutua petitione in ius vocent, multis in vna cauſa ſubdantur iudicijs, legesq́; de hoc propoſitas nobis reuocarunt in memoriã. Alexander autem glorioſiſſimi rectè ſe actionem intentare aiebat, & maximè de vtriſq́; ædibus; defunctum enim ſatis manifeſtè ſuam in codicillis ſententiam de his rebus declaraſſe, cum res familiæ conſeruari voluerit, ſed multo ſtrictioribus rationibus ſe niti in ſuburbio. Neque enim rectè illas ſibi alienationem exprobrare, cui ex imperiali iuſſionè hoc facere indultum fuit. Ac prolixis in ea cauſa diſputationibus vtraque pars vſa eſt, nunc teſtatoris interpretãdo voluntatem, nunc noſtras vſurpando leges, quas in rem quaque ſuam facere arbitrabatur. Nos igitur cum & legum, & teſtamenti interpretationem perſpectam haberemus: nõ nuda ſententia, ſed lege eius cauſæ deciſionem complectendã duximus, ſimul vt præſentem dirimeremus controuerſiã, ſimul vt cæteris mouendæ de his contentionis anſam præriperemus. Vnde ſubtilius pariter & exactius teſtamẽti verbis innixi, deprehendimus ipſis quidem filijs hæreditatem, capeſcentibus alienationem interdictam, ſi ſine liberis vita functuri eſſent; non alterius vero his etiam, qui eis ſuccederent: ſed contentum fuiſſe defunctum, ſi inter filios duntaxat alienationis interdictum conſtitueret; neque enim ſi & ipſi relictis filiis decederent, maiore ipſum cura perquiſiuiſſe, cui aut quomodo res relinquerentur: nec voluiſſe alienationis interdictum vltra filiorum vitam extendere. Enimvero codicillũ, qui de ſuburbio duntaxat factus fuit, interdixiſſe iis etiam, qui ex teſtamenti glorioſæ memoriæ Hierij (de iuniore loquimur) res per ſucceſſionem cepiſſent, ne ſuburbium alienarent, & quod conſequenter inducitur, in his quoque defunctum voluiſſe, vt id quoque perpetuo in familia permaneret. Et quidem, quæ in controuerſiam deducta ſunt, eiuſmodi fuerunt. Nos vero cum totam cauſam cum diligentia, quæ decet, penitius intueremur, in alijs quidem rebus, quarum ſanè Conſtantinus glorioſæ memoriæ, Hierij ſenioris filius, ex paternis teſtamẽti tabulis dominus factus fuit, præclarè nullam quæſtionem excitandam rati ſumus, arcendumq́; in his actione non ſolum Alexãdrum glorioſiſſ. virum, ſed etiam omnem reliquam familiam: cum & teſtamenti verba prohibitionem inter ſolos conſti-

A *tuant filios: & ipſi glorioſæ memoriæ, Hierij filij, per quos, qui poſt eos illius familiæ portio extiterunt, Hierij ſibi iura vindicant, nonnullas apud ſe conſtitutas res alienauerint, perinde quaſi ex vna voluntate ſubſtitutionem interdixerit. Quod autem ad ſuburbium attinet, cuius dominium codicillus oſtendit eſſe glorioſæ memoriæ Hierium, præter modum ſcrupuloſa nobis diligentia plenum viſum eſt, ſi poſt quatuor demum generationes huiuſmodi quæſtionem produceremus in medium. Nunc certè cum Maria & Maria glorioſiſſ. fœminæ etiamnum ſuperſint, quas alicubi & ipſas noſtræ leges in familiam reponunt, vt quæ ſponſas quoque hac appellatione dignentur: neque rectè, neque ordine Alexander glorioſiſſ. vir litem à ſe prætentam inſtituit. Quia vt maxime hæ deceſſiſſent: tamen quod quatuor iã generationes præteriiſſe viderentur, haud ſuſtineremus tam abſoletam cauſam denuò tradi iudicijs, & maximè cum Conſtantis filia in pupillari adhuc ætate vitam finierit. Vnde tametſi teſtamentum ille non confeciſſet, ſuburbium ta-*
B *men ad matrem eius perueniſſet: non ipſa pupilla, ſed ipſa quodammodo lege horum cauſa exiſtente: quamuis nemo ſucceſſorum glorioſæ memoriæ Hierij circa voluntatem eius deliquiſſet; licet enim Conſtans cum teſtamenti tabulas conſcriberet, ſubſtitutiones quaſdam fecerit, filia intra pubertatem mortua: nihil tamen inde excellens introducitur: cum & ipſa lex pupillæ ſubſtantiam matri, quaſi ea ſine teſtamẽti tabulis deceſſiſſet, per ſe præbitura eſſet. Sancimus igitur, vt neque glorioſiſſ. vir Alexander, aut eius filij, neque reliqui ſenioris Hierij glorioſæ memoriæ liberi, neque alius quiſquam omnium, qui genus ſuum in eorum familiam referunt, vel Mariam & Mariam glorioſiſſ. fœminas occaſione rerum apud ipſas conſiſtentium, vel alios, apud quos aut hoc tempore res exiſtant, aut ad quos ſequente tempore peruentura ſint, in quibus alienationem fortè Hierius glorioſæ memoriæ prohibuit, adoriantur iudicio, aut omnino mentionem de cætero prohibitionis & familiæ nominis faciant, &*
C *aliquod ſibi exinde ius adquirant: vtpote, cum & alij Hierij glorioſæ memoriæ filij res ſuas abalienauerint, & reliquorum quodammodo alienationibus conſenſerint, ac per eas, neque non alias, quas prædiximus, rationes, quæ ad huiuſmodi iudicationem & legiſlationem abundè nobis ſufficiunt ſibi pariter & ſucceſſoribus ſuis, actiones quæ ipſis potuiſſent competere, ſuſtulerint.*

Atque hæc non tantum præſentis cauſæ deciſio eſto, ſed & reliquarum, in quibus huiuſmodi prohibitione facta, tot ſucceſſiones præterierint, & vltimus hæredum, per interuenientem aliquem in medio impuberem hæreditatem capeſſat. Hactenus Nouella.

Iam igitur poſitis ante oculos verbis Nouellæ, breuiter diſpiciamus, quæ ſit ex iam relatis ſententia probabilior. Atque in primis apparet, priorem ſententiam recipiendam non eſſe, quæ habet fideicommiſſum & prohibitionem alienationis ſimpliciter & abſolutè ad quartũ gradum reſtringendam, & illum excedere non poſſe. Cõ
D futatur hæc ſententia ex Nouellæ uerbis, ex quibus duo colligere licet; Primum, Imperatorem quidem innuere ultra quartam generationem extendendam non eſſe prohibitionem, ſed tamen non hoc abſolutè docere: nec ea ratione duntaxat niti eius deciſionem ac legem. Id patet ex uerbis deciſionis poſitis in ipſa concluſione, quæ maximè ſpectanda mihi uidetur, illis, inquam, verbis: *Vtpote cum & alij Hierij glorioſæ memoriæ filij res ſuas abalienauerint, & reliquorum quodammodo alienationibus conſenſerint, ac per eas, neque non alias, quas prædiximus rationes, quæ ad huiuſmodi iudicationem & legiſlationem abundè nobis ſufficiunt,* &c.

Ex quibus uerbis patet, non unam hanc rationem de prohibitione non extendenda vltra quartum gradũ Imperatorem mouiſſe, ſed etiam alias. Quod ſi hæc ratio ſola ſufficeret, atque ea eſſet mens ac intentio Iuſtiniani, ut nullum fideicommiſſum, nulla prohibitio quartum excederet gradum, cur non id dixiſſet? Cur alias rationes adduxiſſet?

Z 2 Alte-

Alterũ,quod ex Nouella colligitur,illud est, Iustinianum postquam causa decisa legem proposuit generalem ad alias similes causas pertinentem, non absolutè hoc dixisse ac statuisse,atque generalem legẽ proposuisse, vt nullum fideicommissum à testatore ordinatum,nulla alienationis prohibitio quartum gradum excedere possit; sed decisionem suam Imperator extendit ad alias causas, in quibus huiusmodi prohibitio facta sit, & tot successiones præterierint,& vltimus hæredum per interuenientẽ aliquem in medio impuberem hæreditatem capessat. Sic enim ait Imperator; *Atque hæc non tantum præsentis causæ decisio esto,sed & reliquarum,in quibus huiusmodi prohibitione facta tot successiones præterierint,& vltimus hæredum per interuenientem aliquem in medio impuberem hæreditatem,capessat*, &c.

Si igitur in alijs casibus non proponatur eiusmodi prohibitio,& eædem ac similes facti circumstantiæ,non erit idem iuris statuendum,ac proinde non simpliciter & absolutè statuendum erit, fideicommissum, & prohibitionem extendi non posse vltra quartum gradum; quia Imperator eam legem statuens requirit coocurſum aliarum circumstantiarum.

Et licet Rubrica seu Titulus Nouellæ generaliter ita dicat: *Vt restitutiones fideicommissi vsque ad vnum gradũ consistant, vel secundum Iuliani translationem: De restitutione fideicommissi,& nomine familiæ,quod vsque ad quartum gradum locum habet*, &c. Nihilominus ego magis inhærendum puto verbis legis,& præsertim ijs, quæ disponunt,ac nobis præcipiunt, quæ in futurum seruanda sint;quoniam generalis Rubrica siue Titulus ex lege ipsa,quæ sequitur,declarari debet. Vt ecce Titulus generalis est: *Negotiatores ne militent*. C.lib. 12. & tamen generalis illa prohibitio multis modis à lege restringitur, vt ibi patet, & declarat Alciatus, alia id genus argumenta proferens,lib.2. Paradoxorum,c.18. Dixeritne aliquis cõtra legem specialiter declarantem verbis generalibus titulo adhærendum esse?

Secundo,ex Nouellæ verbis euincitur, respiciendam non esse secundam sententiam, nempe prohibitionẽ vltra quartum gradum extendi, cum testator illam adijcit rationem; *Quia volui bona sua ad suos descendentes perpetuo peruenire*. Nam vt illud omittam,quod cæteri ante me dixerunt, non esse aliquod discrimen, quantum ad rem, qua de agitur inter *familiam & descendentes*; nonne patet ex facti specie,de qua loquitur Nouella,testatorem vsum esse verbis significantibus suam esse voluntatem, vt perpetuo bona in familia permanerent? id patet ex illis verbis: *Propterea quod hoc ipsum suburbium, & ædes situm sitasve intra portam muri siculnei, qua via ducit ad sacrosanctum martyreum sanctæ Teclæ per omnia ac perpetuo velim permanere in familia mea, neque vnquã de nomine meo egredi*. Et tamen vltra quartum gradum non extendi statuit Imperator accedentibus alijs circũstantijs, vt dictum est. Quamobrem distinctio illa,ac generalis doctrina extendi vltra quartum gradum volens prohibitionem ob dicta verba, manifestè repugnat verbis Nouellæ,atque ideo recipienda non est.

Quod si ex verbis Nouellæ refellitur prædicta sententia ac interpretatio, multo magis refelli debet tertia illa sententia, quæ ita fundamentum ponit in verbo *perpetuo*, vt propterea velit,etiam vltra quartum gradum extendi fideicommissum ac prohibitionem. Perspicuum enim est nullam esse rationem habendam eorum verborum, quibus testator declarauit se velle, vt sua bona perpetuò in familia permanerent. Etenim dictis verbis vsus erat testator in specie Iustiniano proposita, & tamen ad quartum gradum prohibitionem & fideicommissum restringit, vt iam patet.

Quod autem quarta docet sententia;non esse seruandam hanc Nouellam, vbi constiterit testatorem voluisse,vt bona perpetuo in familia seruarentur, & prohibitionem esse perpetuam,maximè ex moribus regionis, nequaquam nobis satisfacere potest; quia leges seruandas

A putamus postquam latæ sunt,& secundum illas iudicandum dicimus, vt in c. 4. dist. 4. ex D. Augustino habetur. Quod si lex municipalis, uel iusta regionis consuetudo eam legem abrogauerit, tunc seruanda erit iuxta ea,quæ traduntur in l.de quibus,ff.de legib. in c.vlt.de consuetudine,& in l.omnes populi,ff.de iust.& iure.

Vnus ergo,vt tandem concludam, Iac. Cuiacius, quẽ supra retuli,in postrema sententia uidetur mihi propius ad ueritatem accessisse: idem enim docuit,quod lex ipsa, vt ex collatione verborum utriusque facilè intelligetur. Sic igitur statuo, si omnes circunstantiæ, quæ proposita Imperatori speciem comitantur,alienationis prohibitioni ac fideicommisso,quæ nobis proponentur ad deciden dum fuerint adiunctæ, tunc rectè ac ordine facturum eum,qui ad quartum generationis gradum alienãdi prohibitionem ac fideicommissum restrinxerit. His cessantibus,antiquis legibus,quæ de fideicommissis, ac prohibitionibus loquuntur,nec ea sic restringunt,acquiescen-

B dum putamus.

Solet etiam dici,fideicommissa tempus centum annorum excedere non posse: neque decimum gradum inter agnatos,siue cognatos, quæ an sint recipienda, dispiciamus. Quod de centum annis dixi,affirmauit Dec.in consil.378.circa fin. & secutus est D.meus Cephalus in consil.268.num.25.lib.2. Sed non rectè,quod ante me notauit Mantica de coniect.vlt.volunt.lib.8.ti.2.nu.23. Fundamentum enim illius sententiæ primum est in d. Nouella de restit.fideicommis. de qua multa diximus, vbi certè nullum verbum inuenias hac de temporis præfinitione centum annorum.

Secundo est in eo positum, quod legatum annuum, centum annorum spatio extinguatur,vt not. Bar.ad l.annua,§.vlt.ff.de annuis legat. Sed iure non probatur hæc sententia,præterquam in legato vsusfructus ciuitati relicto,vt in l.si vsusfructus,ff.de vsu & vsufr.legato. Et denique constat, in infinitum olim licuisse substitutiones fideicommissarias facere, ex l.penult. §.instituto,

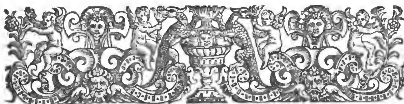
C de legat.2.

Quod vero adiunxi de decimo gradu,ex Petri Ancharani responso 95.affirmauit Dec.in consil.321. nu.2.non rectè,vt visum etiam est Didaco Couuar.lib.3. variar.resol.c.5.post num.4.vers. *Quinto hinc*, vbi dicit, eorum responsa minimè esse obseruanda, æquissimè defendi posse,inspecta testatoris voluntate,simul & considerata cõmuni horum fideicommissorum interpretatione. Fundamentũ enim eorum est, quoniam vsque ad decimum gradum tantum est successio intestati agnatorum, vt in §.vlt.in Instit.de legitima successio.cognator. Et ideo ad hunc vsque gradum moderanda esse uidetur testatoris substitutio proximiorum seu agnatorum. Sed non rectè hoc infertur: primò,quia testatoris fideicommissa,uel in infinitum se extendunt,si leges antiquas spectes,testatore ita iubente,ut dictum est: vel usque ad quartum gradum duntaxat porriguntur secundum Nouellam supra-

D dictam. Secundo,quia alia est ratio successionis testati, alia intestati. Nam intestatorum bona nullis existentibus cognatis ad fiscum pertinent,si nec vir existat, nec vxor.l.1. C.vnde vir & vxor; & sic ad extraneos peruenire non possunt, quoniam illis fiscus præfertur. Cæterum in successione testati alia est ratio; quia ad eos bona perueniunt, ad quos peruenire uoluit testator; & ideo cum ad omnes in infinitum peruenire vult agnatos, nõ debet aliquis excludi quocunque gradu defunctum contingat: quoniam nec extraneus excluderetur, si extraneum testator substitueret.



AN-



ANDREAE FACHINEI
I.C. FOROLIVIENSIS, &c.
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER QVINTVS.



CAPVT PRIMVM.

Defensio c.Rainucius, de Testamentis, aduersus Francisci Hotomani hæretici obiectiones.



FRANCISCVS Hotomanus, natione A Gallus, professione Iurisconsultus, ac eruditus vir, de iurisprudentia, deq; omni re literaria beoe meritus dici posset, nisi hæretica prauitate imbutus, aliquam scriptorum suorum partē hæresis veneno aspersisset; ac proinde(id quod hæreticis omnibus commune est)omnem occasionem aduersus sacros Canones ac Rom. Pontificem scribendi perperam quæsiuisset, ac inter alia eius scripta disputatio extat contra Innoc. III. decisionem positam in c.Rainucius, de Testamentis. qua demonstrare conatus est, Summum illum Pont. contra iuris regulas peccas- B se, multaque noua & iuri repugnantia statuisse. Ego verò operæprecium duxi, nec ab instituto hoc meo alieoū, eius argumenta refellere; quāquam sacri Canones per se iustissimi alicuius patrocinio & defensione non egeaot. Erit igitur hæc mihi controuersia cum Hotomano. Negat ipse Pont. Max. rectè ac iuri coouenienter respondisse; Ego autem affirmo atque contendo contrarium.

Argumenta Hotomani sunt ista: Primum, Sum. Pōt. hoc vult in eo responso, vt ex bonis filiæ, quę restitutioni obnoxia sunt, mater & auia paterna suas tertias detrahere possint, hoc est, legitimas: sed hoc est absurdum, & cō- C tra leges pugnat. Ergo responsum illud defendi oon potest, & absurda contioet.

Maior propositiò probatur ex illis verbis textus: *Cum autem coram G. Diacono Cardinali auditore à nobis concesso fuisset diutius litigatum, ipse de mandato nostro sententiam supradictis iudicis, videlicet in eo, quod dixit tertiam Clara, & tertiam Adelasia integraliter deducendas, pronunciauit iniustam, & ab ea legitimè prouocatum, definiens, sic illas tertias deducendas, vt legitima portio iure natura debita*, &c.

Minor autem est manifesta, primò, quia vbi mater & auia paterna filio morienti supersunt, soli matri tāquam proximiori successio defertur, auia exclusa, vt habetur Nouella 118. §. 2. Si non debetur auiæ successio: ergo nec legitima: quia legioma portio est successionis siue hæreditatis ab intestato debitæ, l. parentibus, C. de inoffic. testamen.

Secundo probatur, quia etiamsi mater & auia simul admitterentur, tamen non singulis tertia pars legitimæ nomine deberetur, sed ambabus vna tātum tertia pars, siue triens, §. vlt. in Instit. de inoff. testam.

Tertio, quia in specie, de qua loquitur Summus Pontifex, non agitur de bonis siue hæreditate filiæ Adiectæ, sed de bonis Rainucij patris ac testatoris, qui per fideicommissum Alterochæ ea reliquerat, si adiecta absque liberis moreretur, vt patet ex illis verbis: *Adiecta verò impuberi reliquit certa bona sua, adiciens, vt Alterocha & soboles, quam gestabat in vtero, eidem impuberi succederent, si absque liberis moreretur.*

Cum ergo non de bonis filiæ, sed de bonis patris agatur, nihil legitimę nomine deberi potest matri, vel auiæ paternæ, legitima enim ei tantum debetur, qui ad hæreditatem vocatur. Ad hæreditatem autem illam Rainucij non vocabatur mater & auia Adiectæ, vt patet, sed filiæ, quæ aderant.

Respoodeo, Summi Pontificis responsum ac decisionem nihil absurditatis continere; quia loquitur non secundum ius commune, sed secundum consuetudinem Ciuitatis, io qua causa agebatur. Id patet ex illis verbis textus: *Præcepit etiam idem iudex, de iis rebus illas tertias deducendas, de quibus deduci poterant secundum Tuscana consuetudinem Ciuitatis*. Id aooctauit Glos. in verbo, *Tam tertia*. Neque uerò credibile cuique videri potest, ex iure communi ita respondisse Summum Pontificem; quis enim ignotat patrefamil. defuncto, hæreditatem spectare ad filios, non ad matrem, uel vxorem defuncti? fuitne tam rudis ille, vt hæc iuris principia nesciret? Aut ignota sunt statuta Ciuitatum & con-

suetudines, quibus est constitutum, vt præmoriente viro, vxor lucretur tertiam bonorum partem: sicut & econtrariò, vxore præmoriente maritus tertiam partem dotis lucretur?

Hic aduersarius replicat hoc modo: *Cum autem* (inquit) *Glossematarius huius decretalis interpres, tantam absurditatem animaduerteret, medicinam quæsiuit. Adscripsit enim probabilius sibi videri, duas illas matris, & auiæ tertias non ex ciuili, sed potius ex Longobardico iure detrahi, propterea quod eo loco, vbi earum mentio fit, ita scriptum est: Illas tertias deducendas, de quibus deduci poterant secundum Tuscanæ consuetudinem Ciuitatis. Sed videamus, ne si ex eo loco argumentari liceat tertias illas iure Longobardico detrahi, similiter concludi debeat, legitimã detractionem, quæ Adiectæ deberi dicitur, ex eodem Longobardico iure attributam ei fuisse. Vbi enim de illa agitur, ita scriptum est: Legitimam retinendam de his rebus, de quibus secundum Tuscanæ consuetudinem Ciuitatis fieri consueuit. Quod quàm absurdum sit nemo non videt. Verùm, vt illud omittamus, estnè verisimile tam barbaram, feram & inhumanam in vlla Tusciæ ciuitate receptam esse consuetudinem, vt mater, & vxor patrisfamilias duos de ipsius patrimonio trientes auferant, neque eis liceat suis liberis, quantumuis multis, præter vnum trientem relinquere?* &c.

Respondeo, Glossæ interpretationem verissimam esse. Quod enim Summus Pontifex loquatur de iure municipali ciuitatis Tuscanæ, facilè euincunt verba iam relata, & ipsa rei verisimilitudo. Quod verò iste dicit, etiam ea, quæ subijciuntur in ea decretali de legitimæ detractione filiæ Adiectæ, secundum eandem consuetudinem accipienda esse ex verbis relatis, & id absurdum esse, nihil obstat, primò: quia non dicit Summus Pontifex legitimam Adiectæ detrahendam tantum propter consuetudinem Ciuitatis, sed dicit in hunc modum: *Quia verò pater Adiectæ ipsam in legitima non potuit aggrauare, legitimam ipsam, videlicet eius partis, quæ sibi debebatur, ab intestato deducendam censuit, & etiam retinendam; Ita quod deductio fiat tantummodò de his rebus, de quibus secundum consuetudinem Tuscanæ ciuitatis fieri consueuit.* Et paulò superius loquens de legitima in bonis matris, & auiæ debita, dixit eam iure naturæ deberi.

Ex his patet, legitimam deducendam esse ex iure cõmuni, tanquam iure naturæ debitam. Sed ex certis duntaxat rebus, secundum Tuscanæ consuetudinem ciuitatis. Vnde consuetudo iuri conformis in hoc erat, vt legitima deduceretur; sed ius eam detrahendi non concedebat ex omnibus rebus, quæ sanè interpretatio, ac sententia literalis est, & verbis textus prorsus consentanea. Sed cum agitur de legitima matris, & auiæ detrahenda, alia est ratio; neque enim illud accipi potest secundũ ius commune; quia iuri communi repugnat, vt mortuo patre filiis superstitibus mater, & auia legitimã deducant: Sed aduersarius nihil pensi habuit, vt Summum Pontificem absurda scripsisse in illa epistola iactaret.

Secundò, etsi dixerimus legitimam filiæ Adiectæ deducendam fuisse, atque illi attribuendam secundum Tuscanæ consuetudinem ciuitatis, nihil tamen absurditatis inde sequitur. Cur enim absurdum videri possit, ciuitatem idem statuisse, quod ius commune Cæsareum, vt nempe legitima filio assignaretur ex bonis fideicommisso subiectis? Quamobrem Hotomanus nec probat hãc absurditatem, nec vbi consistat indicare voluit. Rectè, nulla enim erat, ideo demonstrari non poterat.

Cum verò miratur tam barbaram esse consuetudinẽ, vt patrefamilias defuncto, mater, & auia duos trientes auferant, & vnus tantum triens filiis relinquatur, in eo sanè hallucinatur; quoniam in primis non de omnibus rebus deduci possunt trientes supradicti matris, & auiæ, vt patet ex textu. deinde, quia & mater, & auia dotes suas filijs conferre debent; neque enim verisimile est eas & dotes præcipuas habere, & prætereà trientes bonorũ.

A Tertiò, quia & ex ipsis trientibus matris, & auiæ legitima deducenda est filiorum defuncti patrisfamilias, vt patet ex verbis illis textus: *In eo, quod dixit tertiam Cleræ, & tertiam Adelasiæ integraliter deducendas pronunciauit iniustam, & ab ea legitime prouocatum, definimus, sic illas tertias deducendas, vt legitima portio iure naturæ debita Alterochæ, illis salua sit in vtraque,* &c. Quartò, quia duæ sunt personæ, Rainucij vna, altera patris ipsius, quare mater eius tertiam deducere potest, ratione patris Rainucij, Vxor autem ratione Rainucij: nec rarò accidit, vt talia extent statuta Ciuitatum, vel consuetudines, vt præmoriente viro, vxor tertiam partem aliquorum bonorum lucretur: præsertim, quia contrà etiã ita disponunt, vt præmoriente vxore vir lucretur tertiã dotis partem, vt suprà dictum fuit. Denique alia possunt considerari, ex quibus consuetudinis illius ratio, & iustitia eluceat. Et ideo non sic temerè affirmare oportet illam barbaram esse, & feram & inhumanam consue-
B tudinem.

Tertiò dicit Hotomanus: *Si qua huiusmodi consuetudo in ista Ciuitate valuisset superius in exponenda causa, mentio aliqua de tertio triente, de quo paterfamilias disponere inter liberos poterat, facta sine dubio fuisset; nimirum Rainucium trientem illum, de quo libere statuere poterat, suis illis filiabus attribuisse.*

Respondeo, negando consequentiam; neque enim Summus Pontifex in exponenda causa mentionem vllam facere debuit, nisi eorum, quæ ex facto proponebantur. Non proponebatur autem ex facto Rainucium filiabus suis vllum trientem attribuisse, sed ita planè de rebus suis statuisse, vt in epistola continetur. Ex facto enim proposito ius oritur, nec respondens ad propositam facti speciem, quid iuris sit, debet factum immutare, vt notum est.

Quartò, ita pergit Hotomanus: *Præterea locus est apertissimus, ex quo intelligi potest duarum illarum tertia-*
C *rum detractionem de sola hæreditaria Adiectæ portione petitam esse. Cum enim Alterocha restitutionem postulasse dicitur, non dubium est, quin eorum tantum bonorum restitutionem postularit, quæ Adiectæ attributa, & relicta, & fideicommisso destinata a Rainucio fuerant. Atqui postea dicitur licere Petrucio de illis bonis ab Alterocha postulatis duas illas matris, & auiæ tertias detrahere, ex quo perspicuum est, eas non de vniuerso Rainucii patrimonio, sed præcise de hac hæreditaria portione Adiectæ attributa detractas fuisse. Verba autem hæc sunt: Coram quo Alterocha bona quondam Rainucii, tanquam ex causa fideicommissi, vel substitutionis sibi debita, petiit tutore filiorum ex aduerso dicente, quod de bonis illis tam tertia Cleræ. & tertia Adelasiæ vxoris eiusdem. quàm quarta per Trebellianum nomine ipsius Adiectæ erant ante omnia deducenda, quibus ex verbis perspicuè intelligitur, tres istas detractiones, de his ipsis bonis sumi, quæ fideicommissi nomine postulabantur, neque aliunde duas Cleræ, & Adelasiæ tertias exigi,*
D *nisi vnde Trebellianica petebatur, nam eodem ex fonte omnes hauriri apparet: cum textus eas coniunctim de certis bonis postulari ostendat, non autem duas ex iure Longobardico, tertiam ex iure ciuili.*

Respondeo, vitiosam esse Hotomani argumentationem, hæc enim est: Duæ tertiæ, quas detrahunt Clera mater, & Adelasia vxor, ex portione Adiectæ, detrahuntur, sicut & Trebellianica ex eadẽ portione detrahitur; ergo eodem iure ciuili omnes detractiones fiunt, sicut enim Trebellianica ex iure ciuili detrahitur, ita & aliæ duæ tertiæ. Nego Consequentiam, Hotomane: quid enim proponitur, licet ex vnius bonis omnes detractiones fiant, quin diuersis tamen ex fontibus, vt puta vna fiat detractio ex iure ciuili, aliæ ex iure Tuscanæ Ciuitatis? Tollitne ius ciuile cõsuetudinem ciuitatis Tuscanæ in ea parte, qua matri, & vxori licet tertiã deducere? aut Tuscana Ciuitas tollit Senatusconſ. Trebell. autoritatẽ? Cur ergo ita ratiocinaris, quasi non liceat, & iuris cõis, & consuetudinis patriæ iurib. vti inuicem non repugnãtibus?

tibus? Illud obiter monendi sumus, mirũ aut iniquum videri non posse: ex vnius Adiectæ portione deduci tertiam matris & auiæ; quoniam sic statuere debemus Alterochæ minus fuisse relictum, quæ erat altera filia testatoris Rainucij, ita vt suam duntaxat legitimam habitura esset, & ideo ex eius portione nihil detrahi potuisse: Vel matrẽ & auiam ex portione sua consecutas fuisse, quicquid consequi debuerant trientis supradicti nomine; ita vt ex portione quoque bonorum Adiectæ relictorum pro rata deductioni locus foret. Decet enim cum de aliqua disputatur, cætera rectè, vti cõuenit, aut supponere, aut imaginari, de quibus nulla est disputatio aut cõtrouersia.

Denique ita scribit Hotomanus: *Neque vero plura de Glossatorum interpretatione dicenda sunt, præsertim cũ tota illorum in tertiis deducendis ratio nimis probari possit. Nam si ponamus in Rainucij bonis fuisse LIV. tres autem personas Cleram, Adelasiam et Adiectam tertias ex eis petere, non sic rationem inibimus, vt Clera de LVI. detrahat XVIII. post Adelasia de reliquis XXXIV. auferat XII. ad extremum Adiecta de hisce XII. quatuor abstrahat, Cum enim vnicuique earum eodem iure, eodemq́ temporis puncto legitima debeatur; quis nõ videt ex eadem quoque summa singulis suam portionem attribuendam? Neque Cleram Adelasia, aut hanc illi anteferendam esse? sed vnã simul omnibus illis tribus legitimam de toto Rainucij patrimonio attribuendam, quam pariter æquabiliterq́ inter se partiantur, verbi gratia XVIII. omnibus quemadmodũ ex §. vlt. de inoffic. testam. superius demonstratum est. Verũ, vt ante a diximus, quæsitum emplastrum est, quod ista vlcera non sanaret, sed tegeret, &c.*

Respondeo, rectè Glossatores rationem inire, & Hotomanum nescio quibus tenebris inuolutum videri. Etenim ipsa Clera mater Rainucij, quæ fuit vxor patris ipsius Rainucij, detrahere debet ante omnes alios tertiam partem ex LIV. quæ ex patris hæreditate ad Rainucium peruenerunt: supposito enim statuto, quo sit cautum, vt præmoriente viro vxor lucretur tertiam partem bonorum eius, sequitur, vt mortuo Rainucij parente, qui Cleræ maritus fuit, ipsi Cleræ debeatur tertia pars bonorum. Postea Rainucius Adelasiæ vxori suæ præmoritur, & illa quoque tertiam partem habere debet, sed non omnium LIV. sed eius quod remanet detracta tertia parte matris Rainucij; illa enim tanquam anterior & potior prius deducere suã tertiam potuit ex LIV. quæ reliquit in bonis vir ipsius, qui fuit parens Rainucij. Detracta tertia parte Adelasiæ, tunc locus est detractioni legitimæ Adiectæ; quia & illa prius deducenda est, cum ius Adelasiæ similiter antiquius sit, & ideo tanquam æs alienum deduci debeat ante filiorum legitimam, l. Papin. §. meminisse. ff. de inoffic. testamen. & hac ratione inita nulla est absurditas; imo iuri omnia sunt consona; quia prior tempore, potior est iure; & priora ac potiora iura habenti, prius est satisfaciendum. Prius itaque satisfit. Cleræ, vtpote anteriori, & ex LIV. assignantur illi XVIII. Secundò Adelasiæ, cui pro tertia assignantur XII. ex XXXVI. quæ restant, & ex residuo fit detractio legitimæ Adiectæ, sicut præclarè docet Glossator. Et licet fiant eodem tempore omnes detractiones, non tamen fiunt eodem iure; sed ratio habetur anterioritatis iurium singularum mulierum, & diuisio fit, vt fieri debet, prius deducto eo, quod prius deducendum est, sicut in rationibus supputandis diuisionibusque faciendis seruari oportet: neque enim rusticano more æqualiter, vbi iura sunt inæqualia, diuisio fieri debet, sed iustè & geometricè, ac secundum vniuscuiusque iurium ac creditorum proportionem. Et ex his primum, quod attulit argumentum Hotomanus, satis, vt arbitror, confutatum est.

Secundum argumentum: *In ea Decretali nouum aliud ius constituitur* (verba sunt Hotomani) *Mater & auia paterna spem suæ legitimæ in bonis superstitis filiæ, quæ restitutioni obnoxia sunt, vendere extraneo & donare possunt. Cũ enim Petrucij liberis hæc omnia & eorum tutoribus adiudicentur, perspicuum est, alienationes illas, quæ à matre & auia factæ dicuntur, cõfirmari, quæ de re ita disputari potest. Primum, quod isto modo venditio hæreditatis viuentis confirmatur, contra l. 1. cum similibus. ff. de hæred. & act. vẽd. vbi Vlpianus ait; propterea id non posse, quia vẽderetur res, quæ nulla est, & in rerum natura non est. quod autem de tota hæreditate dicitur, idem de legitima, quæ ipsius pars est, dicendum esse constat, ex vulgata l. quæ de tota, ff. de rei vindi. Denique pacisci de legitima viuentis non licere nemo nescit ex l. si quando, 35. §. 1. ff. de inoffi. testa. ex l. 1. §. si impubere, ff. de collat. Præterea, isto modo pactum, quod mali ominis est, id est, quo liberorum spes extinguitur, confirmatur, contra l. inter stipulantem, 80. §. Sacram, ff. de verb. obligat. Nam istius duplicis trientis sperati, venditio, non aliter rata esse potest, quàm si Adiecta sine liberis decesserit. Postremò absurdum videtur, quod isto pacto ius legitimæ, quod certis personis proprium est, & in eas propriè conuenit, tamen extraneo ceditur, nimirum Petrucio Adiectæ marito, Cum tamen ea, quæ certis personis propria sunt, cedi extraneo non possint, quemadmodum de vsufructu traditur in § finitur, de vsufructu l. si vsusfructus, 66. ff. de iure dot. de fideicommisso verò in l. mulier, 59. §. ex asse, ff. eod.*

Respondeo breuiter; Nam ille toto errat cælo, & cælum suis ferit telis argumentorum frustra sanè, & inutiliter. non hic matrem & auiam alienasse spem eis competentem in bonis filię restitutioni obnoxijs; sed alienãsse ius, quod eis de præsenti competebat post mortem Rainucij. Etenim mortuo parente Rainucij, mater Clera tertiam bonorum partem lucrata fuit ex statuto seu consuetudine Tuscanæ Ciuitatis. Similiter & Adelasia mortuo Rainucio lucrata fuit tertiam partem bonorum eius, meritò illa donare potuit, hæc autem vendere. Nullo enim iure quis prohibetur hæreditatem, aut partem eius vendere, vt constat ex tit. de hæreditate & actione vendit. Quare omnia, quæ adferuntur ad probandũ, non valere pactiones alienationis bonorum viuentis, ac legitimæ, frustrà adferuntur; nec ad rem pertinent, cum, vt dixi, Clera mater & Adelasia vxor defuncti Rainucij non alienauerint viuentis Adiectæ hęreditatem, aut partem eius, sed tertiam bonorum partem, quam iã tempore alienationis ob mortem Rainucij & patris eius consecutæ fuerant; quæ quidem alienatio omni iure permissa est.

Tertium argumentum: *Cum mater & auia paterna* (inquit Hotomanus) *suas legitimas de vnius filiæ bonis detraxerunt, altera filia de iisdem legitimis suam legitimã detrahit, quo iure constitutum video detractionem ex detractione concedi. Nam de matris legitima suam legitimam filia detrahit, quod quam absurdum sit, nemo non videt. nam neque accessionis accessio, neque detractionis detractio vsquam conceditur: vtpotè cum hoc contra naturam sit: quemadmodum de vsuris vsurarum, aut vsuris fructuum, aut fructuum fructibus traditur in l. placuit. 19. cum similibus, ff de vsuris. & de Falcidia in l. Pœnales, §. si Titio. ad leg. Falcid. Eodem illud quoque accedit, quod ista Alterocha legitima præcise & peculiariter de legitimis matris eius & auiæ detrahi dicitur: nam si quæ detrahenda fuit, non de illis particulis, sed vniuersè de tota illarum hæreditate, quæ mortis tempore reperta est, illam deduci oportuit, l. cum quæritur, 6. C. de inoffic. testam.*

Respondeo, falsum esse fundamentum, quo iste nititur, nempe matrem & auiam paternam suas legitimas de vnius filiæ bonis detraxisse. Nam eas detraxerunt ex bonis Rainucij defuncti, Clera quidem mater eam ob causam, quod vir eius, nempe Rainucij pater, fuerit præmortuus: Adelasia autem eam ob causam, quod Rainucius eius maritus similiter ante eam decessisset: & hæc vigore statuti siue Consuetudinis Ciuitatis disponentis, vt mortuo viro vxor lucraretur tertiam partem bonorum eius. Ex bonis igitur Adiectæ relictis a testatore Rainutio deducere potuerunt Clera auia paterna & mater Adelasia tertias istas: & sic Petrucius, cui donatæ & venditæ fuerunt dictæ tertiæ, cũ ad restitutionem

nem vrgeretur Alterochæ faciendam ex substitutione, deducere poterat has tertias: sed quoniam Alterocha actrix filia erat Adelasiæ, & Cleræ neptis, meritò allegabat ex dictis tertiis deducendam esse legitimam sibi debitam, neque enim obscuræ sunt leges, quibus est cautũ, cum per inofficiosas largitates legitima læsa est, eas vsque ad legitimæ quantitatem rescindi, l. 1. l. 2. l. si totas, C. de inoffic. donatione.

Sed quid de venditione dicemus, cum non sic illa retractari possit? Respondeo cum Glossatore, venditionẽ factam fuisse in fraudem, & simulatè, vnde obesse non debuit Alterochæ, quantum ad legitimam, lege nuda, & imaginaria, ff. de contrah. empt.

At, inquit Hotomanus, tunc legitimam non solum ex his tertiis deducere Alterocha debuit, sed vniuersè de toto patrimonio, *Praterea* (inquit) vbi de inofficiosis donationibus, aut earum rescissione vlla in consultatione, & toto decretalis contextu, vel minima suspicio est? non enim, opinor, iudex huic controuersiæ adbibitus potuit illas donationes nondũ inofficiosi conuictas, & damnatas ita obiter, & quasi aliud agens rescindere. Nam quod ad inofficiosæ venditionis querelam attinet, vbi vnquam eius audita mentio est?

Respondeo, ita nos statuere oportere, legitimam Alterochæ ex vniuerso patrimonio Cleræ, & Adelasiæ deducendam esse; sed hoc cessat, si aliud illæ non reliquerint in bonis: Et dato, quod reliquerint, negari non potest, quin etiam ex dictis tertiis, quæ donatæ, & venditæ fuerunt, pro rata deduci possit Alterochæ legitima. Nam si ex toto patrimonio deducenda est, sequitur, vt etiam ex hac parte bonorum deducenda sit.

Quòd verò dicitur, nullam in tota decretali fieri mentionem de inofficiosa donatione, & eius rescissione, nihil mouet; quia ex eo, quod vsque ad legitimam Alterochę debitam illa reuocatur, satis manifestè colligere possumus inofficiosam fuisse donationem.

Denique quod iste subdit, inofficiosæ venditionis querelam non dari, nihil obstat; quia, vt iam dixi, ita pręsupponere oportet eam venditionem fictam, & imaginariã fuisse, vti optimè Glossa explicat.

Quartum argumentum Hotomani versatur circa fructus. Sic enim textus ait: fructus ex bonis restitutioni subiectis à tempore litis contestatæ in Trebellianicã imputandos: *Vbi* (inquit Hotomanus) *duplex dubitatio oritur. Primum enim si fructus ab harede fiduciario quocunque tempore percepti, ei in suam Pegasianam imputantur, l. in fideicommissaria, 18. ff. ad Trebell. quantò magis ab eius successore percepti, & ante, & post litem cõtestatam imputabuntur? Quamquam, quoniam hic casus est de primi gradus liberis, quibus priuilegium à Zenone tributum est, vt fructus illis in suam quartã non imputentur, l. iubemus, 6. C. ad Trebell. propterea de his, qui Adiecta viuente percepti sunt, nihil mutamus, sed eius successorem meliore esse iure, quam qui sunt haredes fiduciarii extranei, nulla ratio est. Praterea singulare quiddam est in hoc controuersiarum genere, vt locum non habeat, quod in hoc iudicio spectatum est: litis contestatione mala fidei possessorem effici, ac proinde fructus ab eo postea perceptos imputari, l. 2. cum similibus, C. de petit. hared. Nam quemadmodum traditur in l. solidum, 78. ff. de leg. 2. ab ea regula excipiuntur causa, in quibus Falcidia locum obtinet; idque perspicua aquitate, quia possessor non absolutè, & simpliciter restitutionem abnegat, sed cum adiectione, si totum restitui petitur, non enim tota hareditas debetur, sed cum detractionibus legitimis, eoque pertinet l. 3. ff. de vsuris.*

Respondeo, ideo successorem Adiectæ fructus perceptos ante litem contestatam in Trebellianicam non imputare, quia eos percepit ex negligentia non petentis fideicommissum. Ait enim textus, mortua Adiecta Petrucium eius maritum superstitem aliquanto tempore eius bona possedisse in pace, ex quo patet, Alterocham negligentem fuisse in petendo sibi bona restitui ex substitutione, nec enim quicquam petiit, donec ille viueret. Constat autem fructus in Trebellianicam nõ imputari, quoties ab eo, qui restituere tenetur, percepti sunt, ex negligentia non petentis, vt habetur in l. mulier, §. si hæres, ff. ad Trebell. ibi: *Fructus enim, qui percepti sunt negligentia petentis, non iudicio defuncti percepti videntur.* Lite autem contestata imputari debent, quia ex eo tempore possessor est in mora, & in mala fide, l. certum, C. de rei vindicat.

Quod autem subdit aduersarius in hoc controuersiarum genere singulariter constitutum esse, vt locum non habeat, quod in hoc iudicio spectatum est, litis contestatione malæ fidei possessorem effici, nec ad rem pertinet, & absolutè verum non est. Nam locum habere non potest, nisi eo in casu, quo possessor obijcit Falcidiam petenti fideicommissum, & actor totum petit, nec vult pati, ut detractio fiat, tunc enim hæres possessor in mora non dicitur esse, & hoc probat l. qui solidum, de leg. 2. & l. 3. ff. de usuris. Sed quid si totum fideicommissarius petat, & possessor non ei Falcidiæ detractionem obijciat, sed excipiat nil ei deberi, obstare agenti præscriptionem, usucapionem pro dote, & alia, ut in ea specie, de qua agitur in cap. Rainucius, nunquid idem dicendum erit? Nequaquam, quia hic negat possessor simpliciter, & absolutè restitutionem, quare ante litem contestatam bona fides ei proderit, post litem autem contestatã nullo modo, quantum ad restitutionem fructuum, ut in l. certum, C. de rei uind. & in aliis similibus.

Quintum argumentum Hotomani: *Cum auia, & mater*, inquit, *suas legitimas de bonis filia restitutioni obnoxiis detrahunt, ipsa quoque filia sibi detrahet, ac proinde tres legitima à tribus diuersis personis detrahuntur, quod cuiusmodi sit, ex his, qua in prima enunciatione dicta sunt, satis intellectum est. Nam siue matri legitima debeatur de filia hareditate, ei deberi intelligitur, siue rursus filia debeatur de parentis. Vtrique autem de eadem hareditate, & matri, inquam, & filia deberi non potest, propterea quod in intestatorum hareditatibus liberorum gradus parentes excludit Nouella CXVIII. §. 1. Quare cum pateat hanc Rainucii hareditatem esse, sola filia legitimam ab ea capiet, matrem verò, & auiam prorsus excludet.*

Respondeo ex his, quæ dicta sunt ad primum argumentum, non iure communi ac Cęsareo niti responsum hoc Pontificis Maximi, sed consuetudine siue lege particulari Tuscanæ Ciuitatis, ut frustrà iste legem Cæsaream inculcet. Sic autem res habet. Mater Clera ex morte patris Rainucij lucrata est tertiam partem bonorum eius ex particulari lege ita statuente, ut præmoriente uiro uxor lucretur tertiam partem bonorum; similiter & Adelasia uxor Rainucij tertiam est lucrata. Ex eo, quod superest, tertia debetur Adiectæ, pro sua tamen portione uirili, & sicut Glossator optimè proponit casum. Erant in bonis exempli causa LIV. ex his deducit mater Clera, quæ est omnibus anterior XVIII. Restant XXXVI. Ex his deducitur tertia Adelasiæ, nempe XII. Restant XXIV. Ex his tertia pars sunt VIII. Duæ sunt sorores, Alterocha, & Adiecta, ergo legitima Adiectæ erunt IV. & legitima Alterochæ similiter IV. Restant XVI. Ex his deducitur quarta pars ex Trebelliano, & sic IV. Restant XII. hæc restituuntur Alterochæ. Præterea Alterocha detrahit ex XVIII. quæ assignata sunt Cleræ auiæ suæ paternæ suam legitimam, videlicet III. Sunt enim duæ filiæ, & sic VI. Legitimam constituunt ambarum. Ex XII. autem matri Adelasiæ assignatis legitimam Alterocha deducit, nempe II. Quoniam IV. efficiunt legitimam ambarum filiarum. Et sic in totum habet Alterocha ex dictis LIV. quæ sunt in hæreditate XXI. nempe IV. pro sua legitima. V. pro legitima ex bonis matris, & auiæ. Et XII ex causa fideicommissi. Possessor autem bonorum habuit primò ex tertia parte Cleræ donatricis XV. ex tertia parte Adelasiæ, quę fictè uendidit X. Pro legitima Adiectæ IV. ex Trebellianica detractione IV. quæ omnia efficiunt XXXIII. iunge XXI. efficies LIV.

Postre-

Postremum Hotomani argumentum eo tendit, ut ostendat detrahi non posse legitimam & Trebellianicã simul à filijs fideicommissaria restitutione grauatis. Sed quoniam hæc est celebris controuersia, vt ei caput sequens totum attribuerem, quo magis discuteretur, faciendum putaui. Igitur lectorem ad sequens caput inuito, in quo de duabus detractionibus disputationem inueniet, simul Innocentij Pont. Max. defensionem aduersus eiusdem Hotomani argumenta.

CAPVT II.

Utrum filius rogatus hæreditatem restituere, possit detrahere simul legitimam & Trebellianicam pro defensione c. Rainucius, de testamentis, contra Franciscum Hotomanum hæreticum.

INsignis controuersia hęc est dignaque omnino diligenti & accurata disputatione. Tres sunt interpretum sententiæ. Prima filium detrahere posse tam legitimam, quàm etiã Trebellianicam. Secunda, legitimam tantum, vel Trebellianicam detrahendam esse iure Ciuili, secus autem iure Canonico. Tertia, distinguendum esse, vtrum purè, vel sub conditione filius restituere grauatus sit. Nam si purè, vnam tantum detrahet; si sub conditione ambas detrahere poterit. Vide Glos. & cæteros Canonistas ad c. Rainucius, & ad c. Rainaldus, de testamentis. Legistas, ad l. Iubemus, C. ad Trebell. & ad l. Papin. §. meminisse, vbi latè Cagnolus, ff. de inoffic. testamen. Alexandrum in consil. 142. lib. 2. Couuar. ad dict. cap. Rainucius, §. vndecimo, nume. quinto, Andream Geyll, lib. secundo, obseruat. 121. Francisc. Hotoman. quæstio. Illustris. cap. 55. & in disputatione contra cap. Rainucius, nouissimè Angelum Matheacium de via & ratione artificiosa iuris, libro 2. ca. 25. Iacobum Cuiac. lib. 8. obseru. cap. 3. Ego ne diu suspensum lectoris animum teneam, in ea sum sententia, ut filius detrahere possit dimidiam hæreditatis; & sic tam legitimam, quàm Trebellianicam, sicut habet prior opinio, quam initio retuli, nullo discrimine adhibito, vtrum purè vel sub conditione rogatus sit restituere, nullaque inter ius Canonicum, & Ciuile constituta differentia. Etsi enim iure Canonico id satis apertè declaratum sit in d. cap. Rainucius, & in dicto cap. Rainaldus, tamen & iuri Ciuili id consentaneum esse, & ex illius regulis & constitutionibus, si non expressè, satis tamen euidenter elici demonstrabo. Itaque sic statuo. Cum filius à patre rogatus est hæreditatem restituere, constituendas esse ex toto asse duodecim uncias, ex quibus regulariter hæreditas constare dicitur. Ex asse, atque adeo ex duodecim vncijs detrahendas esse quatuor pro legitima filij, (est enim legitima iam triens, ut notum est ex Nouella de Triente & Semisse) hunc trientem alio non esse restitutioni obnoxium, sed exceptum ab ea: & consequenter octo vncias restitutioni ex fideicommisso obnoxias esse. Ex quibus quarta pars, nempe vnciæ duæ deducendæ sunt à filio, pro autoritate Senatusconsulti Trebelliani, qui proinde in totum sex uncias habebit, & sic dimidiam totius hæreditatis. Hanc sententiam ego ueram esse prius demonstrabo, & utrique iuri, ut pollicitus sum, consentaneam; deinde argumenta confutabo, quæ aduersus eam afferuntur.

Et quidem quod attinet ad ius Canonicum, minorem esse uideo difficultatem, cum, vt dixi, apertè id probetur in dicto cap. Rainucius, & in d. capit. Rainaldus, de testamen. quatenus ibi Summus Pontifex confirmat & approbat sententiam iudicis, qui pronunciauerat legitimam restitutioni obnoxiam non fuisse, & Trebellianicam detrahi potuisse. Et licet in ea specie filius rogatus esset sub conditione restituere, non autem purè, quæ causa fuit, vt multi, quantum ad hoc, purum fideicõmissum à conditionali distinguerent: tamen Summus Pontifex in eo fundamentum nnn posuit, quod filius sub conditione rogatus esset: sed in eo, quod in legitima grauari non potuit: Quartam autem Trebellianicam quilibet extraneus restitutione grauatus, deducere potest, quę ratio locum habet, siue purè, siue sub conditione filius restituere rogatus sit. Porrò ad alia argumenta, quibus illa distinctio nititur, postea respondebo.

Quod verò attinet ad ius ciuile, etsi maior sit difficultas, id tamen verum esse patet, si non antiquas tantum leges, sed nouissimas quoque perpendamus, atque in hanc rem adfero Nouellam de restitutionibus, & ea quæ parit, &c. §. quamobrem, vbi Iustinianus ita dicit secundũ antiquam translationem: *Quamobrem præsentem ponimus legem, omnia quidem alia prioris a nobis posita constitutionis rata manere volentes: hoc verò innouantes solummodo, vt si quis de cætero restitutionem fecerit suarum rerum: primum quidem seruet filio legitimam partem, non Quartam; hoc enim emendauimus inopiam eius plurimam reprehendentes; sed tertiã modis omnib. aũt mediam, secundum filiorum numerum, deinde ex reliqua substantia parte, si non suffecerit legitima pars ad dotis, aut antenuptialis donationis oblationem: honestè & secundum personarum qualitatem, & merita excipere etiam hoc ad restitutionem*, &c.

His verbis Iustinianus clarè decernit legitimam filiorum excipiendam esse de restitutione, ex quo sequitur, eam non esse restitutioni obnoxiam: confirmatur idipsum, & alia ratione. Nam legitimam filius habiturus est, etiam si alius hæres instituatur; Ergo non continetur in restitutione fideicommissi, argumento l. sequens quæstio, de leg. 2. ibi: *Et propterea fideicommisso non contineri, quia ea habitura esset, etiam alio herede existente.* Erit ergo duntaxat residuum substantiæ, siue hæreditatis obnoxium restitutioni; & sic octo duntaxat vnciæ restituendæ erunt. Ex his octo vncijs, quas restituere filius rogatus esse intelligitur, aio detrahendum esse quartam partem pro autoritate Trebelliani Scoatuscõsulti, quod sic probo: Omnis hæres qui grauatus est vel totam, vel partem hæreditatis restituere, potest quartam partem deducere. Sed filius est hæres rogatus restituere partem illam hæreditatis, quæ excepta legitima superest, nempe octo vncias; Ergo detrahere potest quartam partem. Maior probatur ex §. sed quia, in Instit. de fideicommiss. hæredit. & ex §. nihil autem interest, eodem tit. in d. §. *Sed quia.* sic ait Imperator: *sed quia heredes scripti cum aut totam hæreditatem, aut penè totam plerumque restituere rogabantur, adire hæreditatem ob nullum, vel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa; postea Vespasiani Augusti temporibus Pegaso & Pusione Consulibus, Senatus censuit, vt ei, qui rogatus esset hæreditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur.*

Et in §. nihil autem interest, ita scribit: *Nihil autem interest, vtrum aliquis ex asse hæres institutus, aut totam hæreditatem, aut pro parte restituere rogatur, an ex parte hæres institutus, aut totam eam partem, aut partem partis restituere rogatur. Nam & hoc casu eadem obseruari præcipimus, quæ in totius hæreditatis restitutione diximus.*

Minor autem propositio certa est, & perspicua, quia filius est hæres, & rogatus restituere hæreditatem, excepta legitima: illa enim excipienda est, de restitutione, vt statuit Imperator in d. §. quamobrem, cuius verba supra recensuimus.

Atque hoc est illud, quod perpendo in hac disputatione: legitimam in hæreditate patris restituenda nnn inueniri; quia debet excipi de restitutione; legitimam ergo filius iure proprio habebit, veluti exceptam, & non comprehensam in restitutione; Trebellianicam verò iure hæreditario, quia scilicet est hæres, & restituere grauatus. Et hoc est, quod Summus Pontifex dixit in cap. Rainaldus, illis verbis: *Quoniam idem R. habebat in bonis quondam Peponis patris sui tertiam partem debitam*

debitam iure natura, in qua granari nequinit, necnoa quartam Trebellianicam, quam quilibet extraneus restitutione granatus deducere potuisses.

A qua sententia non procul abest, quod respondit Papinianus in l. pater filiam, 14. ff. ad legem Falcid. in illis verbis: *Falcidiam quidem iure hareditario, dotem autem iure proprio filiam habituram respondi; quia dos in hareditate patris non inueniretur.*

Videamus nunc, quantum habeant momenti argumenta, quæ ex iure Ciuili aduersus hanc sententiam adferuntur. ea Franciscus Hotomanus refert, quæ nos ita ordine confutabimus.

Primum omnium (Hotomani sunt verba) *Pontificali autoritati opponitur natura rerum & sensus communis; Assis enim ratio & natura hac est, vt eius vna aliqua parte nominata, altera necessariò intelligatur, quippe cum ex eorum numero sit, qua Dialectici τὰ πρός τι nominant. Itaque quoties Quadrantis detractio nominatur, toties Dodrantis reliquatio intelligitur. neque quisquam detrahere Quadrantem dicitur, nisi is solus cui superstes ex asse Dodrans relinquitur. Quod cum ita sit, quaero, si filius, qui iam legitimarium Quadrantem detraxit, insuper velit alterum Pegasiani nomine detrahere, quemadmodum dodrans fideicommissario relinqui possit? Nam Falcidia lex relinqui omnino Dodrantem volebat, summamq; testandi libertatem lege 12. tabularum constitutam ea in parte confirmabat l. 1. ff. ad legem Falcid. vt facile appareat, non tam Quadrantis detrahendi, quam Dodrantis relinquendi rationem habendam esse, quippe cum hac reliquatio lege 12. tabularum primum instituta, post etiam Falcidia lege confirmata & constabilita sit.*

Respondeo, nec Summum Pontificem, nec quemquam aliam velle testandi facultatem lege 12. tabularum datam, & Falcidia lege confirmatam auferre, aut aliqua ea parte minuere, sed hoc dicit Summus Pontifex, & vult, nosque sequimur atque contendimus, patremfamilias legitimam filio debitam excipere debere, quoties filium hæredem restitutionis onere grauat. Id sanè & Iustinianus statuit, & æquissimum videtur, ne legitima onere aliquo prægrauetur, l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. testam. Dicimus præterea Quadrantem ea Trebelliano detrahendum esse. Id quod Senatusconsultum iamdiu concessit, quare nihil hæc legibus repugnāt. Nec vero hæc cum natura rei & sensu communi pugnant. Nam etsi Quadrante detracto ex hæreditate dodrans superesse intelligatur, nihil tamen prohibet, quo minus restitutioni obnoxius sit Dodrans tantum hæreditatis, sine detracto Triente, Bes tantum, & ex eo quarta pars Trebelliani nomine, detrahatur. Tunc obstaret rei naeura sensusque communis, si diceremus, totum assem hæreditatis obnoxium esse restitutioni: tunc enim triente deducto, residuum restituendum superesset. Sed non ita dicimus. Iam enim constat filio rogato restituere hæreditatem, eam interpretationem adhibendam ab initio vt censeatur rogatus restituere bessem tantum hæreditatis; quia legitima eius triens excipi debet. Quare sicuti, si expresse filius rogatus esset bessem restituere, procul dubio detraheret ex eo quadrantem Trebellianicum, ita etiam respondendum est, vbi totum assem restituere quidem rogatus est testatoris verbis, sed tamen non nisi bessem restituere rogatus intelligitur autoritate legis iubentis, vt dixi, legitimarium trientem excipi de restitutione.

Secundum argumentum Hotomani. Einsmodi alterum argumentum, inquit, *est, Nam cum quadrantis detractio sit priuatio, & priuatio prasupponat habitum, vt nostri loquuntur, hoc est, detractio rem subesse arguat, satis constat, inde duntaxat quadrantem detrahi, vbi redundat, hoc est, ab eo, cui plus dodrante superat. Quod si filius, qui legitimā detraxit Pegasianum quadrantem petat, quaero, an ab eo petat, cui plus dodrante superat? Ac nimirum hoc illud est, quod vulgo dicitur, quarta detractionem ei demum concedi, qui supra dodrantem grauatus est. §. sed quia. de fideicommiss.*

A *haredi. vbi dicitur Senatum censuisse, vt ei, qui rogatus esset hareditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atq; ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Quoties igitur hares supra dodrantem grauatus non est sed ei quadrans hareditatis quoquo iure, siue institutionis, siue praceptionis, deductionis, retentionis, siue legati, siue mortis causa capionis relictus est, sequitur, vt quartam petere non possit, l. in quartam, ff. ad leg. Falcid. Itaque cum hares legitimam adeptus est, satis constat eum supra dodrātem grauatum non esse; ac proinde petere Falcidia beneficiū non posse.*

Respondeo, propositionem, qua iste nititur, veram nō esse, ita simpliciter & absolutè, vt ponitur, videlicet, quoties hæres supra dodrantem grauatus non est, quartam partem detrahere non potest. Nam etsi partem tantum hæreditatis, puta dodrantem solum vel minorem partem restituere grauatus sit, detrahere tamen potest quartam partem ea Trebelliano; quia nihil interest, vtrum quis totam vel partem hæreditatis restituere grauatus
B sit, vt in §. nihil autem interest, in Institut. de fideicommiss. hæredit. Hoc autem allegare potest Hotomanus, & puto etiam, ita eum intellexisse, hæredem imputare debere in Trebellianicam, quicquid vel præcipere, vel deducere, vel retinere iussus est, vt in d. l. in quartam, ff. ad legem Falcid. Et consequenter, legitimarium trientem ipsum imputare oportere. Si igitur hoc velit, vti colligitur ex verbis eius, & ea lege, quam allegat, respondeo, legitimam imputandam non esse, quoniam in Trebellianicam ea tantum imputantur, quæ ex testamento hæres consequitur, non etiam ea, quæ iure suo extra testamentum hæres habet, vel ei debentur, vt probat textus in l. pater filiam, ff. ad legem Falcid. ibi: *Falcidiam quidem iure hareditario, dotem autem iure proprio filiam habituram.* Et in l. debitor, ff. ad Trebell. declarat post Bartolum, & alios optimè Ripa, in d. l. in quartam, nume. 84. vbi propterea docet bona emphyteutica & feudalia non imputari in Trebellianicam, quia non capiuntur ex testamen-
C to. Sed legitimam filius consequitur extra causam testamenti; Ergo illa in Trebellianicam imputanda non est. Hæc assumptio probatur; quia filio debetur legitima legis prouidentia, nō autem patris beneficio, cogitur enim pater illam excipere ex onere restitutionis, vt dictum est, & tenetur eam filio absque omni onere relinquere, institutionis titulo, Appellaturque *debitum naturale.* in l. scimus, §. illud præterea, C. de inoffic. testam. & in l. 1. C. de imponen. lucra descript. *Debitum bonorum subsidium.* in Nouella de Triente & Semisse. Et necessitatem imponit lea parentibus relinquendi legitimam filio, *tanquam illa secundum naturam ei debeatur,* inquit Imperator in Nouella, de hæredibus & Falcid. §. 1. quare ex his omnibus concluditur, rectè dici legitimam extra causam testamēti capi à filio, & non patris iudicio, vt dictum est, sed legis prouidentia, vt alibi loquitur Vlpianus, in l. si arrogator, ff. de adoptio. Consequenter illa imputari non debet in Trebellianicum quadrantem, in quem ea imputā-
D tur, quæ patris iudicio ex testamento perueniunt.

Tertium argumentum *ducatur*, inquit Hotomanus, *ex aliarum quartarum inductione; nam in reliquis omnibus hoc perpetuo videmus esse iuris, vt vnius adeptio, alteram excludat. Cuius rei tria exempla suppeditat l. Papinianus ff. de inoffic. testam. Primum est in §. quarta autem, vbi filius, qui Falcidiam ex legatis adeptus est, ab inofficiosi querela depellitur. Alterum in §. vade si quis, vbi filius Pegasianam ex fructibus consecutus, similiter ab inofficiosi actione excluditur. Tertium in §. si quis impubes, vbi nepos ex filia impubes, ab auo arrogatus, & exharedatus, quoniam ex constitutione D. Pii Quartam habet, à querela remouetur. Cui consentaneum est, quod traditur in l. 1. § pen. ff. si cui plus quam per legem Falcid. vbi patronus, qui in liberti bonis partem habet legitimam, si eam detraxit, a Falcidia petenda depellitur.*

Respondeo, vt & initio dixi, non esse in hac diputatione obseruandum id, quod antiquis legibus est constitutum. Si enim secundum antiquas leges definiri debeat

hac

hæc controuersia, facile existimauerim vnam tantum quartam detrahendam esse, & hoc probant exempla aliarum quartarum adducta: sed hic postremæ leges perpendendæ sunt, quibus constitutum est, vt filio restitutione iniuncta, legitima excipiatur, aut pro excepta habeatur. Ex hoc enim sequitur, illam esse retinendam tanquam filio debitam, & residuum hæreditatis restituendum deducta Quarta Trebellianica, in quam legitima non imputatur, vt dictum est: quia non iudicio testatoris, sed legis prouidentia ad filium peruenire dicitur. Quare argumentum ex aliarum quartarum inductione, in quibus hæc specialiter constituta non sunt, huc nequaquam pertinere potest.

Quartum argumẽtum Hotomani est, ex Nouella 39. de restitutionibus, & ea, quæ parit, *Cuius verba* (inquit Hotomanus) *Iuliano interprete, hæc ferè sunt: Si quis vnũ ex liberis hæredem instituerit, & rogauerit eum, vt cùm morietur, aliis restituat hæreditatem: primum quidem legitimam portionem, nempe trientem sibi retineat, cæteras autem partes fideicommissario restituat integras. Itaque Bartolus in eum locum scribens num. 1. Nota, inquit, filium fideicommisso grauatum non posse duas quartas detrahere, sed vnam tantum.*

Respondeo, maiorem me in viro docto fidem in referendis legibus desiderare. Nam si legatur tota illa Nouella, siue secundum Iuliani, siue secundum Haloandri interpretationem hoc non dicit. Verba superius proposui, & totam hic Nouellam adscriberem, nisi id superuacaneum viderem. Hoc dicit quidem Nouella legitimã esse accipiendam de restitutione; sed non sunt in ea illa verba: *Cæteras autem partes fideicommissario restituat integras.* Videat lector Nouellam totam, & omnis ei scrupulus auferetur.

Sed nec fideliter Bartoli verba refert, etsi enim aliquod argumentũ ex Nouella desumat pro contraria sententia; nõ tamen ita loquitur, vt ille refert; verba Bartoli hæc sunt: *Nota ex hac l. in ver. Quamobrem: quia iste textus optimè facit, quod filius rogatus de restitutione non possit habere, nisi vnam quartam. Nam hic vides, quod filio de restituendo grauato solum consulitur in quarta debita iure naturæ, & tota reliqua substantia venit in restitutione fideicommissi, nec diminui potest, nisi ex causa dotis vel donationis propter nuptias. Sed si Quartam Trebellianicam detrahere posset, deberet ex causa dotis, vel donationis propter nuptias constituere, si debita iure naturæ non sufficeret. nam quod hæc de reliqua substantia possit detrahi, & priuilegium dotis, & donationis propter nuptias; ergo in contrarium est ius commune; quia propter nullam aliam causam reliqua substantia, quæ restat, possit detrahi vel minui l. ius singulare, de leg.*

Respondeo ad illud argumentum. Nouellam non hoc dicere, detracta legitima totam reliquam substantiã in restitutionem venire, legantur verba, non hoc inuenietur: sed Bartolus id colligit ex duobus, primùm: quia Nouella dicit detrahendam, siue excipiendam esse legitimam de restitutione, & nihil dicit de Trebellianica: videtur enim inferri ex hoc, reliquam substantiam restituendam esse. Deinde, quia tantummodo dos & donatio propter nuptias hoc priuilegium habeant, vt ex restitutione excipiantur. Respondeo ad primum, non, si textus Nouellæ legitimam excipiat, & nullam Trebellianicæ mentionem faciat, idcirco Trebellianicæ detractionẽ fieri posse negat. Legitimam enim excipit, quia non vult eam subiectam esse restitutioni. Cætera substantia subiecta est restitutioni, secundum formam Trebelliani Senatusconsulti; quæ est, vt siue tota hæreditas, siue pars eius restituenda sit, quarta pars detrahatur. Ergo non prohibet ibi detractionem. Ad secundum respondeo, dotem & donationem propter nuptias excipiendam esse de restitutione; quia pater tenetur filiæ dotem dare, & donationem propter nuptias pro filio constituere, l. vlt. C. de dotis promissio. Ergo non potest in hac parte filium grauare, ac per restitutionem iniunctam efficere, vt dotem

A & donationem propter nuptias non consequatur. Reliqua substantia subiecta est restitutioni, sed secundum legis formam, vt fiat Quartæ detractio ex Trebelliano Senatusconsulto. Itaque verum est, quod dicit Bartolus, solam dotem, & donationem propter nuptias hoc priuilegium habere, vt in restitutionem non veniant; sicut nec legitima venit iure naturæ debita, reliqua enim substantia in restitutionem venit, nec nos id inficiamur, sed venit cum sua causa, vt scilicet patiatur quartæ partis detractionem.

Dices, si locus esset detractione Quartæ huius Trebellianicæ, ex ipsa dos & donatio propter nuptias erat constituenda, quatenus legitima non sufficeret; non autem ex reliqua substantia restitutioni obnoxia. At hoc iniustum est: nam, vt dixi, pater tenetur dotem & donationem propter nuptias dare, & constituere filio; Ergo non debet filius ex sua Trebellianica, quam, vt hęres grauatus consequitur, supplere id, quod deest ad dotem & do-
B nationem propter nuptias: sed id ex bonis & substantia patris supplendum est, ita vt filius iure proprio dotem habeat, & donationem propter nuptias: & iure hæreditario, id est, tanquam hæres grauatus Quartam ex Trebelliano, l. pater filiam, ff. ad leg. Falcid. ibi: *Falcidiam quidem iure hæreditario, dotem autem iure proprio,* &c.

Quintum argumentum est ex l. iubemus, 6. C. ad Trebell. vbi Zeno statuit, vt filius portionem suam hæreditariam fratri restituere rogatus, retenta ex Senatusconsulti beneficio Quarta, dodrantem restituat: *Quo* (inquit Hotomanus) *quid apertius dici potest? Neque nos moueat, quod supra diximus, Iustinianum de legitima statuisse, cũ enim eius summam auxisset, & ex quadrantaria trientariam fecisset, non dubium est, quin filii iam non amplius Pegasianam, sed legitimam petere petituri sint.*

Respondeo, si Zenonis tempora spectemus, vnã tantum quartã detrahi potuisse, nempe Trebellianicam, ratio est; quia nondum Nouella Iustiniani erat lex edita,
C qua constitutum est, vt legitima filiorum non veniat in restitutionem. Cùm enim tempore Zenonis etiam legitima in restitutionem veniret, meritò non erat locus detractioni eius, sed tantum Quartæ Trebellianicæ, sed cùm hodie legitima in restitutionem non veniat ex Nouella, sequitur, vt illa sit excepta, & salua filio, nec subiecta restitutioni: ex residua verò hæreditate restituenda, quartam partem detrahere filius possit autoritate Trebelliani Senatusconsulti, quod nullibi prohibetur hoc in casu locum habere. Id verum esse, quod diximus, nempe, tempore Zenonis legitimam in restitutionem venisse, patet tum ex lege Zenonis, tum ex Nouella Iustiniani: Ex lege quidem Zenonis, quatenus dicit: *Retenta Quarta pro autoritate Senatusconsulti Trebelliani* restituendum esse dodrantem. Nouella autem id probatur, quia Iustinianus in d. §. quamobrem, dicit se hanc legem nouam ponere: *Præsentem,* inquit, *ponimus legem omnia quidem alia prioris a nobis positæ constitutionis rata manere*
D *volentes; hoc verò innouantes solummodo,* &c.

Quibus verbis apparet ipsum de nouo id statuisse, vt legitima in restitutionem non veniret.

Sextum argumentum sumitur ex l. quoties, de reg. iur. *Quoties duplici iure defertur alicui successio, repudiato nouo iure, superat vetus: non enim duæ causæ lucratiuæ in eundem hominem, & eandem rem conueniunt.* §. si res aliena, de leg. l. omnes, l. ex promissione. ff. de actio. & oblig. & *non vt ex pluribus causis deberi nobis potest, ita ex pluribus causis peti idem potest.* l. nõ vt ex pluribus, de reg. iur. Cùm igitur quadrans successionis nomine, à lege attribuatur, qui eum semel ex vna causa adeptus est, si eundẽ ex alia causa petat, doli exceptione rectè remouebitur: habet enim quod petit, l. 1. ff. de doli except.

Respondeo, argumentum hoc supponere vnum tantum quadrantem deberi, & idcirco non posse nisi semel peti, sed nos id negamus: quia dicimus, & legitimam detrahendam, quia in restitutionem non venit, & Trebellianicam esse detrahendam autoritate Senatusconsulti

Trebel-

Trebelliani. quare duę causę lucratiuæ non pertinent ad vnam & eandem rem, sed ad res diuersas, quo casu regula non obstat.

Hæc & alia his similia, attulit argumenta post Franciscum Hotomanum, nouissimè Angelus Mattheacius lib. 2. cap. 25. de via & ratione iuris artificiosa. quę sanè, vt mihi videtur, iam sublata sunt.

Superest, vt argumenta diluamus eorum, qui dixerunt, eodem tempore deduci non posse legitimam & Trebellianicam. Illa verò duo sunt potissimum, primum quia non videtur iuri conuenire, vt duæ causæ lucratiuę eodem tempore locum habeant. Alterum, quod legitima in Trebellianicam sit imputanda; vel econtrario Trebellianica in legitimam, & sic effectu non habebit filius pręter legitimam vel Trebellianicam.

Respondeo ad primum, iam responsum esse superius; quia cum ex diuersis causis procedant ambæ detractiones, absúrdum non est, vt eodem tempore locum habeant. Ad alterum autem argumentum respondeo, negando imputationem illam. Nam legitima non debet imputari in Trebellianicam, cum in eam imputentur ea tantum, quæ capiuntur ex testamento. Legitima verò capiatur extra causam testamenti, vt suprà latius dictum est. Trebellianica vero in legitimam imputari non potest; quia in legitimam haud quaquam imputantur ea, quæ filius aduentitio quodam iure habet, non autem ex ipsa testatoris voluntate, l. scimus, §. repletionem, C. de inoff. testamen. Trebellianica vero extrinsecus aduenit filio, nempe, ex Trebelliano Senatusconsulto, vt patet.

CAPVT III.

Vtrum Trebellianicæ detractioni sit locus cum legitima est semis.

Admissa hæc vera sententia, quam in pręcedenti capite probauimus, filium hæreditatem restituere grauatum, detrahere posse præter legitimam etiam quartam Trebellianam, alia oritur controuersia: Sitne idem respondendum etiam eo in casu, quo legitima filiorum est semis, puta si quinque fuerint aut plures filij, qui restituere hęreditatem sint rogati? Etenim Baldus in consilio 94. libro secundo, respondit, hoc in casu non esse locum detractioni Trebellianæ, & Baldum secutus est, Couuar. ad cap. Rainucius, §. vndecimo, numero sexto, de Testamentis. Decius in consilio 228. circa finem. Fundamentum est, quia videtur absurdum, vt grauati filij restituere hęreditatem alijs, plus consequantur ex hæreditate, quam is, cui hęreditas ex fideicommisso restituenda est. Plus autem consequerentur: quia semissem in primis detraherent pro legitima, & ex alio semisse adhuc quartam partem. Sed contraria sententia mihi videtur verior & communior, filios etiam in proposita specie pręter legitimam posse Trebellianicam detrahere. Ita docuerunt Crauetta in consilio quinquagesimo, & ibidem Stracca in annotationibus Cagnol. ad l. Papinianus, §. meminisse, numero decimonono, ff. de inoffic. testamen. Alba in cons. 41. & multi alij, quos refert & secutus est Anton. Tessaurus decis. Pedemontana 252. dicens, ita Senatum iudicasse. quibus adde Marcum Antonium Eugenium, in consilio vndecimo, & in consilio trigesimotertio, num. 75.

Fundamentum vero satis firmum ac solidum illud est; quia etiam ad hanc speciem, in qua semis detrahitur ratione legitimæ, legis verba, & ratio eius adaptantur. Verba quidē, quia generaliter lex dicit, filiū in legitima grauari non posse, ac proinde deducendam & excipiendam esse de restitutione: Trebellianicā aūt detrahi, sicut & quilibet extraneus detrahere potest. Ergo de quacunque legitima lex loquitur, siue illa sit semis, siue sit triens. Ratio verò legis, quia nunquam legitima grauari potest, etiam si sit semis, propter numerum liberorum; & consequenter etiam, si sit semis in restitutionem venire non potest.

Porrò fauor, quo prosequuntur leges numerum liberorum, & ipsa rei æquitas facit, vt non videatur absurdum, si plus liberi retineant atque deducant, quam fideicommissario restituant. Etenim si quinq; sint filij, quilibet parum habebit, tum ratione semissis legitimarij, tū ratione quadrantis Trebelliani, quippe qui in quinque partes diuidendi sint, & sic plus habebit fideicommissarius iste, quam habiturus sit quilibet ex filijs, qui grauati sunt, quamobrem nihil inde absurditatis oriri existimo.

CAPVT IIII.

Vtrum prohiberi Trebellianicæ detractio possit à testatore.

Percurremus & alias de Trebellianica controuersias, inter quas illa est non ignobilis: Possitnè Trebellianica prohiberi à testatore. Affirmant Bartolus ad l. Marcellus, ff. ad Trebell. & Iason ibidem. Aretinus in consi. 57. & alij apud Gabrielium Commun. conclusio. titulo, ad Trebellian. conclus. prima, Adde Couuar. ad capit. Rainaldus, §. 3. numero 6. de testamen. Andr. Geyll. lib. 2. Obseru. 138. nu. 15.

Fundamentum est; quia Falcidia prohiberi potest, vt patet ex Nouella de hæredibus & Falcid. §. si verò expressim. Ergò & Trebellianica. Nam æquiparantur Falcidia & Trebellianica, l. Marcellus, §. quod autem, ff. ad Trebell. immò ad exemplum legis Falcidiæ Trebelliana detractio inducta est, § sed quia, in Instit. de fideicommissarijs hæredit. Immò Falcidiæ appellatione venit etiam, & sępè intelligitur Trebelliana, l. pater filiam, l. Titia, ff. ad legem Falcid. l. Iubemus, C. ad Trebellian. & videtur esse eadem ratio in Trebelliana, quę est in Falcidia. Illa enim ratio est, quantum ad Falcidiam: quia aut hæres, cui detractionis commodum aufertur, adibit hæreditatem, aut illam repudiabit: si adibit, pium opus faciet exequendo testatoris voluntatem, licet nullum commodum habiturus sit; si verò repudiabit, hæreditas ad alios pertinebit, nempe substitutos vel fideicommissarios, vel alios legitimos hęredes, vt latè explicat Imperator in d. §. si verò expressim.

Verum istis nil morantibus, contrariam sententiam amplector, quam amplexi fuere Bartolus sibi parum constans, in l. nemo potest, de leg. 1. Alexander ad d. l. Marcellus, ff. ad Trebell. & ibi etiam Ripa eam defendit, licet non putet à communi recedendum sententia, Alciatus lib. 5. Paradoxorum, cap. 19. & alij, apud Couuar. & Gabrielium locis proximè annotatis.

Moueor hoc argumento. Certum est ante Nouellam Iustiniani de hæredibus, & Falcidia. Trebellianicā prohiberi non potuisse: quia nemo potest facere, quin leges in suo testamento locum habeant, l. nemo potest, de leg. 1. & satis id luculenter probatur in l. si vt allegas, C. ad Trebell. in l. Titia, ff. eod. & alijs in locis. Sed per Nouellam Iustiniani supradictam de hęredibus & Falcid. contrarium non est constitutum: ergo manet ius antiquum, vt nequaquam à testatore prohiberi valeat detractio quartæ, quæ fit ex Trebelliano Senatusconsulto, quam Trebellianicam appellamus.

Assumptio argumenti certa est & manifesta; quia Iustinianus in dicta Nouella de Falcidia lege loquitur, quę ex legatis detractionem concedit, quoties vltra dodrantem legatis hæreditas onerata est.

Omnis difficultas in eo est posita; vtrum illa constitutio extendi debeat etiam ad Trebellianicam: & sanè inficiari nemo potest, quin magna sit Falcidiæ, & Trebellianicæ affinitas, & similitudo, sed tamen non si in vno simili corrigatur ius antiquum, statim etiam in alio corte cēsetur, vt notari solet in Auth. quas actiones, C. de sacro-

sacrosanct. eccl. Præterea considerari potest duplex ratio diuersitatis inter Falcidiam, & Trebellianicam. Prima est, quia Trebellianicæ detractio competit hæredi grauato restituere per fideicommissum, qui cogi à fideicommissario potest adire hæreditatem, & restituere etiam inuitus, l. quia poterat, ff. ad Trebell. Falcidiæ autem beneficium datur hæredi grauato, ad legata præstanda, qui quidem à legatarijs inuitus cogi non potest ad adeundã hæreditatem; Ergo cum hæres fideicommisso grauatus hęreditatem restituere in eo sit deterioris conditionis, quàm alter, qui legatis oneratus est, meritò debet in altero melioris esse conditoinis, vt Trebellianicæ commodo priuari à testatore non possit, licet alter priuari possit.

Responder Socinus in d. l. Marcellus, ff. ad Trebel. nõ esse rationem habendam huius grauaminis hæredis, quòd possit cogi adire hæreditatem; quia id intelligitur periculo fideicommissarij, cui restituit, vt in d. l. quia poterat. Et ratio Quartæ detrahendæ illa est, vt hæredes inuitentur ad adeundam hæreditatem, vt in §. sed quia, in Instit. de fideicommiss. hæred. non autem, quia cogi posset ad adeundum.

Iason Socino replicat, & Ripa Iasoni; Ripa inquam, in l. nemo potest, num. 44. de leg. 1. & mihi sanè videtur non bona responsio Socini, quia licet hęres compellatur damno & periculo fideicommissarij; multis tamen molestijs & periculis expositus est, licet ei sit cautum à fideicommissario, argum. l. cogi, §. si pater, ff. ad Trebell. ibi: *Non oportere sub incerto cautionis se committere.*

Altera diuersitatis ratio hæc est; quia dũ Iustinianus cauit Falcidiam prohiberi posse, sic ait: *Si verò expressim designauerit* (testator) *non velle hæredem retinere Falcidiam, necessarium est testatoris valere sententiam, & aut volentem eum parere testatori, forsan etiam quadam iustè & piè relinquenti, lucrum non in percipiendo, sed solummodo piè agendo habentem, & non videri lucro huiusmodi esse hæreditatem. Aut si parere noluerit, eum quidem recedere ab eiusmodi institutione, locum verò fieri, sicut dudum prædiximus, substitutis, & cohæredibus, & fideicommissarijs, & legatarijs, & seruis, & ijs, qui ab intestato sunt, & alijs secundum prius inuentam à nobis in talibus viam.*

Hæc ratio locum non habet in hærede fideicommisso grauato, quia datur tertium: quoniam cogi potest adire hęreditatem & restituere, vt dictum est. Itaque non in eo verificari potest illud dilemma. Aut adibit, aut repudiabit: quia si repudiare velit, cogi potest adire: quare pro compensatione talis incommodi dignus omninò esse videtur Trebellianici quadrantis commodo; sic enim facile adducetur ad hæreditatem adeundam absque vlla coactione, quæ causa fuit detractionis inducendæ, vt dictum est.

Ex quibus responsum patet ad argumentum contrariæ opinionis; & si enim magna sit similitudo Falcidiæ, & Trebellianicæ, aliqua tamen diuersitatis ratio inter vtramque considerari potest; & vt maximè in omnibus conuenirent, inhærendum iuri antiquo videtur, donec expresse sublatum sit, nec per vllam consequentiam, ac tacitam quandam interpretationem nobis licere debet illud emendare, ac tollere.

CAPVT V.

Quid in liberis primi gradus, vtrum in Trebellianica prohiberi possit à testatore.

Controuertitur præterea, vtrum filijs primi gradus Trebellianicæ detractio prohiberi possit. Etenim affirmant multi, quos latè refert ac probat Menoch. in consil. 272. lib. 3. Negant verò Baldus, Salycetus, & Corneus ad l. iubemus, C. ad Trebell. & multi alij, quos ipse Menochius commemorat, vbi supra, num. 33. Fundamentum affirmantis sententiæ illud est præcipuum, quod Trebellianicæ detractio prohiberi possit. Ex hoc enim

A sequitur, etiam filijs primi gradus prohiberi posse, in quibus nihil specialiter in contrarium constitutum est, & quibus pater legitimam portionem relinquere tenetur, ac de reliquis suis bonis pro libitu disponere, vt in Nouella de Triente & Semisse. Quod autem Trebellianicę detractio prohiberi possit, probatur ex §. si vero expressim, in Authent. de hæredibus & Falcidia argumento sumpto de Falcidia ad Trebellianicam, tum quia æquiparari videantur; tum quia sit eadem ratio in vtraque. Sed quoniam contrariam sententiam in præcedenti capite probaui, nimirum Trebellianicam, prohiberi non posse, & illud argumentum de Falcidia ad Trebellianicam improbaui, non video quo modo huic sententiæ assentiri debeam, aut passim. quare cum filiorum causa sit fauorabilior, quam aliorum hæredum, ac pro eis antiquarum autoritas legum pugnet, quibus constitutum est Trebellianicæ detractionem prohiberi non posse; quia nemo potest facere, quin leges in suo testamento locum
B habeant. l. nemo potest, de legat. 1. affirmantem sententiam valere iubeo: & negantem, quæ etiam communior est, in hac quæstione amplector.

CAPVT VI.

Vtrum Trebellianicę detractio probibita esse intelligatur, cum testator alienationem bonorum probibuit.

Non assentior ijs, qui putant testatore prohibente bonorum alienationem, videri prohibuisse Trebellianicæ detractionem; Nam præter quam, quod illa prohiberi etiam expressè non potest, vt in capit. 4. concl. supra, illud accedit, quod sententia ista minus solido nititur fundamento. Nititur enim tex. Nouellæ Iustiniani sub titu. Vt sponsalitia largitas specialis sit contractus,
C &c. §. vlt. Verba textus hæc sunt: *Si quando autem aliquis testamentum faciat, & aliquam rem immobilem suæ familiæ, aut alteri cuiquam personæ nomine legati reliquerit, & specialiter dixerit, nullo tempore hanc rem alienari: sed aut apud hæredes, aut apud successores illius, cui relicta est permanere, in hoc legato iubemus Falcidiam legem locum penitus non habere; quoniam alienationem eius testator ipse prohibuit.*

Hic loquitur Imperator de Falcidia, quæ ad legata pertinet, & de re particulari legata alienari prohibita; non autem de generali prohibitione alienationis bonorum, quæ ex fideicommisso restituenda sint. Huc accedat, quod obseruandum est: Nam cum de una re particulari agatur, facilè concedi potest, ut ex ea non possit aliquid deduci Falcidiæ nomine, qui ex aliis rebus hæreditarijs deduci poterit; quę ratio cessat, ubi generalis est prohibitio, tunc enim nulla ex re detractioni Falcidiæ locus esset, quod in obscura testatoris uoluntate dicen-
D dum non est. quare generalem illam conclusionem reijcio, quæ docet, prohibita alienatione censeri prohibitam Trebellianicæ detractionem, etsi autores habeat non paucos, quos refert Gabrielius commun. conclu. titu. ad Trebellia. conclus. 9. Mantica de coniect. ultimar. uolun. libro 7. titu. 12. Hippol. Riminald. in consil. 131. Et aliorum accedo sententiæ, qui docuerunt, ita demum ex prohibitione alienationis prohibitam hanc detractionem uideri, si de re particulari prohibita alienari agatur, quoniam ex alijs bonis detrahi poterit Trebellianica. ita docuerunt August. Berous in consil. 93. num. 15. lib. 2. Alciatus responso 113. lib. 9. Soçin. iun. in consilio 170. libro secundo, Roland. à Valle in consil. 9. libro 4. Dom. meus Cephal. in consil. 320. nume. 43. libro 3. Mant. ubi supra post numero secundo.

CAPVT VII.

Trebellianicam an fideicommissarius restituens alteri fideicommissario detrahere aliquando possit.



CVm secundus hæres, hoc est fideicommissarius, cui à primo hærede grauato hæreditas restituta est, eam restituit alteri fideicommissario, Quartam ex Trebelliano deducere non potest, l. si patroni, §. qui fideicommissariam, ff. ad Trebell. causam adferunt Iason ad l. 1. §. denique, ff. eod. tit. & Ripa ad l. 1. § sed & quoties, nu. 9. ff. eod. nisi proponatur ex facto, primum hæredem, qui restituit Quartam, ideo non detraxisse, quòd eam donare volebat fideicommissario; tunc enim fideicommissarius postea restituens hæreditatem sequenti fideicommissario, iustè eam detrahit, l. 1. §. denique, ff. ad Trebell. In his omnes conueniunt. Illud controuersum est; an in dubio præsumatur hæres totam hæreditatem restituendo, absque vlla detractione, donare voluisse huiusmodi Quartam fideicommissario, cui hæreditatem restituit. Et Bar. in d. l. 1. §. denique, ff. ad Trebel. quem ibi multi alij sunt secuti, affirmat donare voluisse, & hanc coniecturam donationis hoc in casu sumendam ex illa Iuris Regula. Qui scienter indebitum soluit, donare præsumitur, l. 1. ff. de condict. indeb. l. cuius per errorem, de reg. iuris. Hic autem hæres scienter indebitum soluit, quia totam restituit hæreditatem, cùm tamen Quartam retinere posset.

Sed contraria sententia mihi magis probatur, quam amplexi fuere Castrensis, Iason, Ripa, & Ruinus in Cómentarijs d. l. 1. §. denique, ff. ad Trebell. Fundamentum est satis firmum, in l. si sponsus, §. si quis rogatus, ff. de donat. inter virum & vxorem. Vlpianus: *Si quis rogatus sit percepta certa quantitate vxori suæ hæreditatem restituere, & it sine deductione restituerit, Celsus lib. 10. Digestorum scripsit, magis pleniore officio præstandæ fidei functum maritum, quam donasse videri; & rectam rationem huic sententiæ Celsus adiecit: quod plerique magis fidem exoluunt in hoc casu, quam donant: nec de suo putant proficisci, quod de alieno plenius restituunt, voluntatem defuncti secuti, nec immeritò: sæpè enim credimus aliquid defunctum voluisse, & tamen non rogasse. Quæ sententia habet rationem magis in eo, qui non erat deducta Quarta restituere rogatus, & tamen integram fidem præstat omisso Senatusconsulti commodo.*

Respondet Alexander, dictionem *Magis* comparatiuè ibi accipiendam, non electiuè, quasi maritus etiam donasse videatur, sed tamen magis fidem impleuisse. Non rectè: quia nullo modo donasse maritus intelligitur, vt patet ex verbis textus. Præcipua enim intentio spectanda est, l. si quis nec causam, ff. si certum petatur, quæ fuit exequendi voluntatem testatoris, vt ibi dicitur.

Ad argumentum contrariæ sententiæ respondeo: Regulam, quæ adfertur ex l. 1. ff. de condict. indeb. locum habere; cùm nulla alia potest capi coniectura; secus si alia capi possit coniectura, vt in hac specie, illa nempe, vt hæres totam restituens hæreditatem, Quarta non detracta, hoc fecisse videatur, quo pleniore officio præstandæ fidei fungeretur. Etsi enim totam hæreditatem non teneatur restituere, ex quadam tamen obligatione naturali tenetur, quæ facit, vt solutum non repetat, l. 1. C. ad legem Falcid. Et declarat Guido Papæ, ad l. 1. num. 24. de leg. 1. Iason ad l. cum quis, C. de iuris, & facti ignorant. quare coniectura donationis, cùm alia iam subsit, cessare debet ex traditis per Decium ad leg. donari, de regulis iuris.

A

CAPVT VIII.

Quartæ Trebellianicæ detractio sit ne fienda ex tota hæreditate defuncti; an verò ex eo quod superest, deductis legatis.



EXemplum est; Paterfamilias habet quadringenta, legauit centum, cætera per fideicommissum restitui ab hærede mandauit. Hæres Quartam ex Trebelliano deducit, quæritur, sitne ex tota hæreditate deducenda, & sic ex quandringentis, quo casu centum detrahentur; an verò ex trecentis tantùm, quæ legatis deductis supererant.

Respondeo, adhibendam esse distinctionem, quæ sequentibus continetur Conclusionibus. Prima Conclusio. Hæres purè rogatus restituere hæreditatem, Quartam ex Trebelliano deducet habita ratione totius hære-
B ditatis & quantitatis bonorum, quæ reperitur; non autem ex eo, quod superest, deductis legatis: & ideo secundum supradictam hypothesim centum detrahere poterit. Huius conclusionis duplex ratio adferri potest. Prima, quia legatorum onus non ad hæredem grauatum, sed ad fideicommissarium, cui restituta est hæreditas, spectat, l. 1. §. vlt. ff. ad Trebell. l. vlt. C. eod. tit. Sed si Quarta deduceretur ex eo, quod superest, deductis legatis, hæres aliquo modo sentiret onus legatorum; quia ipsius Quarta ex eo esset diminuta: ergo ex tota quantitate deduci debet eiusmodi Quarta Trebellianica. Altera est ratio; quoniam hæres grauatus restituere potior est legatarijs, quantum ad suæ Quartæ detractionem, l. Titis, ff. ad legem Falcid. & declarat optimè Ripa, ad l. 1. §. is qui quadringenta, num. 4. ff. ad Trebell. Sed si legata prius deducerentur, ac ex residuo Trebellianica deduceretur, ipsa Trebellianica diminueretur propter legata, vt patet: Igitur ex tota quantitate patrimonij deducenda est, non
C ex residuo. Et ita respondit Crauetta in consil. 16.

Secunda Conclusio; Cùm fideicómissum est purum, sed legata nominatim ab ipso hærede grauato relicta sunt, tunc non ex tota hæreditate, sed ex eo, quod superest, legatis deductis, detrahenda est. Ita respondit Crauetta in consil. 16. post Rotam Romanam, quam citat decisione 870. Quædam mulier, in antiquis. Fundamentum est; quia cùm legata ab hærede relicta sunt, onus soluendi ad fideicommissarium, sed ad hæredem ipsum grauatum spectat, l. Marcellus, ff. ad Trebell. Ergo non debet fieri deductio Trebellianicæ ex tota summa: quia id oneraret fideicommissarium.

Sed vt huic sententiæ non accedam, duæ rationes sunt in causa. Vna, quia etiam in casu, quem mox subijciam, testator noluit ad fideicommissarium onus legatorum spectara, & tamen hæres grauatus ex omnibus bonis habet Qnartam, non autem ex fideicómisso dumtaxat. Altera est ratio; quia non est in potestate testa-
D toris, vt hæredi præiudicet quoad Quartam ei debitam, onerando eum legatis. l. 1. ff. ad legem Falcidiam, quod si superior sententia obtineret, liceret testatori legatis nominatim ab hærede datis ita hæreditatem exhaurire, vt vel nihil, vel minimum ex hæreditate commodum hæres consequeretur, & ex fideicommisso quod restitueret. Ipse igitur opinor idem hoc in casu statuendum, quod in sequenti, vt quia testator onus legatorum spectare noluit ad fideicommissarium, ex omnibus bonis Quarta ex Trebelliano detrahatur contributione facta a legatarijs, & à fideicommissario; quam sententiam probat textus in l. 2. ff. ad Trebellianum, vt notat ibi Iason, nume. 5. & 10. & in l. Marcellus, quæ est l. 3. & ibi Castrensis notat, eodem titulo. Verba legis hæc sunt: *Marcellus autem apud Iulianum in hac specie ita scribit, si ad hæredis onus esse testator legata dixerit, & hæres sponte adiit hæreditatem, ita debere computationem Falcidiæ iniri, ac si quadringenta per fideicommissum essent relicta: trecenta verò legata, vt in septē partes trecenta dim-*

diuidantur, & ferat quatuor partes fideicommissarius, tres partes legatarius, &c. His verbis pater, heredem centum salua habere, & reliqua trecenta diuidit inter legatarios, & fideicommissarium, qui contribuere dicuntur; quia minus accipiunt, quàm eis sit relictum. Testator.n. in ea specie quadringenta habebat, & trecenta legauit; trecenta diuiduntur in septem partes, quarum tres legatarius, quatuor fideicommissarius habet.

Tertia Conclusio; quoties deductis legatis hæreditatem restitui testator voluit, quarta Trebellianica non ex fideicommisso tantum deducitur, sed ex vniuersis bonis, & ex legatis, l. Marcellus, §. idem Pomponius, ff. ad Treb. cuius verba hæc sunt: *Idem Pomponius scribit, si deductis legatis restituere quis hæreditatem rogetur, quæsitum esse, vtrum solida legata præstanda sint, & quartam ex solo fideicommisso detrahere possit; an verò & ex legatis, & ex fideicommisso quartam detrahere possit, & refert Aristonem respondisse ex omnibus detrahendam, hoc est, vt ex legatis, & ex fideicommisso.*

Quarta Conclusio, quoties hæres rogatus est hæreditatem restituere, non purè sed sub conditione, de fideicommisso solo quarta Trebellianica detrahenda est, secundum Bart. in l. Marcellus, §. idem Pomponius, ff. ad Trebell. Crauettam cons. 16. Ancharan. quæst. famil. 6. D. meum Cephalum, in cons. 189. lib. 2. & 423. lib. 3. qui & alios citant. Sed contrarium docuerunt Salyc. Socin. sen. Paulus Castrens. & Iason, in d. §. idem Pomponius, nempe, deducendam quartam, & ex fideicommisso, & ex legatis. Quam ob rem videamus vtriusque sententiæ argumenta, eaque, vt decet, expendamus.

Prioris sententiæ argumenta hæc sunt: Primum ex l. pen. §. 1. ff. ad leg. Falcid. vbi quarta detrahitur ex solo fideicommisso, non autem ex legatis alimentorum; & ratio adferri potest: quia hæc videtur esse voluntas testatoris, dum legata purè relinquit, & fideicommissum sub conditione.

Secundum argumentum est; quia cum fideicommissum est conditionale, vt sciatur quid, & quantum hæredi debeatur pro sua quarta, expectandum est tẽpus euenientis conditionis, non autem tempus mortis testatoris, l. sed etsi in conditione, §. solemus, ff. de hæred. instit. Cum ergo tempore conditionis euenientis soluta sint legata, ex solo fideicommisso, quod tunc superest, detrahenda esse Trebellianica videtur. Huc accedat, ꝙ tanta esse possunt legata, vt si ex legatis, & simul ex fideicommisso quarta sit deducenda ab hærede, is quandoq; plus sit habiturus, quàm ille cui restituere iussus est hæreditatem, quod videtur esse cõtra mentem testatoris, qui plus fideicommissarium dilexit, quàm hæredem.

Tertium argumentum. Verba debent accipi eo respectu, quo prolata sunt (sunt verba Crauettæ) l. debitor, §. vlt. ff. ad Treb. Sed Trebellianicæ detractio consideratur, ac inducitur à lege respectu bonorum, quæ ex fideicommisso sunt restituenda, non aliorum; ergò debetur habita ratione dictorum bonorum duntaxat, quæ restituenda sunt, non etiam aliorum, quæ non sunt restituenda.

Quartum argumentum. Trebellianica, & fideicommissum vniuersale, correspectiua sunt; quia cessante dicto fideicommisso, non est dare quartam Trebellianicã; sed ea, quæ sunt correspectiua (inquit Crauetta) non debent diuerso iure censeri, l. etiam, §. ex causa, ff. de minorib. Diuerso autem iure censerentur, si Trebellianicę detractio minueret fideicommissum. Hoc autem accideret, si deducẽda esset tam ex fideicommisso, quam etiam ex aliis bonis.

Quintum argumentum Crauettæ. Quælibet dispositio restringitur ex causa finali, l. cum pater, §. dulcissimis, de leg. 2. Sed causa inductiua detractionis Trebellianicæ est fideicommissum tantum, ergò deduci debet ex fideicommisso tantum.

Postremum argumentum; Priuatio, inquit Crauetta, supponit habitum, l. decem, ff. de verbor. obligat.

A Igitur lex permittens detractionem Trebellianicæ, intelligi debet de bonis existentibus tempore ipsius detractionis, non de aliis, quæ non sunt in hæreditate, puta de legatis iam solutis: nec enim est verisimile legem voluisse eam detractionem fieri ex bonis, quæ non sunt in hæreditate, & restitui non debent.

Sed istis nil morantibus contrariam sententiam probabiliorem esse iudico. Moueor primum ex d. l. Marcellus, §. idem Pomponius, vbi disertè dicitur, quartam esse deducendam tam ex legatis, quam ex fideicommisso. Et licet non agatur ibi de fideicommisso conditionali, nulla tamen adferri potest ratio, cur in conditionali fideicommisso aliter sit respondendum.

Secundò, moueor ex l. ita tamen, §. hæres ex asse, ff. ad Treb. vbi fideicommissum partim erat purum, & partim conditionale, & tamen quarta detrahitur tam ex fideicommisso, quàm ex legatis.

Tertiò, moueor hoc argumento. Certum est quartã,
B quæ hæredi debetur, auferri, aut minui non posse per legata, l. 1. ff. ad legem Falcid. Sed si ex fideicommisso duntaxat, non etiam ex legatis detrahenda esset quarta, illa per legata minueretur; Esset enim in arbitrio testatoris tot legatis onerare hæreditatem, vt in fideicommisso minima esset pars bonorum; atque ita efficere contra legem Falcidiam, vt quartam partem hæres non haberet; Ergo tam ex fideicommisso, quàm etiam ex legatis deducenda est Trebellianica.

Respondet Crauetta, absurdum videri legatorum solutionem factam ante restitutionem fideicommissi ex casu superueniente irritari, nempe, ex restitutione fideicõmissi postea facta. Et ad leges allegatas respondet, eas locum habere, vbi constat de voluntate testatoris, puta, cũ voluit legata omnia æqualiter præstari tam pura, quàm conditionalia; Sed non constat, testatorem hoc voluisse, vt legata diminuerentur iam soluta propter Trebellianicæ detractionem.

C Respondeo, solutionem legatorum legitimè factam non irritari, sed diminutionem fieri pro rata, propter ꝙ etiam cautio præstari solet à legatariis de restituendo, si quid plus acceperint, quàm per legem Falcidiam liceret, vt in d. l. ita tamen, §. hæres ex asse, ff. ad Treb. & in l. 1. §. si legata, ff. si cui plus quàm per legem Falcid. Quod verò Crauetta subdit de testatoris voluntate, nihil mouet: quia nullum verbum in d. §. idem Pomponius, apparet, ex quo illa voluntas testatoris deprehendatur, vt videlicet legata diminuerentur propter quartæ detractionem.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ, ex l. pen. §. 1. ff. ad legem Falcid. respondeo, nihil fuisse pro alimentis in ea specie legatum, sed à testatore debebantur alimenta, & in consequentiam ab hærede; sicuti optimè declarat ibi Paulus Castrensis, & Socinus in d. §. idem Pomponius; nec repugnant, immò fauent huic interpretationi verba textus.

D Quod verò dicitur eam videri testatoris voluntatem, vt ex solo fideicomm. Trebellianica deducatur; quia legata purè, & fideicommissum sub conditione reliquit, nihil obstat; quia non licet testatori, etiamsi velit, minuere legatis quadrantem hæredis, vt in l. 1. ff. ad leg. Falcid. vt iam suprà diximus. Nisi expresse detractionem Trebellianicæ fieri prohibeat, in qua specie nec versamur, & fortasse idem respondendum est, ex traditis suprà, capit. 4.

Ad secundum, nego inspiciendum esse tempus euenientis conditionis. Est enim potius tempus mortis spectandum, vt in l. in quantitate, ff. ad leg. Falcid. §. cum ratio, in Instit. eod. tit. *Cum ratio*, inquit, *Falcidiæ initur, quantitas bonorum, quæ erat tempore mortis, attenditur.* Nec contrarium probat l. sed etsi conditioni, §. solemus, ff. de hæred. instit. licet perperam à Crauetta adferatur. Porrò, cum legatis erit hæreditas grauata, tunc non ex solo fideicommisso fit deductio, sed contribuunt, etiam legatarii, adeò, ut illud absurdum non sequatur; quia

hæres quartam habebit: inter fideicommissarium verò A & legatarios distributio fiet, vt in l. 2. & 3. ff. ad Treb. & in d. §. idem Pomponius; Et in summa, si tot legatis onerabitur hæreditas, si modò non vltra dodrantem, non poterit fideicommissarius conqueri, quia testatori licuit ita disponere.

Ad tertium argumentum, concedo Trebellianicam respectu fideicommissi, & sic respectu bonorum, quæ fideicommisso subiecta sunt, considerandam, & ideò cum simul ex legatis, & ex fideicommisso Quarta deducitur, dicimus quidem eam deduci tam ex fideicommisso, quã ex legatis, sed non eodem iure. Nam quatenus ex fideicommisso detrahitur, hoc fit autoritate Trebelliani, quatenus ex legatis, id ex lege Falcidia concessum est, licet quantum ad modum loquendi totam deductionem, quę & ex fideicommisso, & ex legatis fieri dicitur, appellemus Trebellianicam: neque enim multum refert, quo pacto loquamur, si res ipsa intelligatur, & subsistat. Quæ responsio valet ad quartum, & quintum argumentum B etiam.

Ad vltimum argumentum respondeo, legatis solutis actionem tamen superesse ad petendum id, quod solutũ est, si cui plus quàm per leg. Falcidiam solutum fuerit ex cautione ob id præstita; qui autem actionem habet, rem ipsam habere videtur, l. qui actionem, de reg. iuris.

CAPVT IX.

Fructus in Trebellianicam sintne imputandi, cum versamur in liberis primi gradus qui præter Trebellianicam etiam legitimam detrahunt?

IMperatoris Zenonis clara extat Constitutio in fauorem edita liberorum, qui hæreditatem restituere rogãtur, vt quartam partem ex Trebelliano detrahant, in quam fructus antea percepti non imputentur, in l. iubemus, C. ad Treb. C Sed controuersia est: Cum filius detrahit non solum Quartam Trebellianam, verum etiam legitimam, sitnè illi Constitutioni locus. Et non esse locum responderunt Paulus Castrensis, ad l. scimus, C. de inoffic. testam. & in cons. 188. lib. 2. Alexand. in l. Mulier, §. cum proponeretur, ff. ad Treb. & alij multi apud Antonium Gabrielium, lib. 4. Comm. Concl. tit. ad Trebellianum, Concl. 1. nu. 10. quibus adde Dominum meum Cephalum in cons. 153. nu. 70. lib. 2.

Fundamentum est, quia filius hoc in casu legitimam detrahit tanquam filius; Trebellianam verò tanquam extraneus, vt patet ex c. Rainaldus, de testam. ibi: *Nec non Quartam Trebellianicam, quam quilibet extraneus restitutione grauatus deducere potuisset.* Sed extraneus in Trebellianicam fructus imputat, vt constat inter omnes: ergò & filius imputare debet hoc in casu, quo loco extranei habetur.

Sed contrariam sententiam amplexus est Bartolus, ad D l. quod de bonis, §. quod auus, ff. ad legem Falcid. & ibid. etiam Alexander, & multi alij, quos commemorat Gabrielius loco proximè citato, nu. 2. quibus & ipse assentior, & addo Couuar. ad c. Raynucius, §. 11. nu. 8. de Testam. Menoch. de arbitr. iudicum, Casu 256. nu. 35.

Probatur hæc sententia ex l. iubemus, C. ad Treb. vbi apertè constitutum est, fructus in Trebellianicam non imputari in liberis primi gradus, sicut nec in legitimam imputantur, ex l. scimus, §. repletionem, C. de inoffic. testam. Item probatur hæc sententia ex c. Raynucius, de testam. vbi patet, fructus non imputari in Trebellianicam, nisi à tempore litis contestatæ, & nulla fit mentio fructuum antea perceptorum à grauata filia, quod videlicet imputari debeant, quod sanè par erat exprimere, si imputari debuissent.

In his itaque legibus, cum sit optimè fundata hæc sententia, ad contrariæ sententiæ argumentum ita responderi potest, negando filium, quartã Trebellianicam deducere tanquam extraneum: nec enim id verum est, nec Summus Pontifex id dicit in d. c. Raynucius. Cum filius restituere rogatus est, legitimam saluam habet, quæ in restitutionem non venit, quia nec grauari potest, & filio debetur absque omni onere, atque adeò illam detrahit. Trebellianicam verò etiam detrahit, sed non tanquã extraneus, sed hac ratione; quia omnis, qui restitutione grauatus est, etiamsi sit extraneus, quartam detrahit; Ergò multò magis filius, qui non est extraneus, si restitutione grauatus sit, illam potest detrahere. Hæc est Pontificis Maximi sententia, dum dixit: *Quam quilibet extraneus restitutione grauatus*, &c.

Non obstat, si dicatur, Zenonem in d. l. iubemus, loqui, quando filius dodrantem restituit, & sic in eo casu, quo vnam tantum quartam detrahit; quia, respondeo, Zenonis tempore non fuisse constitutum legitimam excipiendam esse de restitutione: Id enim postea Iustinianus statuit in Nouella de restitutionibus, & ea, quæ patit, vt suprà disputatum est latè hoc eodem lib. c. 2. Quare Zeno meritò præsupponit dodrantem restitui. Cum igitur postea constitutum fuerit, vt legitima excipiatur de fideicommisso, nec filijs ademptum fuerit beneficiũ, quod extraneis ẽt competit, Trebellianam consequendi, & fructus in eam nõ imputandi, certè nihil proponitur, cur Zenonis Constitutio ẽt hoc tempore manere nõ debeat in suo robore, quo filij præter quartam Trebellianam ẽt legitimam, ex restitutione meritò excipiunt, atque deducunt. Quod. n. non mutatur, cur stare prohibeatur, l. præcipimus, C. de appellationib. atque ita sentio.

CAPVT X.

Alia explicatur controuersia ad interpretationem d. l. iubemus, C. ad Trebell. an fructus imputentur in Trebellianicam, quando filius restituere hæreditatem iussus est extraneo.

POstquam Imperator statuit in Trebellianicam fructus haudquaquã imputandos, quoties filius à patre rogatus est hæreditatẽ restituere cæteris filijs, & quædam alia de cautione non præstanda hoc in casu fideicommissorum præstandorum causa, tandem in §. vlt. d. l. iubemus, C. ad Treb. subiecit hæc verba: *Illud etiam admonemus, ea quæ de Falcidiæ portione, non per redditus, sed per ipsas res hæreditarias retinenda, & de satisfactione fideicõmissorum, sicut supra dictum est, concedenda diximus, non vlterius, quam in iis personis, & casibus, quorum superius mentio facta est, oportere produci.*

Quæ verba controuersiam pepererunt. Nam aliqui ita sunt Zenonis legem interpretati, quã de fructibus in Trebellianicam non imputandis est constitutum, ut locum non habeat, cum filius hæreditatem restituere rogatus est extraneo, vel alijs, qui non sint ex liberis testatoris, propterea, quod illa Constitutio ad alios casus, & personas produci non possit. Certum autẽ fit, eam loqui: *Quoties pater vel mater filio seu filia, filius vel filiabus hæredibus institutis vnicum, seu simpliciter quosdam ex iis, aut quendam rogauerit, qui prior sine liberis decesserit portionẽ hæreditatis suæ superstiti seu superstitibus restituere*, vt in principio legis habetur. Quare cum ad alios casus, & personas extendi id non possit, sequitur dicendum, extendi etiam non posse ad eum casum, quo filius vel filij non cæteris filiis, sed alijs extraneis puta, vel cognatis iussi sunt hæreditatem restituere.

Huius sententiæ autores commemorat latè Anton. Gabrielius, lib. 4. Comm. Concl. tit. ad Treb. Concl. 12. nu. 5. & simul ẽt contrariæ sentẽtiæ refert assertores, quibus sanè ego potius assentior. Hæc. n. mihi vr̃ esse Zenonis sñia, vt Constitutio sua ad alias personas non extendatur; quia ad solos primi gradus eã ptinere voluit. Quamobrem alij, qui filij nõ sunt, restituere grauati, fructus interea perceptos imputabunt in Treb. & in alijs casibus

locus

locus erit satisdationi fideicommissornm seruandorum gratia, cum videlicet persona rogata restituere hæreditatem non erit filius primi gradus, sed alius, quàm filius: Hæc interpretatio ideo mihi probabilior videtur, quia cum filius rogatur restituere hæreditatem extraneis vel cæteris, qui non sint filij testatoris, nulla est ratio, cur fructus tunc imputare debeat in Trebellianicam, immo minus tunc, quàm eo in casu, quo restituere debet filijs, imputare deberet: ne melioris sint conditionis extranei, quàm filij testatoris, quibus hæreditas restituenda est. Quare prior interpretatio nullam rationem habet, & verbis tantum nixa, verùm & rationi consentaneum sensum euertere non debet, quem posterior continet sententia, quam nos toto pectore amplectimur.

CAPVT XI.

Cùm pars hæreditatis legatur, vtrum in tali legato locum habeat lex Falcidia: an verò Trebellianum Senatusconsultum.

HAereditatis partem legari posse palam est ex l. mulier, §. vlt. ff. ad Trebell. Sed controuersia est; an, si vltra dodrantem hæreditas sit legatis onerata, Quartæ deductioni in tali legato sit locus secundum legem Falcidiam; an verò secundum Trebellianum Senatusconsultum. & Raphael Cumanus ac Socinus senior, ad Rubr. ff. ad Trebell. secundum legem Falcid. deductionem fiendam docuerunt, quorum sententia mihi verissima videtur. Falcidia enim locum habet in legatis, & Trebellianum in fideicõmissis, vt dixit Imperator, in l. 1. §. Quintus, C. de veteri iure enucl. & patet ex §. sed quia, in Instit. de fideicommissar. hæred. Ergo in legato partis hæreditatis locũ habebit lex Falcidia, non Trebellianum Senatusconsultum. Semper enim locus est Falcidiæ, cùm vltra dodrantem legata dantur, l. 1. ff. ad leg. Falcid. Huc accedat, quod textus dixit: *Quantam quisque pecuniam cuique legare volet, ius potestasq; esto, dummodo ita detur legatum, vt apud hæredem quarta pars hæreditatis remaneat.* Pecuniæ autem appellatione omnes res continentur, & omnia iura, l. pecuniæ, ff. de verb. sign. & l. vlt. C. de constit. pecun. & hæreditatem etiam contineri probat locus Marci Tulij 2. de legibus, vbi docet, ad quem pecunia patrisfamil. perueniret, teneri sacra eadem celebrare, pecunia ibi accipitur pro hæreditate.

Contrariam sententiam habuerunt Glos. & Castrens. ad Rubr. ff. & C. ad Treb. & Ruin. ibidem, Ripa ad l. in Quartam, non procul à principio, ff. ad l. Falcid. Vasquius de Successionum resolutione, lib. 2. §. 11. Fundamentum est, quia legatum partis hæreditatis videtur habere naturam fideicommissi; sicut enim in fideicommissarium, cui hæreditatis fit restitutio, transeunt iura hæreditaria, l. 1. l. restituta, ff. ad Trebell. ita & in huiusmodi legatarium hæreditatis, l. si quis seruum, §. vlt. de leg. 2.

Respondeo non esse bonam consequentiam. Habet legatum naturam fideicommissi: Ergo locus est Trebelliano. Nam legata & fideicommissa sunt exæquata, l. 1. de leg. 1. l. 2. C. Commu. de legatis, & fideicommiss. & tamen nemo dixerit in legatis locum esse Trebelliano, & in fideicommissis legi Falcidiæ.

Pro eadem sententia Ruinus adfert alia argumenta, Primum est, quod lex Falcidia ad particularia tantum legata pertineat, non autem ad vniuersalia, sicut est legatum hæreditatis, l. 1. ff. ad Treb. dum textus ait: *Explicito tractatu, qui ad fideicommissa singularium rerum pertinet,* &c. quasi significet tractatum Falcidiæ ad legata singularium rerum pertinere: non autem vniuersaliũ, qualis est pars hæreditatis. Respondeo, Iurisconsultum respexisse ad id, quod erat præcipuum. Nam in præcedentibus præcipuè egit de legatis particularibus; non tamen negari potest, quin & de vniuersalibus egerit in tit. de legatis. de cond. & demonstr. & in ipso tit. ad legem Falcidiam: In eo enim plurimę sunt leges pertinentes ad fidecommissa vniuersalia, & ad ipsum Trebell. Senatusc. accipiendo, vt sępe fit, Falcid. pro Trebelliano.

Secundum arg. est, quia in legatis vniuersalibus ratio cessat, ob quam Falcidia fuit inuenta. Nam cum hæres obligatus remaneret creditoribus, & omnia bona legatarijs dare deberet, recusabat hæreditatem adire, ideo lex Falcidia prohibuit ultra dodrantem legari. Hæc ratio cessat in legatis vniuersalibus; quia legatarius partis hæreditatis, obligatus est creditoribus pro rata, non autem hæres.

Respondeo, non eam fuisse causam introducendæ legis Falcidiæ; sed quia hæres pro nullo, vel minimo lucro recusabat hæreditatem adire, ideo sanctum est, vt Quartam habere possit, vt habetur in Instit. de lege Falcidia, in prin. Quæ ratio locum habet, siue legatis particularib. exhauriatur hæreditas, siue vniuersalibus: semper enim pro nullo, vel minimo lucro recusabit hæres adire, nisi Quartam obtineat, sicut lege Falcidia constitutum est.

Tertium argumẽtum, quia si locus esset legi Falcidię, in eam non imputarentur hoc in casu, nisi ea, quæ iure hæreditario hæres haberet, iuxta l. in quartam, ff. ad leg. Falcidiam. Sed hoc est iniquum; Nam cum hæres tali legato vniuersali oneratus non sit, pro eius rata obstrictus oneribus hæreditariis (illa enim in legatarium meritò transeunt) æquum esse videtur, vt in quartam omnia imputet, quæ etiam non iure hæreditario consequitur, sicut ea ratione in Trebellianicam imputari solent, quia uidelicet hæres grauatus fideicommisso, non est oneribus hęreditariis obstrictus, vt tradit Glo. in d. l. in quartam, ergo locus non erit in proposita specie Falcidiæ, sed potius Trebelliano Senatusc.

Respondeo, exploratum non esse, cur in Trebellianicam imputentur ea, quæ hęres consecutus est etiam non iure hereditatio; secus autem in Falcidiam. Rationem illam Glossæ multi damnant, & aliæ assignantur rationes, vt per Ripam in d. l. in quartam, nu. 13. & 14. Immò vero nullam differentiam esse circa eiusmodi imputationem inter Falcidiam & Trebellianicam, probat Iacobus Cuiacius lib. 8. Obseruat. cap. 4. de quo tamen inf. differemus, cap. 15.

Postremum argumentum est; quia pecuniæ, verbum significat corpus, non autem ius, secundum Paulum Castrens. in l. nam quod, §. vlt. ff. ad Trebell. Text. autem in l. 1. ff. ad leg. Falc. dicit: *Quantam quisque pecuniam legauerit.* Ergo loquitur de corpore legato, non autem de parte aliqua hæreditatis: & consequenter in legato partis hæreditatis locus legis Falcidiæ non est.

Respondeo, argumentum hoc esse contra l. pecuniæ, 222. ff. de verb. sig. vbi tex. dicit: *Pecuniæ nomine non solùm numerata pecunia, sed omnes res tam soli, quam mobiles, & tam corpora, quàm iura continentur.* Immò & in d. l. nam quod, §. vlt. ff. ad Trebel. pecuniæ, verbum, hæreditatem significat, & refert Alciat. ad d. l. pecuniæ, D. Augustinum in libro de doctrina Christiana, dicentem: *Totum quod homines in terra habent, & quorum domini sunt, pecunia dicitur; quia antiqui quod habebant, in pecoribus habebant.* Nec contrarium docet Castrensis à Ruino citatus in argumento, nec Bart.

Nec valet Ruini interpretatio, ac responsum, pecuniæ appellatione iura etiam contineri, cum generaliter, vel indefinitè verbum, pecuniæ, profertur; secus autem, cũ fit mentio partis pecuniæ. Nam, vt maximè uera sit hęc declaratio, certè in l. 1. ff. ad leg. Falcid. textus loquitur generaliter, pecunia: *Quantam quisque pecuniam legauerit,* &c. Quod sanè verbum, pecunię, si non etiam iura comprehenderet, legi Falcidię fraus fieri posset: cum uidelicet quis legaret vltra dodrantem iura hęreditatis. Hoc autem absurdum est, & contra tex. in l. 1. §. non solùm, ff. ad leg. Falcid. Denique, si pecunię, verbum, generaliter prolatum iura etiam complectitur, verbum pars pecuniæ.

CAPVT XII.

Lex Falcidia vtrum habeat locum in fideicommissis singularibus.



LEgem Falcidiam locum habere in fideicommissis singularibus, censuerunt Iason in Rubr. ff. ad Trebel. & ibidem etiam Ruinus, necnon Ripa, ad l. in quartam, non procul à principio, ff. ad legem Falcidiam. Vasquius de Successionum resolutione, lib. 2. §. 1. Fundamentum ponunt in l. 1. ff. ad Trebell. *Explicato* (inquit Vlpianus) *tractatu, qui ad fideicommissa singularum rerum pertinet, transeamus nunc ad interpretationem Senatusconsulti Trebelliani.* Quibus verbis indicat tractatũ Falcidiæ, qui præcessit, ad fideicommissa singularum rerum pertinere. Huc accedat ratio. Nam antequam ex Pegasiano liceret Quartam ex fideicommissis detrahere, sine dubio detractio fieri potuit ex lege Falcidia, ne fideicommissis exhausta hæreditate, redderetur legis Falcidiæ elusoria Constitutio. Atque hæc extensio ad fideicommissa tanto magis admittẽda videtur, quia fideicommissum venit legati appellatione, l. 2. de leg. 2. Et ratio legis Falcidiæ locum habet, etiam in fideicommissis particularibus. Hæc & similia profert argumenta Ruinus.

Verùm istis ego non assentior; existimo enim ex fideicommissis particularibus deductionem fieri secundum Pegasianum siue Trebellianum Senatusconsultum vnà cum Raphaele Cumano, & Barthol. Socino ad Rubr. ff. ad Trebell. Nam præterquam quod satis clarè Iustinianus dixit in l. 2. §. Quintus, C. de veteri iure enucl. Falcidiam locum habere in legatis, & Trebellianum in fideicommissis, extat hac de qua re agimus, locus præclarus in Institut. de fideicommissarijs hæredit. §. sed quia. *Sed quia*, inquit Iustinianus, *hæredes scripti cùm aut totam, aut penè totam plerunque hæreditatem restituere rogabantur, adire hæreditatem ob nullum, vel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa, postea Vespasiani Augusti temporibus Pegaso & Pusione Consulibus, Senatus censuit, vt ei, qui rogatus esset hæreditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus, quæ per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est.*

His postremis verbis apparet, ex singulis rebus per fideicommissum relictis (hæc sunt fideicommissa particularia, de quibus nostra est disputatio) permissam fuisse eandem detractionem, quæ permittebatur ex vniuersalibus fideicommissis, quando scilicet vel totam hæreditatem, vel partem eius restituere hæres grauatus erat. Et quidem ex Pegasiano Senatusconsulto fuisse permissam, ad exemplum eius Quartæ, quæ detrahi ex legatis per legem Falcidiam poterat.

Respondet Iason, illa verba referenda esse ad legem Falcidiam, vt sensus sit; ex lege Falcidia permissam esse retentionem ex singulis rebus per fideicommissum relictis.

Sed contra repugnant verba textus, quibus apparet Vespasiani Augusti temporibus, Pegaso & Pusione Cõsulibus, Senatum censuisse, vt qui rogatus esset restituere hæreditatem, Quartam ad exemplum legis Falcidiæ retinere posset, & eandem retentionem permissam fuisse, etiam ex singulis rebus per fideicommissum relictis.

Respondet secundo loco Ripa, ex singulis rebus per fideicommissum relictis permissam esse retentionem, scilicet ex singulis rebus particularibus contentis in fideicõmisso vniuersali, quo hæreditas restituenda est.

Non rectè, quia verba repugnant: Ait enim textus, *ex singulis quoque rebus per fideicommissum relictis*, quorum verborum sensus est, singulas res relictas fuisse per fideicommissum, non autem, vt in vniuersali fideicommisso comprehensas, præstandas esse.

Tertiò respondet Vasquius, Iustinianum nõ declarare, quonam iure ex singulis rebus per fideicommissum relictis, permissa sit illa Quartæ retentio; quare intelligendum hoc est iure legis Falcidiæ, non iure Pegasiani, quia textus dicit, *permissa est*, alias deberet dicere, *introducta est*.

Hæc responsio nihil valet; quia clara sunt verba textus, quibus dicitur eandem retentionem permissam esse ex singulis rebus per fideicommissum relictis, quæ permissa erat ex hæreditate per fideicõmissum relicta. Hæc autem ex Pegasiano fuit permissa, ad exemplum legis Falcidiæ; Et nulla est differentia, vtrum dicatur *retentio permissa est, an verò introducta est*, quia Pegasianum permisit, & simul introduxit Quartæ retentionem, ad exemplum legis Falcidiæ.

Ad argumenta contrariæ opinionis respondeo, quod attinet ad l. 1. ff. ad Trebell. Vlpianum respexisse ad præcipuam intentionẽ, & maiorem partem tractatus. Nam & in præcedentibus titulis multæ sunt leges pertinentes ad fideicommissarias hæreditates, & contra in ipso tractatu Trebelliani multæ sunt leges pertinentes ad fideicommissa rerum singularum, quare non rectè sumi potest argumentum ex eo loco, legem Falcidiam pertinere ad fideicommissa singularum rerum; neque verò tanti hæc leuis coniectura faciẽda est, vt à verbis claris Iustiniani recedere debeamus.

Ad alterum argumentum respondeo, legem Falcidiã nec directè, nec per extensionem, siue interpretationem pertinuisse ad fideicommissa: tum, quia, cum lex Falcidia lata est, nondum erat ab Augusto autoritas data fideicomissis; tum, quia tunc non opus fuisset Pegasiano Senatusconsulto, quo ad exemplum legis Falcidiæ Quartæ retentio ex fideicommissis permissa est. Nec verum est appellatione legati fideicommissum contineri antiquo iure; sed iam propter exæquationem legatorum, & fideicommissorum verum est. Et quod dicitur, rationem legis Falcidiæ locum habere etiam in fideicommissis conceditur. Nam & hæc fuit causa, vt ad exemplum eius retentio permitteretur ex fideicommissis.

CAPVT XIII.

Vt cesset Falcidia, an tacita prohibitio sufficiat.



CVm Falcidiam expresse prohiberi posse perspicuum sit ex Nouella de hæredibus, & Falcidia, illud in controuersiam venit, an tacita prohibitio sufficiat; an verò expressa requiratur. Tacitæ prohibitionis exempla sunt multa, puta si testator totam rem præstari mandauit, & absque diminutione. Et quidem tacitam hanc prohibitionem sufficere, autores sunt Alexander in consil. 5. lib. 3. Angelus Aretinus, in tractatu de testamentis, versicu. item sciens vires patrimonij. Boerius decis. 44. numero 31. Menochius alios citans, in consil. 374. nume. 14. lib. 3.

Fundamentũ est, quia satis videtur expressum, quod ex mente & coniecturis colligitur, l. Gallus, §. 1. ff. de lib. & postum. Ripa ad l. 1. num. 50. ff. de vulgar. Tiraquel. de leg. Connubialib. Glos. 7. nume. 85. vers. expressum. Affl. decis. 44. num. 15.

Cæterum Castrensis in Authen. Sed cum testator, C. ad leg. Falc. quem sequitur Hieronymus à Monte, q. 1. distinctione vtitur, vt si quidem uerba testatoris necessariò prohibitionem inducant Falcidiæ, tunc sufficit, aliàs secus.

Verùm istis ego non assentior. Existimo enim tacitam prohibitionem non sufficere, sed expressam requiri, sicut Bartolus docet in §. si vero expressim, in Auth. de hæred. & Falcid. necnon Angelus ibidem. Oldradus in consil. 248. Socin. senior, in consil. 33. lib. 1. Socinus iunior, in consi. 170. nu. 24. lib. 2. Couuar. ad cap. Rainaldus, §. 3. num. 6.

Fun-

Fundamentum illud mihi solidum videtur, quod nititur tex. d. Nouellæ de hæred. & Falcid. cuius verba hæc sunt: *Hac autem dicimus, vbi errans testator de sua substātia hoc agit, aut forte cum debuisset etiam ampliorem quantitatem haredi relinquere, pro minore disposuit: Etenim etiam hoc errantis sententia est, & non pura & integra designationis. Si vero expressim designauerit, non velle haredem retinere Falcidiam, necessarium est testatoris valere sententiam*, &c.

Ex his verbis ego sumo argumentum huiusmodi: Cum testator ita legatis onerat hæredem, vt debita portio apud eum non remaneat, præsumitur id fecisse per errorem, forte quod existimauerit, se plus in bonis habere, quàm haberet: Sæpè enim de suis facultatibus plus aliquando sperant homines, quàm in eis sit, vt in Instit. quibus ex causis manumittere non licet, ideo Falcidiæ locus est, si hæres inuentarium confecerit, vt in d. Nouella. Sed hæc ratio locum habet etiam in casu, quo testator mandat integra legata præstari, & absque diminutione, & sic videtur tacitè prohibere detractionem, quę fit ex l. Falcidia; ergo & hoc in casu locus erit legi Falcidiæ, si hæres inuentarium fecerit, non obstante tacita prohibitione.

Assumptio argumenti facilè probatur. Nam si v. g. quis in bonis habeat cccc. & leget varijs personis vltra ccc. vel etiam vltra ipsa cccc. eaque legata integra præstari velit, sine dubio existimari potest errasse, & plus putasse in facultatibus habere, quàm re uera haberet. Hæc autem erroris præsumptio capienda est ex sententia Iustiani, & ideo necessaria est expressa prohibitio, vt statim subdit tex. dicens: *Si vero expressim*, &c.

Ad argumentum responsio patet, quia tacita hic non æquipollent expressis, propter errorem, qui præsumitur, sicut & aliàs nonnunquam accidere solet; vt expressa noceant, non expressa non noceant, l. nonnunquam, ff. de condit. & demonstr.

CAPVT XIV.

De interpretatione l. si hæres, §. item si Reipub. ff. ad legem Falcid.

DEcepti sunt interpretes antiqui in huius loci interpretatione, qui cum multa alia acutè viderint, non idcirco abijciendi sunt. Verba textus hæc sunt: *Item si Republica in annos singulos legatum sit, cum de lege Falcidia quaratur, Marcellus putabat tantum videri legatum, quantum sufficiat sorti ad vsuras trientes eius summa, qua legata est, colligendas*. Arbitrati sunt vsuras trientes eas esse, quæ triennio sortem æquant, ac propterea legatis decem annuis idem esse dixerunt, ac si legata essent xxx. Non rectè: quia sunt trientes vsuræ, cū quatuor pro centenario dantur. Est enim tertia pars vsuræ centesimæ, quæ est, cum duodecim in singula centena numerantur annuatim, hoc est, vnum singulo mense: solebant enim veteres singulis mensibus vsuras soluere, sicut latè explicat Alc. lib. 3. Dispunct. c. 1. Anton. August. lib. 2. emendationum, c. 10. num. 21. quod tamen Bartholomæus Socinus vnus ex antiquioribus non ignorauit, vt videre licet ex Commentariis eius, in d. §. item si Reipub. Idem & posteriores postea adnotarunt. Duarenus, Cuiacius, Goueanus, Budæus, Coonanus, & alij; quibus & nos adstipulari par est. Quare sic erit ratio ineunda, vt si quatuor annua Reip. relicta sint, perinde sit, ac si centum relicta essent: si octo, ac si ducenta, & sic deinceps ita supputando, vt semper quatuor reddant centum. Decem sac relicta annua, dicas legata videri ccl. Hæc est sententia dicti §.

CAPVT XV.

Ad interpretationem l. in Quartam, ff. ad leg. Falcid. controuersiæ discutiuntur.

A MArtianus: *In Quartam hareditatis, quam per leg. Falcidiam hares habere debet, imputantur res, quas iure hareditario, non quas iure legati vel fideicommissi, vel implenda conditionis causa accipit. nam ha in Quartam non imputantur. Sed in fideicommissaria hareditate restituenda, siue legatum, siue fideicommissum datum sit haredi, siue pracipere, vel deducere, vel retinere iussus est: in Quartam id imputatur. Pro ea verò parte, quam accipit a coharede extra Quartam, id est, quod a coharede accipitur; sed etsi accepta pecunia hareditatem restituere rogatus sit, id, quod accipit, in Quartam ei imputatur, vt Diuus Pius constituit. Sed & quod implenda conditionis causa fideicommissum haredi datur,* B *in eadem causa esse admittendum, sciendum est. Si quid verò implenda conditionis causa hares accipiat à legatariis, in Falcidia computationem nō prodesse. & ideo, si certū pradium legauerit defunctus, si quinquaginta legatarius haredi dederit: centum legatis computationem fieri, & quinquaginta extra hareditatem haberi, ne in Quartam ei computentur.* Hactenus ille.

Hic sunt quatuor potissimum controuersiæ; Prima, sitne admittendum, quod vulgo asseritur discrimen inter Falcidiam ac Trebellianicam, vt nimirum in eam imputentur ea duntaxat, quæ iure hæreditario hæres accepit; in istam verò etiam ea, quæ iure legati vel fideicommissi. Secunda, si admittendum sit hoc discrimen, quęnam ratio eius adferri queat. Tertia, utrum verba illa; *Pro ea verò parte, quam accipit à cohærede*, &c. referenda sint ad Falcidiam, vel ad Trebellianicam, et si ad Trebellianicam referenda sint, quęnam sit eius decisionis ratio. Quarta ac postrema, an ea, quæ hæredi causa conditio- C nis implendæ dantur, imputari debeant in Trebellianicam, nec ne?

Vide præter antiquos & recentes interpretes Alciat. lib. 6. Paradoxor. c. 4. Iacobum Cuiacium lib. 8. Obseru. c. 4. Anton. Goueanum, in Commentarijs d. legis, & li. 1. Animaduersionum, cap. pen. Franciscum Duaren. lib. 2. Anniuersar. disput. c. 10. Angelum Mattheacium lib. 2. de via & ratione iuris, c. 22.

Quod ad primam difficultatem & controuersiam attinet, Iacobus Cuiacius loco annotato, existimauit nullum esse discrimen hac in re inter Falcidiam & Trebellianicam, eo argumento, quod per omnia exæquata sint legata fideicommissis, l. 1. de legat. 1. quod intelligendum est, etiam respectu legis Falcidæ & Trebelliani seu Pegasiani Senatusconsulti: Et quia in Trebellianicam nō imputentur ea, quæ iure legati vel fideicommissi capiuntur, vt probat l. filium, C. famil. herciscun. *Et quod ait l. in Quartam,* (inquit) *sed in fideicommissaria*, &c. *generalis* D *sententia prioris explicanda causa subiectum opinor, vt in fideicommissaria hareditatis restitutione imputet hares in Quartam ea, qua pracipere, retinere, deducere iussus est, tanquam ex hareditate ea capiat, & legatum siue fideicommissum ei datum pro sua scilicet parte; quoniam pro ea parte res legata iure hareditario capitur: pro ea vero parte, quam accipit à coharede, vt consequenter lex subiicit extra Quartam, id est, quod à coharede accipitur, id, non imputatur in Quartam, quia iure legati capitur.* Hactenus Cuiacius.

Cæterum hæc sententia, sicut nec alijs, ita nec mihi placere potest. Etenim eam clarè refellunt uerba textus: ait enim Martianus: *In Quartam hareditatis, quā per legem Falcidiam hares habere debet, imputantur res, quas iure hareditario, non quas iure legati vel fideicommissi*, &c. *Sed in fideicommissaria hareditate restituenda, siue legatum, siue fideicommissum datum sit haredi*, &c. *in Quartam id imputatur.*

His verbis aperta constituitur differentia, quantum

ad

ad huiusmodi, imputationem inter Falcidiam & Trebellianicam. Et quartæ Falcidianæ, in quam non imputantur ea, quæ iure legati vel fideicommissi hæres capit, statim opponitur quarta Trebellianica, in quam ea imputantur.

Nec valet argumentum Cuiacij, legata & fideicommissa exæquata esse; quia non sunt exæquata, quoad huiusmodi imputationem, sed in alijs, iuxta l. 2. C. commun. de leg. & fideicommiss. Nec quidquam probat l. filium quem, C. famil. herciscundæ. nullum verbum in ea lege, quod probet legata & fideicommissa in Trebellianicam non imputari.

Quod verò Cuiacius scribit illa verba, *sed in fideicommissaria*, &c. adiecta fuisse generalis sententiæ prioris explicandæ gratia, non videtur verum esse; nam posita sunt ad declarandam differentiam: in hoc inter quartam legis Falcidiæ, & quartam Trebelliani siue Pegasiani Senatusconsulti, vt patet ex verbis ipsis, quæ satis clara sunt. Denique, quòd dicit hæredem fideicommissaria hæreditatis restitutione grauatum, imputare in quartam legatum, siue fideicommissum ei datum pro sua parte, quoniam pro ea parte res legata iure hæreditario capitur; pro alia verò parte non, quæ à cohærede capitur; quia iure legati capitur, istud, inquam, nihil obstat; quia satis est pro differentia constituenda inter quartam legis Falcidiæ, & quartam Trebelliani Senatusconsulti, in quartam legis Falcidiæ indistinctè non imputari, quæ iure legati vel fideicommissi hæres accipit: at in quartam Senatusconsulti imputari ea, quæ iure legati vel fideicommissi hæres accipit, saltem pro parte sua, licet nõ pro parte cohæredis. Quæ verò sit ratio, ad rem nunc non pertinet inquirere: nec tamen ea est vera ratio, quã affert Cuiacius, vt postea dicetur in tertię difficultatis seu controuersiæ examine.

Quod attinet ad causam seu rationem huius discriminis inter Falcidiam & Trebellianicam (quę secunda erat controuersia) dicam quid sentiam. Nam quid alij dixerint, longum & otiosum esset recensere in quęstione nõ nihil aliena à forensi vsu. Hanc opinor causam esse: quia hæredi grauato vltra dodrantem legatis, verba legis fauent, nec voluntas testatoris aduersatur. Declaro: Verba legis Falcidiæ statuunt, vt apud hæredem quarta pars hæreditatis remaneat, l. prima, ff. ad leg. Falcid. ergo si quid hęres retinere pręcipere possit, vel iure legati, aut fideicommissi accipere, id non imputabit in quartam hęreditatis; quia legatum, fideicommissum, & alia his similia, ab hæreditate differunt, nec continentur hęreditatis appellatione. Quare, cum debeat habere quartam partem hæreditatis, non hæc imputabit: quia hęc non sunt pars hęreditatis, sed ab hæreditate differunt. Non aduersatur voluntas testatoris; quia is non mandauit alicui dari, restitui, quæ hæredem iure legati vel fideicommissi, seu retentionis aut præceptionis habere voluit. At hæredi fideicommissaria hæreditatis restitutione grauato, vt maximè verba Senatusconsulti non repugnent, aduersatur tamen legis dispositio, & testatoris voluntas; Voluntas testatoris, quia dum voluit hæreditatem ab eo alijs restitui, voluisse quoque censetur eum restituere suam legati vel fideicommissi partem, l. in fideicommissaria, §. vlt. ff. ad Trebellia. vbi Vlpianus ita dicit: *Si legatum sit hæredi relictum, & rogatus sit portionem hæreditatis restituere, id solum non debere eum restituere, quod à cohærede accepit, Cæterum, quod a semetipso ei relictum est, in fideicommissum cadit. & id Diuus Marcus decreuit.*

Huius rei ratio est perspicua. Nam legatum pro parte ipsius hæredis non valet; quia à seipso sibi ipsi legari non potest. Remanet ergo in hęreditate, sed hæreditas est restituenda, ergo & id restituendum est, quod in legato continetur. Quia ergo restituendum est, meritò in quartam imputari debet, dum retinetur siue accipitur ab hęrede.

Legis dispositio aduersatur hęredi, quia lex non consentit, vt legatum valeat, pro parte hęredis: Et ideo vult, vt in hęreditate maneat, & restituatur fideicommissario, aut si non restituatur, computetur ipsi hęredi in quartã, cum sit pars hęreditatis.

At cum agitur de lege Falcidia, hęc ratio vim non habet: etsi enim legatum non valeat pro parte hęredis, illud tamen in hęreditate, nec alteri restituendum est. Et cum in hęreditate remaneat, nulli obnoxium restitutioni, cedit lucro hæredis, nec imputatur in quartam, quę alias ex hęreditate apud eum manere debet: Cum enim legatum sit nullum pro parte ipsius hęredis, illud accedit hęreditati aduentitio quodam iure: ipseque hęres illud consequitur tam ex uoluntate defuncti, quam ex legis dispositione, argumento l. qui filiabus, §. vlt. cum l. sequenti, de lega. 1.

Circa tertiam difficultatem omnia controuersia est in eo posita, quod superioribus verbis textus dixit, in fideicommissaria hæreditatis restitutione legata & fideicommissa hęredi relicta in quartam imputari, & iam subdit pro ea parte, quam accipit à cohęrede, non imputari: quod videtur perinde, ac si diceretur legata non imputari; quia id, quod hęres accipit, à cohęrede dicitur accipere iure legati. Deinde oritur in eo controuersia, quod pro parte ipsius hęredis legatum vel fideicommissum imputandum esse uidetur, non solum in quartam Trebellianam, uerum etiam in Falcidiam; quia illud habet hęres iure hęreditario, non autem iure legati, siquidem pro parte ipsius hęredis grauati non ualet legatum, ut dictum est: quia nemo grauari potest, ut sibi ipsi soluat ac pręstet legatum.

Ad tollendam igitur omnem difficultatem Duarenus censuit illa uerba textus; *Pro ea uerò parte*, &c. non esse referenda ad quartam hęredis fideicommissaria hęreditate grauati, sed ad quartam, quæ per legem Falcidiam deducitur, quasi Martianus orationem conuertat ad eandem Falcidię legis quartam, dicens non imputari in eam id, quod à cohęrede accipitur. Sic enim cessabit omnis difficultas, vt patet.

Sed obstant huic expositioni legis uerba, sic enim habent: *Pro ea vero parte, quam accipit a cohærede: extra quartam, hoc est, quod a cohærede accipitur.* Hic modus loquendi pertinet ad declarationem eius, quod proximè dictum fuit circa imputationem. Nam cum proximè dixerit Iurisconsultus, in Quartam imputari, quę iure legati uel fideicommissi accipiuntur in fideicommissaria hęreditate restituenda, statim subdit declarationem, ac moderationem, ut scilicet id non intelligatur pro ea parte, quam accipit à cohærede: quia illud, quod a cohęrede accipitur, extra quartam est. Hęc sanè declaratio & moderatio applicari non potest iis, quę dixerat primum de lege Falcidia, quia dixerat Martianus imputari in eã quartam, ea duntaxat quę iure hęreditario percipiuntur, non autem, quę iure legati vel fideicommissi. Quę ergo aut necessitas, aut occasio erat subijciendi hanc moderationem siue declarationem, ut pro ea parte, quæ à cohęrede accipitur, id non esset in quartam eiusdem Falcidię imputandum? Nam quę iure legati percipiuntur in quartam dictę Falcidię legis non imputantur; Quod autem à cohærede accipitur, sine dubio iure legati, uel fideicommissi accipitur: Non ergo erat necesse id exprimere, & quidem in modũ declarationis & limitationis, nempe, *pro ea vero parte*, &c.

Puto igitur illa uerba: *Pro ea vero parte*, &c. pertinere ad Trebellianicam, & referenda esse ad id, quod proximè dictum erat, de quarta hęredis, qui restituere hęreditatem sit grauatus, tempereturque ijs uerbis sententia supra dicta, ut nimirum in quartam, quam deducit hęres restituere grauatus, imputentur quidem ea, quę iure legati, uel fideicommissi accipit hęres, non tamen pro parte cohęredis, sed pro sua duntaxat parte. Ex qua interpretatione nullum sequitur absurdum. Neque enim absurdum est aliquid generaliter asserere, deinde exceptione addita illud restringere ac temperare. Quod uerò dice-

batur

batur etiam in quarta Falcidiana idem statuendum esse, vt nimirum pro parte cohæredis data non imputentur, pro parte verò ipsius hæredis grauati imputari debeant, quia id iure hæreditario percipitur, nullo modo concedendum est: quia Martianus in eo constituit differentiã inter quartam Falcidiæ legis & Trebellianam, vt in eam absolutè non imputentur legata vel fideicommissa: in istam verò imputentur pro parte ipsius hæredis grauati. Nec obstat, quod pro parte ipsius hæredis non videantur iure legati vel fideicommissi accipi, sed iure hæreditario, quia legatum non valet. Nam etsi non valeat legatum pro parte ipsius hæredis, non tamen pars hæreditatis, vel hæreditas dici potest, aliud enim esse legatum, aliud hæreditatis portionem indicat, l. Marcellus, §. quidam liberis, ff. ad Trebellian. ibi: *Quia non portionem hæreditariam testator commemorauit, sed simpliciter portionem.* Idem probat l. si Titius ex parte, de leg. 3. & l. Titia, ff. ad leg. Falcid. lex autem Falcidia hoc voluit, vt quarta pars hæreditatis apud hæredem maneat. Eiusmodi legatum vel fideicommissum cedit lucro ipsius hæredis, tanquam ei adueniens ex voluntate testatoris, vt supra dictum est.

Et ratio huius rei hæc est: quia etsi legatum non valeat, non tamen sicut in fideicommissaria hæreditate restituenda debet alicui restitui, sed potius accrescit hæredi ac proinde legatarijs ad legem Falcidiam prodesse nõ potest. Prodesset autem, si in Falcidiam imputaretur.

Restat postrema controuersia ac difficultas, illa verò hæc est; Dicit Martianus fideicommissum heredi relictũ causa conditionis implendæ in quartam ex Trebelliano imputari. Contra Martiani eiusdem pugnat responsum, in l. in ratione, §. tametsi, ff. ad l. Falcid. vbi de Falcidia, quam pro Trebellianica ibi sumit, ita scribit: *Tametsi ante legis Falcidiæ rationem, quæ conditionis implendæ causa hæredi sunt data, in quartam non computantur,* &c.

Respondet Iacobus Cuiacius, illa verba in l. in quartam, *Sed & quod implendæ conditionis causa*, &c. Spuria esse, & non extare in Basilicis, quod ego sanè, vt eredam, facilè adduci patior; Primum grauissimi Doctoris Cuiacij testimonio & autoritate. Deinde, quod nullum suppetat argumentum, quo duo illa Martiani loca conciliari possint. Nam quæ scribit Alciatus lib. 6. Paradoxor. ca. 4. explicant quidem illa verba, sed non conciliant, cum l. in ratione, §. tametsi. Tertiò, quoniam post illa verba: *Sed & quod implendæ conditionis causa*, &c. Statim Martianus subdit, in d. l. in quartam: *Si quid vero implendæ cõditionis causa*, &c. Quæ sanè verba manifestè indicant superius nihil dictum fuisse de eo, quod heredi datur causa conditionis implendæ. Hanc postremam coniecturã habeo ex Huberto Giphanio, viro Clarissimo & honorando Collega meo, cuius eruditionem singularem, & iudicium acerrimum semper magni æstimare soleo. Sed hæc sufficiant de his.

CAPVT XVI.

Prælegata an veniant in restitutionem fideicommissi?


Xplodenda distinctio est antiquis probata Doctoribus, sed recentioribus damnata. Aut præcessit prælegatum, & subsecuta est heredis institutio, & fideicommissum, & tunc in restitutionem venit etiam prælegatum: aut præcessit hæredis institutio & fidicommissum, & postea prælegatum est, & tunc non venit. Nam nec prudentum Responsa, quę de his loquuntur speciebus, ratione pręcedentis vel subsequentis fideicommissi nitũtur, & nullum prorsus illa distinctio solidum fundamentum habet. Vis videre? Primum audi Vlpianum in l. Marcellus, §. Quidam liberis, ff. ad Trebellian. *Imperator noster* (inquit,) *rescripsit præceptiones quoque fideicommisso contineri: quia non portionẽ hæreditariam testator cõ-*

A *memorasset, sed simpliciter portionẽ: in portionẽ aũt & præceptiones videri cecidisse.* Audi eundem in l. in fideicõmissaria, §. vlt. ff. eo. tit. *Si legatum sit hæredi relictum* (inquit) *& rogatus sit portionem hæreditatis restituere: id solum non debere eum restituere, quod à cohærede accepit: Cæterum quod à semetipso ei relictum est, in fideicommissum cadit, & id D. Marcus decreuit.* Vides ex his Vlpianum distinguẽtem, vtrum quis portionem suam, an portionem hæreditatis rogatus sit restituere. Priore in casu prælegata veniunt in restitutionem, posteriore non item. Ratio est; quia hęreditatis appellatione neque legata, neque fideicõmissa continentur, vt in l. si Titius ex parte, de lega. 3. Si tamen quis rogetur restituere quicquid ex hęreditate ad eum peruenerit, pręlegata quoque restituet, vt in l. cum virum, C. de fideicommiss. Denique ex coniectura volũtatis quęstio ista pendet, ut patet ex l. cum pater, §. fideitue, de leg. 2. ex l. Titia, ff ad legem Falcid. & ex alijs legibus, ex quibus nullam inuenias, quę antiquorum distin
B ctioni faueat, vt meritò reiecta sit à posterioribus. vt dixi. Vide Dom. meum Cephalum, in conf. 159. lib. 2. Dominum meum Decianum, in conf. 41. num. 147. lib. 1. ante eos Decium, in conf. 80. Socin iun. in consil. 107. lib. 3 & post istos Manticam, de coniecturis vltimar. volunt. lib. 7. tit. 7. num. 1.

Sed controuersia est in foro celebris ac frequens: Testator Titio & Caio prælegata dedit. Postea *in omnibus alijs bonis* eos hæredes instituit: & si absque liberis decesserint, Sempronium eis per fideicommissum substituit. Quæritur vtrum eueniente conditione, Sempronio restituenda sit hæreditas vna cum prælegatis; & sic vtrum in proposita specie substitutus Sempronius etiam prælegata petere possit? Et prælegata restituenda non esse, neque fideicommisso contineri illis verbis ordinato, respõderunt Iason in conf. 171. lib. 4. Parisius, in consi. 79. nu. 21. lib. 1. Socinus iunior, in conf. 107. num. 45. lib. 3. & in conf. 89. lib. 4. Alciatus, in conf. 480. num. 16. Aemilianus
C in conf. 39. & conf. 44.

Fundamentum est, quia institutio & substitutio refertur in hac specie non ad omnia bona testatoris, sed ad alia bona, quæ deductis legatis supersunt. Sic enim testator post legata data dixit: *In alijs autem bonis instituo & substituo*, &c. Si in alijs bonis; Ergo non in illis, quę pręlegata sunt, intelligitur facta esse institutio & substitutio; & consequenter, pręlegata non videntur esse comprehensa, immò verò ea verbis testatoris excepta ex fideicommisso.

Sed contrarium responderunt Alexander in conf. 25. lib. 1. Natta in conf. 321. Alciatus sibi cõtrarius, in consi. 604. num. 5. & alij, quos refert & sequitur Marzarius in Epitome de Fideicommissis, q. 3. Iacob. Menoch. de pręsump. lib. 4. in 2. parte præsump. 194. nu. 6.

Fundamentum est primum in antiqua distinctione; si præcessit prælegatum, & subsecutum est grauamen fideicommissi, tunc in fideicommisso prælegatum contine
D tur. Deinde in eo, quod certum sit, quoties hæres portionem suam restituere rogatus est, etiam prælegata restituenda, vt in l. Marcellus, §. quidam liberis, ff. ad Trebel. Ergo multo magis prælegata in restitutionem venient, cum hæredi simpliciter facta est substitutio. Illa enim apta est comprehendere etiam singularia prælegata, l. ab eo, C. de fideicommissis.

Ad argumentum verò sumptum ex illis verbis testatoris: *In omnibus autem alijs bonis*, &c. respondent nil obstare; quia illa verba non illum habent sensum, quod in alijs duntaxat bonis institutio facta sit; immò in omnibus bonis institutio facta esse intelligitur, cum onere tamen legatorum præstandorum. Et solent Notarij ea verba in testamento apponere, ex quadã consuetudine, non autem, quia significent hæredis institutionem ad vniuersa bona trahendam non esse.

Ego sanè inprimis animaduerto, fundamentum huius sententiæ posterioris valde infirmum esse. Nam distinctio illa ex ordine pręcedentis, vel subsequentis fidei-

commissi

commissi, vt iam dictum est, nigros iam tulit calculos, & alterum argumentum non satis est solidum. Nam, vt maximè verum sit verbum, *Substituo*, atque adeo substitutionem in genere etiam ad legata adaptari, & sic etiã legata particularia comprehendere posse. Siquidem etiã in particularibus legatis & fideicommissis substitui potest, l. vt hæredibus, l. Titia Seio, §. Seia libertis, de leg. 2. l. ei cui, ff. de donatio. cau. mortis. non tamen sequitur in hac ipsa specie, de qua agitur, eam esse vim substitutionis vt etiam prælegata comprehendat. Nam aut intelligitur facta esse substitutio in hæreditate, & tunc prælegata pro parte alterius cohæredis non continebit, vt in dicta l. in fideicommissaria, §. vlt. ff. ad Trebellian. in l. si Titius ex parte, de leg. 3. aut facta esse intelligitur in portione, & tunc continebit etiam prælegata, l. Marcellus, §. quidam liberis, ff. ad Trebellianum. Hoc igitur inquirendum est in quæstione ista, an substitutio simpliciter & indefinitè facta, intelligatur esse facta in hæreditate sine hæreditaria portione; an vero in portione simpliciter. Id est, vtrum hæredes videantur esse rogati Sempronio substituto restituere portionem hæreditaris, vel portionem simpliciter. Et sanè ego existimo substitutionem obscuram ex institutione interpretandam esse, non ex præcedentibus legatis: & sic substitutionem videri factam in hæreditatis portione, non autem in legatis. Cũ ergo testator proponatur duos instituisse hæredes ex æquis portionibus, aut etiam inæquis, nil enim id refert, ac eis simpliciter substituisse per fideicommissum, ego sic interpretor substitutionem, vt ad portionem hæreditariam referatur; & sic pro ea hæreditatis portione quisque substitutum habeat, in qua institutus est. Ac proinde in quæstione, quam habemus in manibus, idem respondendum putarem, quod responderetur, si hæredes rogati essent suam quisque hæreditatis portionem restituere. Quo casu ex l. in fideicommissaria, §. vlt. ff ad Trebellian. didicimus hæredem rogatum *id solum non debere eum restituere, quod a cohærede accepit, cæterum quod à semetipso ei relictum est in fideicommissum cadere.*

Huic sententię adstipulantur Pronunciata quædam Iuris vulgaria. Primum, interpretationem illam sumendam, ex qua hæres minus grauatus esse intelligatur. Secundum; Relationem ad proximiora faciendam. Item. Non loquitur de hoc substitutio tua. Fauet denique natura fideicommissariæ substitutionis, per quam plerumque hæreditas restitutioni fit obnoxia, non autem res singulares. Sunt enim separati Tituli de fideicommissariis hæreditatibus, & de singulis rebus per fideicommissum relictis. Sed esto cuique liberum iudicium hac de re longè difficillima. Mea sanè hæc est opinio.

CAPVT XVII.

In legatis & fideicommissis ad pios causas relictis, sitnè, locus detractioni Quartæ ex lege Falcidia, vel ex Trebelliano Senatusconsulto?


Idetur communiter receptum in legatis ad pias causas legem Falcidiam locum non habere, & idem multi de Trebelliano Senatusconsulto responderunt, alijs tamen multis reluctantibus, vt videre licet ex Antonio Gabrielio, libro 4. Commu. conclu. tit. ad Trebell. concl. 51. Sed mihi legum tenorem ex ipsis autoribus contemplanti, non legem Falcidiam, nec Trebellianum Senatusconsultum in legatis & fideicommiss. ad pias causas relictis cessare videtur, nisi hæres in mora fuerit pręstandi legatum. Hęc sententia fuit interpretum antiquorũ, quos commemorat Accursius in l. si quis ad declinãdam, in verbo, *Minui*. C. de Episcopis & Clericis. & nouissimè eam amplexus est Iacob. Cuiacius in expositione Nouellæ 131.

Videamus leges ipsas, ex quibus pendet, & in hoc, & in alijs articulis sententia nostra. In primis ex antiquioribus occurrit l. prima, §. ad municipum, ff. ad legem Falcidiam Paulus: *Ad municipum quoque legata, vel etiam ad ea, quæ Deo relinquuntur, lex Falcidia pertinet.* Ex Iustiniano l. si quis ad declinandam, C. de episcopis & Cleric. *Si quis ad declinandam* (inquit) *legem Falcidiam, cum desiderat totam suam substantiam pro redemptione captiuorum relinquere, eos ipsos captiuos scripserit hæredes*, &c. Sentit Imperator ad declinandam legem Falcidiam, hoc est, vt per legem Falcidiam nihil minuatur scribendos esse hæredes ipsos captiuos, siue pauperes; quia si alius hæres institueretur cum onere restituendi per fideicommissum ipsis pauperibus, vel captiuis, quarta per legem Falcidiam, hoc est, per Trebellianum (sæpe enim hæc confunduntur) detraheretur ab hęrede grauato. Ex quo argumentum sumi potest, & in huiusmodi fideicommissis locum esse Falcidiæ legi, siue Trebelliano Senatusconsulto. nam si locus non esset, nullo opus esset ad eam legem declinandam consilio ac remedio, quod & Paulus Castrensis annotauit in Commentariis eius loci. Nec quenquam moueant illa eiusdem legis verba: *Si enim propter hoc à speciali hærede recessum est, vt non Falcidiæ ratio inducatur, quomodo ferendum est hoc, quod in sacro venerit, per Falcidiam vel aliam occasionem minui?* Non enim sensus est in huiuscemodi relictis cessare legem Falcidiam; sed talia minuenda nõ esse ab Episcopo vel Oeconomo, quasi illis tanquam hæredibus quartę detractio competat, ut patet ex præcedentibus verbis ibi: *nullo penitus hoc ex lucro vel Oeconomo, vel Episcopo, vel sacrosancta Ecclesia relinquendo. Si enim*, &c. quod sanè & inferius sæpè repetitur, ibi: *Si enim hæredum eis* (scilicet Episcopo & Oeconomis) *& ius & nomen dedimus, sine Falcidiæ tamen legis emolumento*, &c. Et rursus ibi: *Pro tempore Oeconomus sacrosanctæ Ecclesiæ, vel Episcopus hæreditatem accipiat, & sine Falcidiæ ratione pauperibus, qui in Ciuitate sunt, vel penitus mendicantibus, vel alia sustentatione egentibus eadem pecunia distribuantur.* Et denique ibi: *Sin autem in personam certam, venerabilemvè certam domum respexerit, ei tantummodo hæreditatem vel legatum competere sancimus, nulla Falcidia, nec in hac parte intercedente.* Et quibus verbis apparet, non hanc esse Imperatoris sentẽtiam, vt hæres in huiusmodi legatis amittat Falcidiæ emolumentum, sed vt Oeconomus, vel Episcopus, vel alij amittant, licet hæredes esse videantur. Et rõ est, quia hæredes verè & immediatè sunt ipsi captiui, vel pauperes; quos directè testator instituit eo consilio, vt totam substantiam obtinerent absque vlla diminutione, seu Falcidiæ detractione, quam alioqui passi fuissent, si alio hærede instituto hæreditas ei restituenda fuisset.

Denique audiamus Nouellas ipsas Constitutiones; vnus est locus, qui ad hanc rem pertinet in Nouella 131. aliàs in Authen. de Ecclesiasticis tit. §. si autem hæres, vbi Iustinianus ita scribit; *Si autem hæres, quæ ad pias causas relicta sunt, non impleuerit, dicens relictam sibi substantiam non sufficere ad ista, præcipimus omni Falcidia vacante, quidquid inuenitur in tali substantia proficere pro iussione sanctissimi locorum Episcopi ad causas, quibus relictum est.*

Hic non dicit Iustinianus generaliter & absolutè se constituere, vt in legatis ad pias causas, vt vocant, lex Falcidia cesset. Sed cum superius hæredi non adimplenti voluntatem testatoris in præstandis huiusmodi legatis, pœnam imposuisset, idem argumentum tractans, de eo loquitur hærede, qui negligit legata præstare ad pias causas relicta, eo colore ac prætextu, quod dicat, ad hæc pręstanda non sufficere bona testatoris; & tunc ita Imperator statuit, vt in pœnam suæ negligentię tota substantia defuncti cedat in solitudinem legati, nihil ex propriis bonis hęrede soluente, sed & nihil ex lege Falcidia detrahente. Cęterum, si hęres non fuerit negligens in soluendo legato piis locis, quo minus ex lege Falcidia detrahere possit aliquid, vt quartam partem habeat, nullo modo Iustinianus statuit. quod sanè, vt apertè decerneretur, ęquum erat, si veteres leges corrigendi animus

Iusti-

Iuſtiniano fuit, ſicut in alijs non abque præfatione ſolitum eſſe Imperatorem obſeruare, non ignorant ij, qui Nouellas legibus antiquis derogantes perpendunt.

Cum itaque legibus, nec Conſtitutionibus aliter ſit cautum, quam noſtra præmonſtret ſententia, vt Legum potius Autores, quam Commentatores ſequeremur, faciendum eſſe iudicauimus.

Huc vſque dictaueram, cum legi Cuiacium ad librũ quartũ ſententiarum Pauli, tit. 3. diuerſa ſentientem ab ijs, quæ docet in expoſitione Nouellæ ſupradictæ 131. Verba Pauli hæc ſunt: *Lex Falcidia itemque Senatuſconſultum Pegaſianum, deducto omni ære alieno, Deorumque donis, quartam reſiduæ hæreditatis ad hæredem voluit pertinere.* Ad hæc Cuiacius; *Deduci prius oportet omne æs alienum, & Deorum dona; deinde Falcidianam aut Pegaſianam quartam. Ex hoc loco in notis ad Iuſtiniani Inſtitutiones teſtatus ſum malle me in l. prima, §. ad municipium, ff. ad legem Falcid. ſic legere: Ad municipium quoque legata, non etiam ad ea, quæ Deo relinquuntur, lex Falcidia pertinet, nec muto ſententiam. Vt enim conſtitutio Iuris Ciuilis quæ inter coniuges donationem prohibet in Deorum donis non valet, l. ſi ſponſus, §. proinde, ff. de donatio. inter vir. & vxor ita Dei cultus poſtulat, vt nec in eis valeat lex Falcidia. idque nouiſſimis conſtitutionibus comprobatur.*

Sed Cuiacio & Robertum oppono, & Fornerium, cuius elegantiſſima verba, quin adſcribam, mihi temperare non poſſum. Etenim & ad rem iſtam illuſtrandam & noſtram ſententiam confirmandam & Cuiaciũ confutandum multum valent. Is libro ſecundo. Selectio. capitulo 25. ſcribit in hæc verba: *Exhauſta legatis aut fideicommiſſis, vel mortis cauſa donationibus hæreditate, auxilio Falcidiæ inſtitutus hæres quadrantem retinere poteſt, ne nullo adeundam hæreditatem præmio inuitatus teſtamentum deſerat, l. prima, ff. ad legem Falcid. §. primo, Inſtit. eod. Paul. lib. 3. tit. vlt. Sen. 1. Nec vllum ferè legati genus à Quarta detractione immune eſt, cum in legatis Principi relictis lex Falcidia locum habeat, l. quarta, C. de lege Falcid. & in iis, quæ Deo relinquuntur. Sunt tamen, qui dona Deorum excipiant, vt ſolida ſine onere Falcidiæ præſtentur ab hærede, mutataque apud Paulum affirmatione in negationem, ſic legant: Ad municipium quoque legata, non etiam ad ea, quæ Deo relinquuntur lex Falcidia pertinet. Adducuntur alio Pauli loco, in quo eſt lex Falcidia, Itemque ſic Pegaſianum, &c. Quam equidem emendationem probare nullo modo poſſum. Cur enim Pauli Sententiarum libros ab Alarico & Aniano interpolatos ſequemur, vt tot exemplarium fidem in Pandectis etiam Florentinis conſtãtem eleuemus? Nec verò eorum, qui puſillo et corpori nauos multos aſperſerunt, ſententiæ ſuffragatur religionis prætextus, cuius cauſa ſtrictam iuris rationem inſuper habemus l. 43. ſunt perſonæ. ff. de religioſ. & ſumpt. funer. Nego legatum Deo tolli, cum admodum legitimum reuocatum aliquot vncus delibatur; nego legis Falcidiæ, quæ teſtatoris cæterorumq; ius tuetur rationem eſſe ſtricti iuris. l. penult. C. de leg. Falcid. teſtamenta conſeruari è Repub. eſt l. 4. ff. Teſtamen. quemad. aper. Itaque legis Falcidiæ æquitas Senatuſconſultis edictis, Conſtitutionib. Principum producta, & interpretatione dilata eſt. At lex quæ donationes inter coniuges inhibuit, vxorem viro in honorem & cultum Dei donare permittit, l. quinta, §. proinde. ff. de donat. inter vir. & vxor. Quid mirum, cum id modò Senatus in ea lege ſanciẽda ſpectauerit, ne mutuo amore coniuges ſeſe bonis nudarẽt, & alter alterius ſpoliis locupletior euaderet? ſed quod in d. §. proinde, donatur, id ex in Dei cultum confertur, nec donataris rem auget. Itaque eadem lege permiſſum eſt vxori, vt viro in honorem donet dignitatis adipiſcendæ nomine, in proceſſum viri, & in cauſam laticlaui, l. 40. cum ll. ſeqq. ff. de donation. inter vir. & vxor. Alius eſt legis Falcidiæ ſcopus; quæ, quia fauore digna eſt, non facilè coarctari interpretatione ac reſtringi debet. Nec ad rem pertinet, legato libertatis hæredis quadrantem minui, l. 8. §. quartam, ff. de inoffic. teſtam. quod eius immenſa æſtimatio ſit, vt nulla ratione dodrantis & quadrantis calculus ſubducatur, l. Libertas, de*

A *regu. iur. Nec ſimilis prælegata ſeu relegata dotis cauſa eſt, l. Sed etſi vſusfructus, ff. ad legem Falcid. Meritò enim extra legis Falcidiæ rationem eſt, cum mulier nihil lucretur, cui non tam legari, quàm ſuum reddi videtur, l. cum pater, §. Fidei tuæ, de lega. ſecundo. Quod ius nouiſſimis Conſtitutionibus abrogatum quibuſdam hodie perſuaſum eſt; quo in errore verſati ſunt & Græci Baſilicon interpretes, quos vt Iuſtiniani mentem non aſſecutos Photius notat. Nomoc. tit. 2. cap. 1. Nec enim Nouella 131. ſimpliciter Falcidiam à legatis in piam cauſam relictis excludit: ſed ita demum, ſi dolum in his præſtandis adhibeat hæres, affirmetque patrimonii vires non ſufficere, omni legis Falcidiæ beneficio priuatur.* Hactenus Fornerius.

CAPVT XVIII.

In fideicommiſſis & legatis vtrum appellatione filiorum veniant nepotes.

B NOn puto me operę precium facturum, ſi Doctorum autoritates, qui vel affirmantẽ, vel negantem ſententiam in hac quæſtione amplexi ſunt, attulero: quoniam ante me illas attulit Antonius Gabrielius, Commun. concluſ. libro ſexto tit. de verbo. ſignif. Concl. 1. & poſt eum Franciſcus Mantica, de Coniecturis vltimar. volunt. libro 8. tit. 8. necnon Iacobus Menochius, in conſ. 215. libro 3. & de præſumpt. libr. 4. Præſumpt. 94. Zaſius pulchrè ad Germanicum idioma rem accommodans, in cõſilio 7. libro primo. Quare quid ipſe ſentiam paucis declarabo. Equidem ex autoribus noſtris duo nobis manifeſta ſunt. Vnum, filiorum appellatione non contineri nepotes, ſi propriam vim ac naturam verbi ſpectemus. Alterum, ex iuſta quadam interpretatione contineri. Ex his quid in propoſita quæſtione reſpondendum ſit, facilè apparebit.

C Prior propoſitio probatur ex l. quod ſi nepotes, ff. de teſtamen. Tutela. Vlpianus: *Aliter*, inquit, *filii, aliter nepotes appellantur*. ex l. filium habeo, ff. ad Macedon. ex §. vlt. in Inſtit. Qui teſtam. tutor. dari poſſ. & declarat optimè Cuiacius in Commentarijs ad l. 2. ff. de excuſat. tuto.

Altera verò propoſitio probatur ex l. iuſta, ff. de verbor. ſign. ex d. l. filium habeo, ff. ad Macedon. ex l. Senatuſconſulto, ff. de ritu nupt. Non obſtat l. filij, & l. liberorum, ff. de verb. ſig. quia quod ibi dicitur: *Filii appellatione omnes liberos cõtineri*, intelligendum ex iuſta interpretatione, vt puta: *Fundum cum villico & contubernali eius, & filiis de, lego.* Continentur etiam nepotes, l. vxorem, §. Concubinæ, de leg. 3. & d. l. liberorum, verſ. *Sed & Papyrius.* Iuſta eſt illa interpretatio, ne fiat dura ſeperatio, iuxta l. quæſitum, §. ſed an inſtrumentum, ff. de fundo inſtructo. & inſtr. leg.

Hæc cum ita ſe habeant, facilè apparet, quid reſpondendum ſit ad propoſitam quæſtionem. Nam reſpondẽ-
D dum erit in legatis & fideicommiſſis filiorum appellatione nepotes nequaquam contineri; quia aliter filii, aliter nepotes appellantur: ſed tamen ſi contrariũ ſuaſerit voluntatis coniectura, vel ratio, vel ęquitas, & aliæ circumſtantię, reſpondendum erit, ex iuſta illa interpretatione contineri. Exemplum eſt in d. l. vxorem, §. concubinæ. Alia exempla & coniecturas ex Menochio de præſumptionibus loco annotato petere poſſumus.

CAPVT XIX.

Hæres eius, qui bona reſtitutioni obnoxia alienauit, poſſitnè ea vindicare.

EXiſtimo hæredem eius, qui bona fideicommiſſo ſubiecta alienauit, ea vindicare non poſſe, licet ex fideicommiſſo vocatus ex perſona propria actionem intendere velit. Quam ſententiam amplexus eſt Pinellus, ad l. 1. in 3. parte, num. 82. C.

de

de bonis matern. & Iacobus Menochius in cons. 89. lib. 5. licet contrarium multi docuerint, puta Paulus Castrē. vel potius Salustius quidam inter Castrensis consilia, in consilio 197. libro secundo, cui & Abbas Panormitanus subscripsit. Natta in consil. 470. Grammaticus decis. 93. & alij à Marzario citati in Epitome de fideicommissis, quæstio. 46.

Hæc autem sententia tam luculenter ex autoribus nostris vera esse demonstrari potest, vt mirum sit viros doctos vllos repertos, qui contrarium docuerint.

Inprimis adsero textum in l. filiusfamilias, §. cum pater, de leg. 1. Martianus: *Cum pater filio herede instituto, ex quo tres habuerat nepotes, fideicommisisset, ne fundum alienaret, & vt in familia relinqueret; & filius decedens duos heredes instituisset, tertium exheredasset, eumque fundum extraneo legasset. Diui Seuerus & Antoninus rescripserunt, verum esse nō paruisse volūtati defuncti filium. Sed etsi cum duos exheredasset, vnum heredem instituisset,* B *fundumque extraneo legasset, putat Marcellus posse exheredatos petere fideicommissum.* Hactenus ille.

Cur non etiam filios hæredes institutos fideicommissum petere posse Martianus respondit? quia ij non possunt illud petere: Non enim hęres impugnare potest defuncti voluntatem & factum.

Secundò adsero textum in l. vnum ex familia, §. sed si vno, de leg. 2. in illis verbis: *Verum is, qui heres scriptus est, ratione doli exceptionis cæteris fideicommissum petentibus facere partem intelligitur.*

Sensus est; fideicommissum peti non posse ab eo, qui hęres institutus est, (erat autē fundus extraneo relictus, qui ex fideicommisso peti potuit, vt ex textu patet in superioribus verbis) sed tamen eum partem facere; atque adeo impedire, ne alij totum fundum consequātur: quia pars hæredis instituti deduci debet.

Tertiò adsero l. 1. ff. de exceptin. rei vendi. & traditæ. Vlpianus: *Marcellus scribit, si alienum fundum vendideris, & tuum postea factum petas, hac te exceptione recte repellendum: sed etsi dominus fundi heres venditoris existat idem erit dicendum.* C

Obstat ergo doli mali exceptio hęredi vindicare volenti rem suam ab eo venditam, cuius est hæres. Idem rescripserunt Dioclet. & Maximin. in l. cum à matre, C. de rei vend. in l. venditrici, C. de reb. alienis non alienand. Idem respondit Imperator Gordianus in l. siue possessio, C. de euictio. & text. in l. Polla, C. de his, quib. vt indig. quibus adstipulatur & Aureliani Rescriptum, in l. si ab eo, C. de liber. caus.

Postremò, adsero hoc argumentum; Is qui bona vēdidit & alienauit, non potest eam alienatione reuocare: ergo nec hæres eius. Consequens probatur ex l. ex qua persona, de reg. iur. & ex §. 1. in Auth. de iureiurando, à moriente præstito. Antecedens autem; quia nemo potest proprium factum infringere ac impugnare. l. si creditoribus. C. de seruo pigno. dato manumisso, l. filius, C. de reuoc. his quæ in fraud. cred. l. cum profitearis, C. de reuoc. D donation.

Sed videamus, quantum argumenta contrariæ sententiæ habeant momenti. Primum argumentum. Quilibet impugnare potest factum suum, & contra illud venire, quoties nullum est, vt notatur in l. post mortem, ff. de adopt. l. Quemadmodum, C. de agric. & Censit. ergo multo magis illud impugnare poterit hæres, & successor eius. Sed alienatio rei fideicommisso subiectæ est nulla, eueniente conditione, vel die fideicommissi, l. penultima, §. sin autem sub conditione, C. commun. de legat. Ergo reuocari poterit ab hærede eius, qui alienauit.

Respondeo, maiorem propositionem veram non esse absolutè, sed tunc veram esse, cum actus est nullus iure publico, prout loquitur l. quemadmodum, & loquuntur aliæ leges, quas adfert Glo. in d. l. post mortem, Alienatio vero, de quo agitur, est nulla iure priuato, quia videlicet is, cui fideicommissum debetur, rem potest vindicare, in

A irritum deducta alienatione: sed cum est hæres alienantis non potest, vt patet ex l. cum à matre, C. de rei vind. & aliis legibus supra allatis.

Secundum argumentum; Cum defunctus voluit hæredem priuare iure sibi debito, tunc potest hæres contra eius factum venire, l. 2. C. de inoffi. donation. Sed hic defunctus voluit hęredem priuare iure sibi debito, nempe, fideicommisso. Ergò, &c. Respondeo, maiorem propositionem ita simpliciter prolatam veram non esse. Hoc tantum dicit d. l. secunda, C. de inoffic. donat. filium posse inofficiosam patris donationem reuocare, vt legitimam sibi debitam consequatur, quod nihil ad rem nostram pertinet.

Tertium argumentum. Quoties defunctus aliquid facit in fraudem hæredis, potest hæres eius factum impugnare, l. 2. ff. si quid in fraudem patroni, l. 1. & 2. C. si in fraudem patroni à libertis alienatio facta sit.

Respondeo, leges, quę in argumento adferuntur, loqui, cum alienatio facta est in fraudem legitimę patrono B debitæ, qua de re nostra non est disputatio. Agitur enim hic de re alienata, contra voluntatem testatoris, qui fidei commisit, quæ alienatio fieri nec debuit, nec potuit: sed hæres alienantis eam impugnare non potest.

Quartum argumentum sumitur ex eo, quod hæres in proposita specie ex sua persona petere fideicommissum potest, & rem vindicare, cui proinde impedimentum adferre non potest factum defuncti, l. vlt. C. de euictionibus in illis verbis: *Factum eius, cui successit ex sua persona dominium vindicare non impedit.* Respondeo, illam legem non loqui de hærede eius, qui rem vendidit, siue alienauit, sed de hærede fideiussoris, qui videlicet pro venditore promisit de euictione. Cum versamur in hærede venditoris, ille vindicare non potest rem venditam, etiam ex sua persona, vt puta si res sit ipsius hæredis propria, l. cum à matre, C. de rei vind. Ratio est; quia tanquam hæres tenetur præstare factum defuncti imò, de euictione C tenetur, & ideo, quem de euictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio, l. vindicantem, C. de rei vindicatio. Cæterum, in hærede fideiussoris aliud est constitutum, & ratio est; quia ille non vendidit, sed pro venditore se obligauit: Ergo emptor actionem habet euictionis nomine, si res vindicetur ab hærede fideiussoris aduersus ipsum venditorem, qui precium recepit, & principaliter tenetur, & aduersus etiam fideiussorem, vt patet ex verbis d. l. vlt. ibi: *Scilicet euictionis causa durāte actione.* Sed fideiussori consultum erit actione mandati contra venditorem. Dices, quæ est ratio, cur hæres venditoris ex sua persona rem vindicare non possit; hæres autem fideiussoris possit? Respondeo, hanc adferri rationem posse; quia venditoris hæres inuenit precium rei venditæ in hæreditate defuncti, aut conuersum illud fuit in vtilitatem ipsius defuncti, quare iniquum videtur, vt ipse hæres, qui rei venditæ precium habet, aut certè ex eo sentit vtilitatem, rem vindicet à defuncto alienatam. Fideiusso D ris autem hæres, non inuenit precium rei in hæreditate, nec illud conuersum est in vtilitatem eius, sed venditor illud accepit, qui proinde ipsius hæredis indemnitati satisfacere poterit, quatenus euictionis actione ipse hæres condemnabitur; quæ ratio prorsus in hærede venditoris cessat.

Quintum argumentum; hypothecaria actio non cōfunditur ex aditione hæreditatis, l. debitor, ff. ad Trebel. sed hæres habet actionem hypothecariam pro rebus per fideicommissum relictis, l. 2. C. commun. de legat. ergò illa non confunditur ex aditione hæreditatis, & consequenter hæredi salua manet, & competit aduersus possessores. Respondeo, hypothecariam non confundi ex aditione hæreditatis, quoties illa competit hæredi in bonis ipsius defuncti, cui succedit, & aliis hęreditatem restituere is debet. Nam tunc hæres retinere sibi potest res obligatas, cum restituit fideicommissum, ita loquitur l. debitor, ff. ad Trebel. Hoc autem à specie & quæstione nostra quàm longissimè abest.

Cęteris

Cæteris argumentis satisfacit optimè Menochius in d.consil.89. lib.1. Nos hic consultò ea prætermittimus; quia leuissima sunt, & ex iuribus feudalibus deducta, quæ & dissimilia sunt, & vim habent in rebus non feudalibus.

CAPVT XX.

An per diuisionem cum Clausula, de non faciendo aliquid contra eam, vel aliàs, cum generalibus, & vt loquuntur, prægnantibus verbis, censeatur renunciatum fideicommisso.

SCæuola in l.qui Romæ, §. duo fratres, ff.de verb. oblig in hæc verba respondit: *Duo fratres hæreditatem suam inter se diuiserũt, & sibi cauerunt, nihil se contra eam diuisionem facturos, & si contra quis fecisset, pœnā alter alteri promisit, post mortem alterius, qui superuixit, petiit ab hæredibus eius hæreditatem, quasi ex causa fideicommissi sibi à patre relicti debitam, & aduersus eum pronunciatum est, quasi de hoc quoque transactum fuisset, quæsitum est, an pœna commissa esset, respondit pœnam secundum ea, quæ proponerentur, commissam.*

Ex hoc Responso controuersia oritur, an per diuisionem censeatur renunciatum esse fideicōmisso, si ea cautio sit adiecta; nihil contra eam factum iri. Et rursus alia oritur controuersia, quid si verbis amplioribus concepta sit eadem cautio, vt puta, promisit alter alteri nihil amplius se petiturum, nihil contra diuisionem facturum, ex quacunque causa, ex quocunque iure, quod cogitari possit. Et quidem, quod ad priorem attinet, notæ sunt omnibus Doctorum sententiæ in Commentarijs dicti loci. Aliqui enim censuerunt bene iudicatum fuisse in ea specie, de qua loquitur Scæuola; atque adeò, per diuisionem eo modo factam, videri renunciatum fideicommisso. Aliqui vero malè iudicatum, & idcirco per illam diuisionem fideicommisso renunciatum nō uideri. Ego quod ad responsum Scæuolæ attinet, magis probo sententiam Iacobi Cuiacij in Commentarijs eius loci, & Francisci Connani lib.6.Comment. Iuris Ciuilis, cap.3. num 8. Isti docent in specie Scæuolæ proposita sic accidisse, ut & de fideicommisso quoque transactum esset, & ideo quæsitum fuisse id duntaxat, utrum pœna commissa esset; & respondit Scæuola commissam. Vt huic acquiescam expositioni illud facit, quia nec proposita hæc quæstio fuit Scæuolæ, utrum per diuisionem ita factam uidetur de fideicommisso quoque transactum esse, nec eam ille definit, sed narrat aduersus eum pronunciatum fuisse, qui fideicommissum petebat. Et ideo de pęna quæsitum. Itaque illa uerba, *quasi de hoc quoque transactum fuisset*, possunt quidem dupliciter accipi; Primum scilicet, quia per talem diuisionem, *de hoc quoque*, (nempe de fideicommisso) *transactum esset*, sed non est probabilis expositio; nusquam enim cautum est diuisionem inter fratres ita simpliciter factam, hoc efficere, ut renunciatum esse fideicommisso, ac de eo trāsactum uideatur; immò repugnat ratio, lex quoque, & non ita ieiunè tractandum id erat à Scæuola. Altero modo accipi possunt illa uerba, nempe, præter diuisionem factam ea adhibita cautione, ac pœnali stipulatione, transactum quoq; fuisse de fideicommisso. Et ideo quæsitum, an is, qui fideicommissum petijsset, in pęnam incidisset. Videbatur pęnam non fuisse commissam; quia illa promissa fuit, si cōtra diuisionem aliquid fieret. At petens hæreditatem ex fideicommisso, non facit contra diuisionem, sed contra transactionem factam de fideicommisso. Respondit Scęuola commissam. Ratio est: quia transactio de fideicommisso facta fuit in ipsa diuisione hæreditatis; atque adeò pars diuisionis fuit, & ad diuisionem pertinuit.

Quod attinet ad alteram controuersiam, multi censuerunt, propter illa uerba generalia renunciatum uideri fideicommisso, nec amplius peti posse. Eorum antesi-

A gnatus Io. Andr. fuit ad Specul. tit. de Testamentis, §. in primis, num.27. Curt. iun. in cons.49. nu. 2. qui alios citat; alij verò nec tunc renūciatum censeri fideicommisso responderunt. Ita Decius in cons.495. Ruinus in consil.138. lib.2. & alij, quos commemorat Gabrielius, lib.4. Comm. Concl. tit. de fideicommissis, Concl.1. num.21. Marzarius in Epitome de fideicommissis, in 3. par. quæstio. 59. Omnis difficultas his duabus iuris propositionibus tollitur. Prior propositio: Generalis Clausula transactioni adiecta, siue pactioni, & obligationi, restringitur ac refertur ad eam causam solam, de qua actum est, l.si de certa, C.de transact. l.iubemus, C.ad Velleian. l.vlt.§. idem quæsijt, ff.de condict indeb. l.2.de iudicijs. Altera propositio: Si adeo generalia sint verba, vt citra manifestam calumniam restringi non possint, verbis ipsis standum est, l.sub prætextu specierum, C.de transact. Quapropter, temperare quisque sibi à tam effuso sermone admonetur, ne in promptum incidat periculum, l.vlt.C.de

B dotis promiss.

Ex his, ni fallor, perspicuum euadit, quid respondendum sit in proposita quæstione. Ita enim respondendum erit, vt per diuisionem renunciatum esse videatur fideicommisso, si cautio ac promissio diuisioni adiecta tam generalibus uerbis concepta sit, vt restringi salua ratione recti sermonis nequeat ad solam diuisionem. Exemplum, si quis promittat se nil facturum contra diuisionem, & nullam moturum controuersiam, nihilque petiturum ex quacunque causa, quocunque tempore; Tūc fideicommissi scientia supposita non dubitarem cū Ioanne Andreæ pronunciare, fideicommisso renunciatum videri: Si verò verba salua ratione recti sermonis, ac citra calumniam restringi ad solam diuisionem possint; tunc ad eam restringenda erunt; sicut docet prior propositio.

C

CAPVT XXI.

Vtrum matri, vel auiæ, cum relinquunt filio, vel nepoti legitimam portionem, vel etiam hæreditatem, liceat eam conditionem, quantum ad legitimam adijcese, vt vsusfructus patri non acquiratur.

PRoponebatur ex facto in Auditorio Collegij huius Inclytæ facultatis Iuridicę Ingolstadiensis, Auiam testamento instituisse nepotem ex filio in legitima portione, & alijs quibusdam rebus, ea adiecta conditione, ne vsusfructus patri acquireretur, & responsum petebatur, an ea conditio rectè etiam, quoad legitimam adiecta esset, ac proinde ualeret. Aderant Clarissimi viri, ac Consultissimi, qui Responsa non nisi summo studio, & summa grauitate consulentibus communicare soliti sunt, ac proinde re maturè discussa, visum fuit controuersam esse hanc quæstionem; Nam Accursius in Authen. Vt li-

D ceat matri, & auiæ, in principio, vers. *Participium*, respōdit eam conditionem adiectam, valere etiam quoad naturale debitum, hoc est, quoad legitimam, & Accursium secuti fuere Angelus ibi, necnon Baldus, ad l.filiæ, C.famil. hercis. & alii, quos refert, & sequitur Fernandus Vasquius de successionum creatione, in Tractatu primæ partis, lib. 1.§.10.nu. 234.

Cæterum, non ualere talem prohibitionem, ac conditionem, quantum ad legitimam, docuerunt Bart. Castr. & Corn. in Authen. Excipitur, C.de bonis, quæ liberis. Alios commemorat Vasquius loco proximè citato.

Fuit ergo dictum, fundamenta vtriusque sententiæ perpendenda esse. Fundamentum Accursii in eo est positum, quod ea conditio nullum onus, nullum grauamē inferat legitimæ; ac proinde ualere debeat, argumento l.filiis matrem, C.de inoffic. testam. ibi: *Neque ei nomine filiorum inofficiosi eo modo actionem posse competere, quibus nullam iniuriam fecerit mater, sed potius putauerit prouidendum*, &c.

Huc accedat text. in Auth. Excipitur, C. de bonis, quæ lib. *Excipitur inquit, quod eis datur,* (scilicet filijs) *ab aliquo parentum conditione hac adiecta, ne ad patrem perueniat vsusfructus.*

Fundamentum autem contrariæ sententiæ est in textu Authen. Vt liceat matri, & auiæ, vbi ita dicitur: *Sancimus igitur licentiam esse matri, & auia, alijsque parentibus, postquam reliquerint filijs partem, qua lege debetur, quod reliquum est, sua substantia siue in solidum voluerint, siue in partem filio, vel filia, nepoti, vel nepti, & deinceps descendentibus donare, aut etiam per vltimam relinquere voluntatem, sub hac conditione ac definitione, si voluerint, vt pater, aut qui omnino eos habet in potestate in his rebus, neque vsumfructum, neque quodlibet penitus habeant participium. Hoc enim & extraneis relinquere poterant, vnde nulla parentibus vtilitas nasceretur.*

Ex his verbis Iustinianus indicat, prius relinquendā esse legitimam iure debitam, nulla adiecta conditione, sed in eo, quod vltrà legitimam relinquitur, eam conditionem adijci posse, vt pater non habeat vsumfructum. Non licebit ergò eam adijcere conditionem in legitima portione debita.

Respondit Vasquius, sensum Nouellæ hunc esse: *Licere matri, & auia legitima portione filio, vel nepoti relicta, residuum hæreditatis etiam extraneo dare; prohibere autē, ne id patri acquiratur, quoad proprietatem, & etiam quoad vsumfructum, id est generaliter licet, non solum in eo, quod est vltrà legitimam, sed etiam in ipsa legitima, quasi dicat: extraneis concedere in praiudicium filij non licet, nisi id tantum, quòd vltra legitimam est. In vtilitatem autem filij vetare, ne patri penitus quidquam etiam, quoad legitimam acquiratur, id matri testanti licitum est, vtpote, ipsi filio fructuosum, vtile, conducibile.* Sic ferè Vasquius.

His ita discussis, vnanimi omnium consensione, Bartoli & Sequacium sententiam, ego & collegæ mei amplexi fuimus, vti probabiliorem ac iuri magis consentaneam. Nam hæc est Iustiniani sententia in dicta Nouella, vt quoniam id, quod vltrà legitimam filio relinquitur vel donatur, extraneis etiam relinqui poterat, ita vt nullam inde pater vtilitatem acquireret; idcirco etiam relinqui posse, ac donari filio, vel nepoti, ea conditione adiecta, vt vsusfructus patri non acquireretur. Cum enim hæc ratio locū non habeat in legitima filio debita, quandoquidem mater, & auia, tenetur eam filio, ac nepoti relinquere, non autem eis auferre, & extraneo dare, sicut dari potest id, quod vltrà legitimam est, rectè infertur in ipsa legitima illam conditionem adijci non posse, vt nimirum eius vsumfructum pater non habeat.

Sic itaque ex ratione legis argumentum sumitur satis perspicuum. Sed & ex verbis ipsis Iustiniani manifestū est, eam conditionem in legitima non esse adijciendam: quia, si & in legitima adijci posset, æquum erat id exprimere. Perperamque id Imperator reticuisset.

Nec quicquam Vasquij responsio valet; quia repugnant verba textus. Fateor hoc velle Iustinianum, licere matri, & auiæ legitima portione filio, vel nepoti relicta residuum hæreditatis euā extraneo dare. Nego quæ Vasquius subdit: *Prohibere autem, ne id patri acquiratur, quoad proprietatem, & etiam quoad vsumfructum, id eis generaliter licet, non solum in eo, quod est vltrà legitimam; sed etiam in ipsa legitima.* Non enim ita loquitur Iustinianus; sed ait; quod reliquum est vltrà legitimam, relinqui & donari posse filijs, ac nepotibus, ea conditione adiecta, ne patri vsusfructus acquiratur; quia hæc etiam extraneis, *relinqui poterant, vnde nulla parentibus vtilitas nasceretur.*

Quòd verò dicitur, vt patri vsusfructus non acquiratur, etiam in legitima, id esse filio vtile, fructuosum, & conducibile, & ideo licere matri, & auiæ eam conditionem adijcere, etiam in legitima, argumento l. filijs, C. de inoff. testam. nihil obstat; quia cum legitima filio debeatur, ita vt non sit in potestate matris, vel auiæ non relinquere eam filio, non eis licet vllam legem, vllam con-

A ditionem adijcere, sicut nec alicui licet de re aliena disponere, etiam si in meliorem statum commutare eam velit, l. vlt. ff. de vsu, & habita, l. 7. in fine, & l. 8. ff. de vsufruct. Nec text. in allegata l. filijs matrem, C. de inoff. testam. loquitur in terminis legitimæ, cui aliqua adijciatur conditio etiam in vtilitatem filij; sed loquitur de generali institutione filij facta sub conditione emancipationis, & ait patri filiorum nomine inofficiosi actionem competere non posse, quia nullam eis iniuriam mater fecit, immò prouidendum putauit.

Et obseruandum est, rationem illius legis hanc esse; quia eo tempore hæreditas matris delata filio acquirebatur patri, tam quoad proprietatem, quàm quoad vsumfructum. Vt enim non acquiratur, quoad proprietatem, postea constitutum est in l. 1. C. de bonis matern. Quare sub ea conditione relicta hæreditate, pater nullam causam conquerendi habuit. Nam aut filium emancipauit, & tunc hæreditatem obtinere potuit filius, aut noluit e-
B mancipare, & tunc meritò excluditur pater ab omni emolumento, nec filij nomine agere potest de inofficioso, quia filius est institutus sub ea conditione, quæ illi erat vtilissima. Nec ex parte filij dici potest, eum debuisse sine illa conditione hæredem institui: quia si absque illa conditione hæres institutus fuisset, pater omne emolumentum acquisiuisset, de cuius moribus ita malè mater suspicabatur, vt vereretur, ne omnia prodigeret, ita vt filio post mortem patris nihil superesset.

Hodierno autem iure, quo bona materna filijs acquiruntur quoad dominium, vix putarem eam conditionē, quoad legitimam, admitti posse; Ratio est; quia grauamen continet. Nam etsi filius non emancipatur, ei tamē proprietas acquiritur, & non patri, l. 1. C. de bonis matern. Quare necessaria filio esset emancipatio ad acquirendam hæreditatem, cum tamen absque emancipatione dominium saltem, siue proprietas filio acquiratur; Neque enim negari potest, quin grauamen sit, onusque
C non leue, vt id, quod purè & simpliciter filio per legem acquiritur, tunc demum acquiratur, si pater eum emancipauerit.

Non obstat sententiæ nostræ textus in Auth. Excipitur, C. de bonis quæ lib. quia desumptus est ex Nouella supradicta. Vt liceat matri, & auiæ, quamobrem ei non est standum, sed Authentico, vnde sumptus est. Ex prædictis autem constat Authenticum ipsum huic sententiæ nostræ magnoperè adstipulari.

CAPVT XXII.

Sitne donatio causa mortis, cum quis sanus existens, & nullo mortis periculo exterritus, post mortem suam donat?



TRiplex est Doctorum sententia hac de re. Vna donationem causa mortis non videri,
D sed inter viuos. Ita Oldradus in consil. 139. Bald. ad l. 2. C. de iure dot. Gulielmus Benedictus ad c. Rainucius, in verb. Testamentum, 4. num. 23. de Testament. Fundamentum est in legibus, quibus est constitutum, contractua inter viuos, siue obligationes cōferri posse in tempus mortis, vt si quis post mortem suam promittat se daturum, l. Nam si cum moriar, ff. de condictione indeb. §. post mortem, in Instit. de inutilib. stip. l. 1. C. vt actiones ab hæredibus, & contra hæredes incipiant, l. scrupulosam, C. de contrah. & committen. stipul.

Altera est sententia, donationem causa mortis videri, non autem inter viuos. Ita Albericus ad d. l. nam si cum moriar, ff. de condict. indeb. Iason ad l. quæ dotis, nu. 43. ff. sol. matr. & in conf. 6. lib. 5.

Fundamentum est; quia donatio causa mortis est, cū quis rem mauult habere, quàm eum cui donat: eum aūt cui donat, quàm hæredem suum, l. 1. ff. de donat. caus. mortis. Sed ita est in specie ista; quia donās mauult rem habere:

habere; nõ enim donat, nisi post mortem suam. Mauult autem eum, cui donat, habere, quàm hæredem suum, vt pater; quia ei donat. Adstipulari videtur l. mortis causa, ff. de manumissio. ibi: *Quemadmodum cum rem ita tradiderit, vt moriente eo, fiat accipientis.* Et in l. Seia, ff. de dote præleg. ibi: *Videri enim in eum casum, qui morte mulieris extitit, mortis causa stipulatum.* Et ibi Glos. in verbo, *In eum casum.*

Tertia est sententia distinguens; Aut mortis tempus adiectum est substantiæ donationis, aut eius executioni, puta præstationi ipsius rei donatæ. Priori casu est donatio causa mortis: Posteriori autem est donatio inter viuos, cuius executio post mortem confertur. Ita post Dynum Alexander in cons. 14. lib. 1. Socin. sen. in consil. 53. lib. 1. Boerius, decis. 353. nu. 12. Couuar. de testam. in 3. par. Rubr. nu. 25.

Hanc sententiam ac distinctionem, & ipse probo. Primum membrum eius probatur ex l. 2. ff. de donatio. caus. mort. Vlpian. *Iulianus lib. 17. Digestorum, tres esse species mortis causa donationum ait; Vnam, cum quis nullo præsentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat.* Et hic est casus quæstionis nostræ: nam ita verba textus intelligo, cum scilicet sola cogitatione mortalitatis quis donat post mortem suam. Cum enim faciat mentionem mortis, videtur aliquo modo de ea cogitare, licet nullo tunc præsenti mortis periculo terreatur.

Posterius autem distinctionis membrũ probatur ex eo, quod verba præstationi siue executioni adiecta non faciunt actum conditionalem esse, l. ex his verbis, C. quando dies legati cedat. Et ideo, si quis ita dixerit; Titio centum dono præstanda post mortem meam, erit donatio inter viuos, & tempus adiectum videbitur differendæ solutionis causa: ideoque non erit donatio causa mortis, nec sub conditione mortis facta.

Argumentum prioris sententiæ non obstat, quia & nos dicimus donationem obligationemque, & contractum ab hæredibus, & sic post mortem incipere posse; sed talem donationem mortis causa appellabimus, quidquid de cæteris obligationibus, & contractib. statuatur.

CAPVT XXIII.

Mortis causa, si quis donet, & promittat, se non reuocaturum eam donationem, an sit mortis causa donatio?

Xistimo non esse donationem causa mortis, cum quis ita donat, vt nullo casu donatio reuocetur, autoritate textus in l. vbi ita donatur, ff. de mortis causa donatio. Martianus: *Vbi ita donatur mortis causa, vt nullo casu reuocetur causa donandi magis est, quàm mortis causa donatio, & ideo perinde haberi debet, atque alia qualibet inter viuos donatio.* Autores habeo Bartolum in Comment. eius loci. Angelum, in cons. 179. nu. 6. Clarum, in §. donatio, quæst. 4. Couuar. de Testam. in 2. par. Rubr. num. 12. vers. Prima Conclusio.

Alij donationem mortis causa esse responderunt, eã verò conditionem siue promissionem, de non reuocando, accipiendam esse rebus sic stantibus, videlicet, nisi donatorem pœnituerit, argum. l. quod Seruius, ff. de condict. caus. data, l. quæro, §. inter locatorem, ff. locati, ita Baldus ad l. cum quis, ff. de condict. causa data, Decius in cons. 305. num. 4.

Sed huic sententiæ obloquitur Martianus, l. vbi ita donatur, ff. de mortis caus. donat. Nec ad rem pertinent leges allegatæ; Et contra rationem est ex pronunciatis quibusdam generalibus expressas legum decisiones euertere. Quid quæso commune habet cum re nostra generale illud Axioma; Quælibet promissio intelligenda est rebus sic stantibus? cum posse pœnitere, & reuocare donationem, & non posse reuocare, sint pugnantia?

A Alij distinguunt, vtrum promissio non reuocandi adiecta sit substantiæ donationis, an verò executioni: priore casu inter viuos dicitur, posteriore causa mortis; quia Clausulæ executioni adiectæ non mutant speciem, vt in Clem. 1. de præbend. Decius d. cons. 305. num. 7. Natta in cons. 104. Couuar. loco proximè citato, num 13. vers. Tertia Conclusio. Non rectè: neque enim ea distinctione indigemus, qui claram legis decisionem habemus. Valeant generalia, & Brocardica. Adhæreamus singularibus decisionibus. Nam secundum Aristotelem sermones Generales sunt faciliores, Particulares autem veriores.

Non obloquitur Martiano in d. l. vbi ita donatur, Iulianus in l. si alienam, §. Marcellus, ff. eod. tit. *Potest*, inquit, *sic quoque donari mortis causa, vt nullo casu sit eius repetitio:* Quia verba sequentia rem aperiunt. Subdit enim Iulianus: *Id est, nec si conualuerit quidem donator.* Et licet secundum aliam literam sic dicatur: *Et ideo nec*
B *si conualuerit quidem donator, reuocabitur*, apparet tamen Iurisconsultum non hoc velle, vt donatio causa mortis ita fieri possit, vt nunquã absolutè reuocetur, sed vt nullo casu sit rei donatæ repetitio, scilicet etiam si donator conualuerit; Vel dicendum est, ita donari quidem posse causa mortis, vt nullo casu absolutè reuocari possit: sed talis donatio non erit mortis causa, verum inter viuos, vt in d. l. vbi ita donatur, sicuti explicat Accursius in d. §. Marcellus, in vers. Nullo casu; vel dicas, *nullo casu*, id est, ex supradictis in præcedentibus verbis.

Cæterum, non dubito, quin verior sit lectio prior, quę habet, *id est, nec si conualuerit quidem donator.* Nam & huic lectioni concordat, l. Senatus, §. sic quoque, ff. eod. tit. vbi Paulus: *Sic quoque potest*, inquit, *donari mortis causa, vt nullo casu sit repetitio, id est, ne si conualuerit quidem donator.*

CAPVT XXIV.

C *De donatione causa mortis filijfamiliâs controuersia, an requiratur patris consensus ad integrandam personam filij, vt loquuntur, siue pro solennitate actus: an verò propter patris præiudicium.*

Iliusfamiliâs donare causa mortis patre consentiente potest, l. tam is, §. 1. ff. de donatio. caus. mortis, l. filiusfam. ff. de donat. Sed cõtrouertitur primo, cur sit necessarius patris consensus, an pro solennitate actus quasi filiusfam. non sit idoneus, & vt loquuntur nostri, integrã ac sufficientem personam non habeat ad donandũ causa mortis: an verò propter patris præiudicium. Secundò, vtrum ipsimet patri consensum accommodanti donare possit.

Quod attinet ad primum, consensum patris esse necessarium, propter eius pręiudicium, responderunt Pau-
D lus Castrens. ad l. Senium, num. 7. C. qui Testam. facere poss. Alexand. ad l. 1. §. fuit quæsitum, num. 7. ff. ad Treb. & ibid. Ripa, num. 3.

Argumenta sunt ista: Filiusfam. absque consensu patris donare potest mortis causa bona Castrensis peculij, & quasi Castrensis, l. filiusfam. §. vlt. ff. de donat. Non aliam ob causam, nisi quia in ijs bonis nullum ius pater habet, ea enim bona pleno iure filio acquiruntur. Ergò in cæteris rebus, quæ patri acquiruntur, aliter constitutũ est, quia patri fieret præiudicium; & ideo consensus, & voluntas eius requiritur.

Secundum argumentum est, quia non dicit lex autoritatem patris esse necessariam in huiusmodi donatione, sicut dicimus in contractibus pupilli necessariam esse tutoris autoritatem; sed requirit tantum patris consensum siue uoluntatem, ac permissum, ut in d. l. tam is, §. 1. ff. de donat. caus. mort. & in d. l. filiusfam. §. vlt. ff. de donat. Ideo non uidetur pro solennitate requiri, sed propter patris præiudicium.

Tertium argumentum. Si pro solennitate actus requireretur patris consensus, istud esset, quia filiusfam. non haberet integrum animi iudicium, ac sufficiens ad donandum, sicut pupillus nnn habet ad se obligandum, & ideo tutor adhiberi debet; sed hoc est absurdum dictu: quia filiusfamil. potest esse triginta, & quadraginta annorum, & prudens & rerum peritus; & ideo per se sufficiens ad omnia gerenda; Ergo requiritur patris consensus ratione præiudicij ipsius patris, non ratione solennitatis.

Quartum argumantum est, quia sic videmus, & in iudicijs. Nam sine patris consensu filiusfamil. in iudicio esse non potest, l. vlt. § necessitate, C. de bonis, quæ liberis, & tamen requiritur huiusmodi consensus ratione præiudicij patris, quod patet; quia si nullum vertatur patris præiudicium, vt puta, si agatur de rebus, quarum vsusfructus patri non acquiritur, filius in iudicio esse potest absque patris consensu, vt notat Bart. in d. §. necessitate, argum. c. vlt. de iudiciis, lib. 6.

Cæterum, contrariam sententiam amplexi fuere Bartholom. Socin. ad l. 1. §. fuit quæsitum, ff. ad Trebel. & in cons. 112. lib. 1. Couuar. ad Rubr. de Testam. in 3. parte, nu. 6. & alij, quos refert, & sequitur Clarus, §. donat. q. 6. vers. Habes ergo; Isti docent consensum patris requiri pro solennitate actus.

Fundamentum est; quia si ratione præiudicij consensus patris requireretur, & non solennitatis causa, dicendum esset, consensum non requiri in casibus, in quibus pater nullum ius habet in bonis filij, etiam extra bona castrensia, vel quasi; tunc enim non posset aliquod patris præiudicium considerari, & allegari: Sed consequens est falsum, quia lex generaliter dicit, filiumfamil. donare non posse mortis causa absque patris consensu; & sic generaliter comprehendit omnia bona prorsus, etiam quæ patri non acquiruntur (exceptis tamen Castrensibus, vel quasi) ergò & antecedens est falsum, quod scilicet ratione præiudicij talis consensus requiratur.

Confirmatur hoc argumentum; quia si verbi gratia, filiusfam. rem patris donaret, saltem in præiudicium ipsius filij valeret donatio rei alienæ, licet non in præiudicium patris. Et tamen lex absolutè dicit donare non posse filiumfam.

Ego existimo priorem sententiam longè probabiliorem esse, licet posterior sit magis communiter recepta. Et moueor duabus legibus, quæ si rectè perpendantur, manifestè probant hanc sententiam. Prima est l. filiusfamilias, ff. de donat. Altera l. vltima, §. filius, C. de bonis, quæ liberis: *Filiusfamilias* (inquit Vlpianus) *donare non potest, neque si liberam peculij administrationem habeat. Non enim ad hoc ei conceditur libera peculij administratio, vt perdat.* Et paulò infrà: *Item videamus*, inquit, *si quis filiofamilias liberam peculij administrationem concesserit, vt nominatim adiiceret, sic se ei concedere, vt donare quoque possit, locum habeat donatio. & non dubito donare quoque eum posse.* Tandem subdit textus: *Pari autem ratione qua donare filiusfamilias prohibetur, etiam mortis causa donare prohibebitur. Quamuis enim ex patris voluntate donare quoque mortis causa possit, attamen cum cessat voluntas, inhibebitur hæc quoque donatio.*

Ex hoc loco sic argumentor: Filiusfamilias ea ratione prohibetur sine patris consensu donare mortis causa, qua prohibetur inter viuos donare. Hoc probo ex §. pari autem ratione. Sed filiusfamilias donare prohibetur inter viuos propter præiudicium. Hoc probo ex verbis illis textus: *Non enim ad hoc ei conceditur libera peculij administratio, vt perdat.* Id enim vergeret in præiudicium patris, vt patet, qui liberam filio peculij administrationem concessit. Ergò filiusfamilias prohibetur donare causa mortis, ne rem perdat in præiudicium ipsius patris, ad quem pertinet res donata, inspecto tempore Vlpiani autoris dictæ legis.

Venio ad §. filius, eius verba hæc sunt: *Filius autem*

A *familiarum in iis duntaxat casibus, in quibus vsusfructus apud parentes constitutus est, donec parentes viuunt, nec de eisdem rebus testari permittimus, neque citra voluntatem eorum, quorum in potestate sunt, vlla licentia eis concedenda dominium rei ad eos pertinentis alienare, vel hypothecæ titulo dare, vel pignori adsignare. Melius enim est coarctare iuueniles calores, ne cupidini dediti tristem exitum sentiant, qui eos, post dispersum expectat patrimonium. Cùm enim, sicut dictum est, parentes alere eos secundum leges, & naturam compellantur, quare ad venditionem rerum suarum prosilire desiderant?*

Ex hoc etiam loco sic argumentor; Si pro solennitate patris consensus requireretur, quasi filius integram personam non haberet ad donandum causa mortis, non autem ratione præiudicii, tunc prohibitio locum sibi vindicaret, etiam in iis rebus, quarum vsusfructus patri nõ acquiritur: nulla enim ratio assignari potest, cur in iis rebus, quarum vsusfructus patri acquiritur, filius non habeat integram personam; in aliis autem habeat. Sed prohibitio loquitur de iis duntaxat rebus, quarum vsusfructus patri acquiritur. Ergo inde argumentum oritur, id esse constitutum propter patris præiudicium, vt filius sine voluntate patris alienare non possit; consequenter etiam nec mortis causa donare.

B (margin letter beside the line "beat integram personam")

Confirmatur hæc sententia; quia textus dicit, filium non habere potestatem alienandi ea bona, ne tristem exitum sentiat, qui post dispersum patrimonium sequitur. Et quia, cum pater eum alere teneatur, non est permittendum, vt res alienentur. Ratio est: quia patri, qui alere tenetur, & ex rebus aduentitiis fructus percipere potest, ex quibus filium aliqua ex parte alat, præiudicium ex tali alienatione generatur.

Ex quo fundamentum corruit contrariæ sententiæ; neque enim concedimus, filium mortis causa donare non posse absque consensu patris, res, in quibus nullum ius acquiritur parenti. Sed quoniam id quoque controuersum est, vt diligentius discutiatur, sequens caput totum huic assignamus disputationi.

C (margin letter beside the line "uersum est, vt diligentius")

CAPVT XXV.

Possitne filiusfamilias mortis causa absque patris consensu res donare aduentitias, in quibus parens nullum habet vsumfructum?

Aec est controuersia, de qua diximus in fine præcedentis capitis; Filius quædam bona aduentitia habere potest, in quibus patri vsusfructus non acquiratur, puta, si ea lege sint ei relicta, vt nullum vsumfructum pater habeat, vt in Authen. Vt liceat matri, & auiæ, in principio. Vnde sumpta est Authen. Excipitur, C. de bonis, quæ liberis. Est igitur controuersia; Vtrum ea donare
D mortis causa possit filiusfam. absque patris consensu. Affirmant Paulus Castrensis, & Iason, ad l. Senium, C. qui Testam. facere possunt. Idem Iason in l. pen. C. eod. titu. Negant Alexand. in d. l. pen. & Couuar. ad Rubr. de Testam. par. 3. num. 8.

Fundamentum huius posterioris sententiæ illud est; quoniam consensus patris requiritur ad solennitatẽ donationis, cum filius non habeat integram personam ad donandum absque patris consensu. Deinde, quia is, qui testari non potest, nec donare causa mortis potest, l. 1. §. 1. ff. de tutel. & rationibus distrahend. l. discretis, C. qui testamen. facere possunt. Sed filiusfamilias testari non potest de bonis aduentitiis, etiam si pater in eis vsumfructum non habeat, l. penult. C. qui Testamen. facere poss. Ergò nec ea bona donare causa mortis poterit; Præsertim, quia si donare posset ea bona mortis causa, eluderetur legis prohibitio, per quam testari non potest; Sic enim filius testari prohibitus donaret causa mortis.

Adiun-

Adiungit his Couuar. argumenti ex l. filiusfamilias, §. vlt. ff. de donat. vbi patet, filiumfamilias donare bona Castrensis peculij posse, quia de illis testari potest; Igitur si testari non possit, nec donare causa mortis poterit. Sed filiusfamilias testari non potest, vt dictum est, de huiusmodi rebus, quarum vsusfructus patri non acquiritur, d. l. pen. C. qui testam. facere possunt, Ergò nec donare causa mortis poterit.

Sed primum argumentum locum habere non potest, si eam sententiam amplectamur, quam defendimus in præcedenti capite. Posterius autem argumentum nequaquam solidum videtur; quia non est vera illa propositio ita generaliter; Qui non potest testari, nec donare potest causa mortis; sed vera est in eo casu tãtum, quo quis testari nõ potest, quia sit pupillus, vel mutus, aut surdus. Eadem enim ratio defectu personæ, quæ à testamenti factione prohibet, etiam à donandi facultate prohibere videtur. Et patet filiumfam. nec quidem patre consentiente testamentum facere posse, cum tamen donare causa mortis cum eiusdem patris consensu possit, vt in d. l. tam is, §. 1. ff. de donat. causa mortis.

Quòd verò deducitur argumentum ex d. l. filiusfam. §. vlt. ff. de donat. nullius est momenti; quia non ita loquitur ibi Iurisconsultus, vt velit ex testandi potestate pendere potestatem donandi; sed argumentatur à maiori ad minus: *Cæterum, qui habent Castrense peculium*, inquit, *vel quasi Castrense, in ea conditione sunt, vt & donare mortis causa, & non mortis causa possint, cum testamenti factionem habeant.* Quare non licebit econtrariò sic argumentari: Non habet factionem testamenti; Ergò nec potestatem donandi causa mortis; quia à maiori ad minus argumentari, argumentum non valet ad negandum, sed ad affirmandum duntaxat.

Ego igitur existimo, contrariam sententiam probabiliorem esse. Etsi enim lex generaliter prohibeat filijsfamil. donare causa mortis, absque consensu patris, tamen iusta interpretatione restringi debet, vt habeat locum in ijs duntaxat rebus, quarum vsusfructus parentibus acquiritur; non autem in alijs. Iusta, inquam, mihi videtur hæc interpretatio; quia donatio inter viuos, & donatio causa mortis in hoc casu à lege æquiparantur, vt scilicet vtraque sit filio interdicta sine patris voluntate, & consensu, & quidem pari ratione, vt patet ex l. filiusfam. §. pari autem ratione, ff. de donat. sed nouo iure, quo vsusfructus patri duntaxat acquiritur in bonis aduentitijs, ita constitutum est, vt in illis duntaxat casibus, in quibus acquiritur vsusfructus patri, filijs sit omnis bonorum alienatio prohibita absque consensu patris, vt patet ex d. l. vlt. §. filiis, C. de bonis, quæ liber. Ergò in alijs, quorum vsusfructus patri non acquiritur, prohibitio locum non habebit; atque adeò licebit filio etiam absque patris consensu ea bona alienare.

Et licet quoad testamenti factionem alia sit interpretatio facienda, ex l pen. C. qui testam. facere possunt, tamen id ita expressum, & declaratum est à Iustiniano in testamenti factione, non autem in donatione, vel alia alienatione. Et sanè, si voluisset Imperator id etiam in donatione, & alia quapiam alienatione locum sibi vindicare, æquum erat exprimere, sicut in testamenti factione expressum est: sic enim ait Imperator in d. l. pen. *Nemo ex lege, quam nuper promulgauimus in rebus, quæ parentibus acquiri non possunt, existimet aliquid esse innouandum & permissum fuisse filiisfam.* &c. *testamenta facere, nullo etenim modo hoc eis permittimus*, &c.

Lex autem à Iustiniano promulgata intelligitur, l. vlt. §. filiis, C. de bonis quæ liber. vbi dicit Imperator: *Filiis autem fam. in iis duntaxat casibus, in quibus vsusfructus apud parentes constitutus est, nec de eisdem rebus testari permittimus.*

Ex hac lege meritò quis existimare poterat, filio interdictam à contrario sensu non esse testamenti factionem in iis rebus, in quibus nullum ius patri acquiritur. Et ideo Iustinianus edidit illam l. pen. C. qui testam. facere

A poss. declarantem non esse hoc permissam esse filiisfam. testamenti factionem.

Quod si voluisset etiam, quantum ad alienationes, & obligationes antiquas leges obtinere, præsertim verò quoad donationes, vt nimirum filiifamil. absque patris consensu alienare, ac donare non possent, etiam ea bona, in quibus parentes nullum ius habent, æquum, vt dixi, erat id exprimere, quod cum expressum non fuerit, nobis sanè licebit ita legem priorem interpretari, nempe, l. vlt. §. filiis, ut inde colligamus de iis rebus, quæ parentum acquisitionem prorsus effugiunt, licere filiisfam. disponere, vel alienando, vel donando, vel obligando absque consensu parentum.

Confirmatur hæc interpretatio ex Nouella eiusdem Iustiniani, vt liceat matri, & auiæ, illis verbis: *Sancimus igitur licentiam esse matri, & auiæ, aliisque parentibus, postquam reliquerint filiis partem, quæ lege debetur, quod reliquum est suæ substantiæ*, &c. *filio vel filiæ*, &c. *donare, aut* B *etiam per vltimam relinquere voluntatem, sub hac definitione atque conditione, si voluerint, vt pater*, &c. *neque vsumfructum, neque aliquod penitus habeat participium.* Et paulò infrà: *Res autem ita relictas siue donatas, positis sub potestate personis, si quidem perfectæ sint ætatis, licet sub potestate sint, licentiam habeant, quò volunt modo, disponere.*

Respondet Alexand. verbum illud, *disponere*, accipiendum non ex vltima voluntate, sed inter viuos, hoc modo, vt filius disponere possit non testando, non donando causa mortis; sed inter viuos tantum.

Rectè, quantum ad testamentum faciendum, & conuenienter, l. pen. C. qui testam. fac. poss. sed non rectè, quantum ad donationem causa mortis; quia de ea Imperator nihil dixit in d. l. pen. Et illa æquiparatur donationi inter viuos, quantum ad hoc, vt interdicta sit filio absque consensu patris, l. filiusfam. §. pari autem ratione, ff. de donatio. Igitur si concedit Alexander, filiumfam. di- C sponere posse inter viuos absque consensu patris, potent etiam causa mortis donando pari ratione disponere, vt dictum est.

Illud porrò argumentum, quo dicebatur, eludi posse legem prohibentem filiisfam. testamenti factionem, si permittatur eis donare causa mortis, nihil prorsus valet; quia aliud est testari, aliud est donare causa mortis, & eodem pacto liceret argumentari perperam, concessum esse filiisfamil. vt donare mortis causa possint patre permittente; quia sic eluditur prohibitio testamenti faciendi etiam patre permittente. Quæ sanè argumentatio, sicut absurda est, ita nihili facienda videtur altera, quæ in hac adfertur disputatione, eodem enim vitio laborat.

CAPVT XXVI.

D *Vtrum filiusfam. donare possit ipsi patri consentienti causa mortis bona aduentitia.*

PEndet magna ex parte huius controuersiæ decisio ex præcedentibus. Nam si pro solennitate donationis patris consensus requireretur, sine dubio nõ liceret ei, ad propriam vtilitatem eum accommodare, l. 1. ff. de autoritat. tutor. atque ita responderunt Glos. in d. l. 1. in vers. *rem acquiras.* ff. de autor. tutor. Socinus in l. 1. §. fuit quæsitum, ff. ad Trebell. Couuar. ad rub. de Testam. in 3. parte, num. 7. Clarus in §. donatio, quæst. 46. vers. Quero etiam.

Sed quoniam verior mihi videtur eorum sententia, qui censuerunt patris consensum requiri propter præiudicium ipsius patris, vt suprà in capit. 24. conclusum est, sic etiam existimo longè probabiliorem eorum sententiam, qui responderunt donationem factam à filiofam. ipsi parenti valere. Neque enim obstare potest regula d. l. 1. ff. de autor. tutor. *In rem suam auctorem quempiam esse non posse.* Cum hic patris autoritas non requi-

ratur pro ſolennitate, ſed ratione præiudicij, quòd patri oriretur ex donatione filij, propter vſumfructum ſcilicet quem pater habet in bonis filij; Conſequenter nil proponi poſſe uidetur, cur donare non poſſit filius ipſi patri conſentienti; donare, inquam, non uſumfructum, quem pater iam habet, ſed proprietatem, quam non habet. Sic enim ratiocinari iuuat. Filius habet dominium & proprietatem rerum, ergo poteſt de ea diſponere, ſi quidem vſumfructum patris attingat, requiritur eius conſenſus, vt in l.vlt.§ filijs, C.de bonis, quæ lib. ne uidelicet patri in eo vſufructu fiat præiudicium. Si ergo velit ipſi patri donare filius proprietatem cauſa mortis conſentienti & acceptanti, cur ea donatio non ualebit? Nonne morte, firmantur donationes inter patrem & filium, l.donationes quas parentes, C.de donat. inter uirum & vxorem? Cur igitur & donatio mortis cauſa à filio facta non confirmabitur filij morte? Ita ſanè reſponderunt Alex. Iaſon Ripa, ad l.1.§.fuit quæſitum, ff ad Treb. Caſtren. in l. Se- B nium, C.qui teſtam. fac. poſſeſſ. & in l.tam is, §.1. ff. de donat. cau. mort. quibus ſubſcribo.

CAPVT XXVII.

An l.ſi pater puellæ, C.de inoffic. teſtam. ſit correcta ex l.quoniam in prioribus, eod. titu. quantum ad legitimam.


CVm legitima filijs debita nullum onus, nullũ grauamen recipiat, vt in l.quoniam in prioribus, C.de inoffic. teſtam. in controuerſiam venit, vtrum id, quod reſponſum eſt in l.ſi pater puellæ, C.eod.tit. nunc etiam obtinere debeat, an verò quantum ad legitimam filij correctum eſſe videatur. Et Accurſius, Barto. Bald. Caſtren. Iaſon, in Commentarijs d.l.ſi pater, exiſtimant, quoad legitimam locum non habere. Idem docet Alex. ad l.cum ex filio, ff. C de vulg. & in conſ.43. circa fin. lib.2.

Fundamentum eſt in verbis generalibus, l.quoniam in prioribus, C.eod ti. quibus omne grauamen reijcitur de legitima. ibi: *Ipſa conditio, vel dilatio, vel alia diſpoſitio moram, vel quodcunque onus introducẽs tollatur*, &c. & in l.Scimus, §.cum autem, C.eo. ibi: *Quia noſtra conſtitutio, quæ antea compoſita eſt, omnem dilationem, omnemq́ moram cenſuit eſſe ſubtrahendam, vt quarta pars pura, & mox reſtituatur*, &c.

Sed contrariam ſententiam habuit Dec. in conſi.456. col.3. poſt Ricardum Malumb. Fulgoſium, & alios, & nouiſſimus adductis aliorum autoritatibus, Simon Pretus, de interpretatione vltim. volunt lib.3. Dubitatione ſexta, ſolutione 2. num 9. iſti reſponderunt non eſſe correctam l.ſi pater puellæ, nec alias ſimiles leges, quibus querela olim inofficioſi teſtamenti denegabatur: non eſſe, inquam, correctas etiam quantum ad legitimam.

D Et iſtis ego planè aſſentior eo argumento, quo & ipſi vtuntur, nempe quod l.quoniam in prioribus, non loquatur, niſi eo in caſu, quo olim querela de inofficioſo competebat, vt ſcilicet teſtamentum minimè reſcindatur, ſed grauamen pro nullo habeatur. quare vbi olim de inofficioſo querela ceſſabat, ipſum grauamẽ valebit. Verba legis hæc ſunt: *Quoniam in prioribus ſanctionibus illud ſtatuimus, vt ſi quid minus legitima portione ijs derelictum ſit, qui ex antiquis legibus de inofficioſo teſtamento actionem mouere poterant, hoc repleatur, ne occaſione minoris quantitatis teſtamẽtum reſcindatur: hoc in præſenti addendum eſſe cenſemus, vt ſi conditionibus quibuſdam, vel dilationibus, aut aliqua diſpoſitione moram, vel modum, vel aliud grauamen introducente eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta eſſe videantur, ipſa conditio, vel dilatio, vel alia diſpoſitio moram, vel quodcunque onus introducens tollatur; & ita res procedat, quaſi nihil eorum teſtamento additum eſſet.*

Ex quibus verbis patet, Imperatorem hoc voluiſſe, vt A teſtamentum non reſcinderetur, ſiue minus legitima portione filijs relictum eſſet à parente, ſiue quantum ſufficit pro legitima portione, ſed tamen adiecta conditione, vel mora. Priore enim caſu ſtatuit, vt quod ad legitimam deeſt, repleatur. Poſteriore autem, vt conditio, mora & onus nullius ſint momenti. Quare ſi nullum prorſus periculum eſſet reſciſſionis teſtamenti, nec Conſtitutio loquitur, nec ratio eius locum habere poteſt. Sed nullum periculum erat teſtamenti rumpendi in ea ſpecie, de qua fit mentio in d l.ſi pater puellæ, vt patet ex ipſa lege: Ergo ad eum caſum, nec verba l.quoniam in prioribus, pertinere poſſunt; nec ratio illius locum habere poteſt.

CAPVT XXVIII.

Ad l.vlt. vlt. de leg. 2. annotationes, quibus, & quæ controuerſa ſunt, expediuntur.

B

CVm multa de fideicommiſſis dixerimus, prætereunda nobis non videtur l vlt. de leg.2. ſed potius illuſtranda aliquibus adnotationibus & interpretationibus, quibus, & quæ ſunt inter Doct. controuerſa, expedientur. Verba tex. hæc ſunt: *Maritus vxorem ex aſſe hæredem inſtituit, cuius poſt mortem codicillos aperiri teſtator præcepit: prædium hæreditarium vxor infructuoſum rationi ſuæ exiſtimans, vendidit, emptor quærit: an retractari hæc venditio poſſit poſt mortẽ mulieris ab his, quibus codicillis per fideicommiſſum hæreditas data deprehenderetur; an vero ſolum quantitas pretij ab hærede vxoris fidei commiſſario debeatur. Reſpondi propter iuſtam ignorantiam tam mulieris, quàm emptoris hæredem mulieris, vt fundus apud emptorem remaneat, fideicommiſſario pretium dare debere.*

Primo notandum eſt, non eſſe locum huic deciſioni, cum is, qui alienauit rem reſtitutioni ſubiectam, vel hæ- C res illius, ſoluendo non eſt; tunc enim in ſubſidium res alienata vindicari poteſt. argum. l.planè, 97. §. qui rogatus, de leg.1 Ita Iaſon, ad Auth. res quæ, nu.2. C.commu. de leg. Soc. iun. in conſ.137 num.5. lib.1.

Secundo notandum, illud Reſponſum locum habere in fideicommiſſo vniuerſali, ſcilicet de reſtituenda hæreditate; ſecus in particulari. ita Alexander poſt Imolam, in l.Marcellus, § res quæ, num.4 ff. ad Trebell. Sic enim tex. ille loquitur: Sed cum ratio legis poſita ſit in iuſta ignorantia tam hæredis, quàm emptoris, dicendum eſt, etiam in particulari fideicommiſſo idem iuris videri, ſi eadem ignorantiæ ratio ſubſit. Ita docet Paulus Caſtr. ad l. vlt.§. ſed quia noſtra, nu.4. C.commun. de leg. cui & ipſe conſentio.

Tertio, notandum textum, quem in manibus habemus, haudquaquam locum ſibi vindicare poſſe, vbi res reſtitutioni ſubiecta eſt purè, vel ad diem certum; tunc enim alienatio facta non valet, vt in l.vlt. §. ſed quia no- D ſtra. C.commun. de leg. & fideicom. & ideo in fideicommiſſo duntaxat conditionali, de quo loquitur, accipiendus erit. ita Paulus Caſtrenſ. in d.§. ſed quia noſtra, nume.4. Alexander in d.l.Marcellus, § res quæ, poſt nu.4. ff. ad Trebell.

Quarto, notandum textum hunc non procedere, cũ res reſtitutioni ſubiecta expreſsè alienari prohibita eſt, tunc enim alienatio facta non ualet, ſecundum Gloſ. communiter receptam, in l.cum pater, §. Libertis, de legat 2. ita Alexander in d.l.Marcellus, §. res quæ, num.4. Ripa ad l.filiusfam. §. Diui, nu.2. de leg.1. Rota Romana nouiſſimè in prima parte Deciſionum nouiſſimarum, deciſ. 21. 22.

Quinto, non procedit textus, vbi alienatio titulo lucratiuo facta eſt; loquitur enim ibi Iuriſconſultus de venditione facta. Ita Cumano. in l.quidam ita, § ſi quis cum filium, ff. ad Trebell. cuius meminit Alexan. in d.§. res quæ, num.6.

Sed non placet hæc ſententia, quia repugnat text. in d.§.

A d.§.si quis cum filium: ibi enim pretium serui manumissi debetur, etsi filius ignorasset Codicillos à patre factos, ne factum eius alteri damnum afferat; & tamen manumissio facta fuit sine pretio: & sic ex causa lucratiua potest dici facta alienatio, & nihilominus actio competit ad pretium. Denique etiam hoc in casu ratio ignorantiæ tam hæredis, quàm ei, cui donatur, locum habet.

Sextò, non procedit textus noster, nisi quando hæres, qui fideicommisso grauatus fuit, ignorantiam ipsius fideicommissi iustam & probabilem habuit facto testatoris, qui prohibuit Codicillos aperiri; secus si aliam ob causam ignorauerit, ita Cuman. in hunc locum adducta Baldi autoritate in Authen. res quæ, C. Commun. de legatis: sed vt rectè monet Alexand. in d. l. Marcellus, §. res quæ, num. 4. ff. ad Trebell. nec Baldus id dixit, nec vera est interpretatio ista; quia lex non est imposita verbis, sed rebus. l. 2. C. Commun. de legatis. Quare licet textus hic loquatur in ea specie, qua ignorantia hæredis circa fideicommissum ex facto testatoris prouenit, nihil tamen B proponitur, cur non idem sit iuris, quoties iusta & probabilis est ignorantia, licet ex alterius facto, quàm testatoris proueniat.

CAPVT XXIX.

De actione fideicommissario competente contra tertios possessores.

DIdici Placentiæ in excelso Iustitiæ Consilio arduam illam controuersiam de actione fideicommissario competente, aduersus tertios rerum restitutioni subiectarum possessores, facile componi posse distinctione hac adhibita. Aut enim alienatio facta est ab hærede onus fideicommissi ignorante, in eum, qui similiter ignorauit, & nulla competit actio aduersus possessorem; sed ad pretium hæres, qui alienauit, conueniri potest, l. vlt. §. vlt. C de leg. 2. de qua in capite præcedenti dictum est: Aut alienatio est facta ab hærede sciente, vel in eum, qui sciebat onus fideicommissi, atque adeò rem restitutioni subiectam; & tunc rei vindicatio competit fideicommissario, vt docet text. in l. vlt. § sin autem sub conditione, C. commun. de leg. illis verbis: *Sed in his omnibus casibus legatario quidem vel fideicõmissario omnis licentia pateat rem vindicare, & sibi assignare, nullo obstaculo ei a detentatoribus opponendo.*

Ita responderunt Baldus in consil. 4. lib. 4. Paulus Castrens. in consil. 94. in vltimo dubio, lib. 2. Aretinus in consil. 37. ad finem. Crauetta in consil. 61. num. 6. Angelus in consil. 263. Natta in consil. 400.

Qui hanc sententiá probant fortissimo hoc argumento. Tres actiones dantur pro rebus fideicommisso subiectis. Actio personalis ex testamento, hypothecaria, & rei vindicatio. Personalis hoc in casu competere nõ potest; illa enim contra hæredem competit, qui ex aditio- D ne hæreditatis videtur quasi contrahere cum legatarijs, & fideicommissarijs, §. hæres, in Instit. de oblig. quę quasi ex contractu, non autem contra singularem successorem, l. 1. §. si hæres, ff. ad Trebell. Hypothecaria competere non potest; quia illa non datur ad res fideicommisso subiectas, sed ad alias res defuncti, l. 1. C. Commun. de legatis. ibi: *Et insuper vtilem Seruianam, idest, hypothecariam super his, quæ fuerunt derelicta in res morientis præstare.* Ergo necesse est, vt rei vindicatio detur. Neque enim fideicommissaria hæreditatis petitio competere potest: quoniam illa datur ad instar petitionis hæreditatis, l. 1. & 2. ff. de fideicommiss. hęred. petit. Petitio autem hæreditatis non datur contra titulo possidentem, l. regulariter, ff. de petit. hæred. & fuse disserui in prima parte Controuersiarum, lib. 1. cap. 4.

Ex hoc infertur, agenti in hoc casu onus incumbere probandi, non simpliciter bona in bonis fuisse defuncti testatoris, vt Doctores loquuntur; sed in dominio fuisse A testatoris. Nam is, qui conuenitur, habet titulum & possessionem; quare si actor probet dumtaxat possessionem defuncti, & simul causam, quam habet ex fideicommisso, absoluetur reus. In pari enim causa melior est conditio possidentis, secundum Iuris Regulam.

Dices, is qui emit, siue causam habet ab hærede grauato, referre non potest quæstionem dominij, ex notatis per Glos. in l. cum res, C. de probation. Ergo non erit necesse dominium probare defuncti testatoris; quia id possessor negare non poterit. Respondeo, cum agitur actione in rem, eum qui ab aliquo causam habet, referre ei posse quæstionem dominij; atque adeo negare eum dominum fuisse, vt declarat post Glos. Bartol ad l. ita vt si fui, ff. commod. Alexander in consil. 92. num. 1. lib. 1. Crauetta in consil. 157. num. 5. Neguzantius de pignorib. 3. memb. 2. partis, num. 64.

CAPVT XXX.

B *Ad l. 1. de leg. 1.*



AIt Vlpianus: *Per omnia exæquata sunt legata fideicommissis.* Sed controuertitur quomodo verum sit, Vlpiani tempore legata exæquata fuisse fideicommissis, cum in multis different. Ecce legatæ rei dominium rectà via transit in legatarium, l. à Titio, ff de furt. Rei autem per fideicommissum relictæ non æquè, l. qui vsumfructum, ff. si vsusfruct. petat. Pro legatis actio in personam ordinaria competebat, §. hæres, in Instit. de oblig quæ ex quasi contr. Sed fideicommissa extra ordinem officio Iudicis implorato petebantur, l. pecuniæ, ff. de verb. signif. Legata non aliter valebant, quàm si testamento relicta essent, vel Codicillis testamento confirmatis: fideicõmissa verò etiam in Codicillis testamento non confirmatis relinquebantur, vt laté alias differentias explicans docet C Caius lib. 2. Institut. tit. 7. & Accursius ad d. l. 1. de leg. 1. Huc accedat quod Iustinianus se exæquasse ipsa legata, & fideicommissa profitetur, vt in §. sed non vsque, in Institut. de legat. ibi: *Necessarium duximus, omnia legata fideicommissis exæquare.* C. commun. de legat.

Accursius tres adfert solutiones, Prima consideranda esse tria tempora. Primum est vetustissimũ, duodecim tabularum, & eo tempore erant aliquæ differentiæ inter legata & fideicommissa. Secundum est Vlpiani tempus, quod mediæ Iurisprudentiæ appellat, & tunc exæquatio legatorum, & fideicommissorum facta est. Tertium est tempus Iustiniani, qui sententiam Vlpiani approbauit, & legata & fideicommissa exæquauit.

Secunda est solutio: Vlpianum fortè in ea sententia fuisse, quod legata exæquata essent fideicommissis, sed alios Iurisconsultos contrariam opinionem habuisse.

Tertia est solutio, aliquid detractum fuisse ex Vlpiani verbis à compilatoribus Pandectarum, quod propterea D hanc nouitatem inducit.

Priorem solutionem Bartolus, & alij communiter secuti sunt, in d. l. 1. Secundam verò ferè omnes reijciunt. Tertiam Alciatus probat, existimatque eam Vlpiani legem à Triboniano, & alijs emendatam fuisse, & addita illa verba: Per omnia exæquata sunt legata fideicommissis, vt legi Iustinianæ conformis esset. Quam ob causam Gregorius Haloander in Editione Norica inscriptionem, quam habet d. l. 1. nempe Vlpianus lib. 67. ad Edictum non apposuit. Id quod testatur, ac probat Eguinarius Baro in Commentarijs Instit. tit. de legatis, dicitque in exemplari Biturigum, inscriptionem d. l. ita cõceptam esse, vt loco Vlpiani substitutus fuerit Imperator. Quod risu excepit Iacob. Cuiacius lib. 8. Obseruat. cap. 4. Quemadmodum & Haloandri sententiam reprobat Antonius Augustinus lib. 3. Emendationum, cap. 9. paulò ante nu. 10. eam ob causam, quod in Pandectis Florentinis extet Inscriptio vulgata. Vlpianus lib. 67. ad Edictum. Suspicatur tamen Augustinus idem, quod Accursius, dum ait:

Arbitror

Arbitror tamen eius ſententia exceptiones, quas fortaſſe Vlpianus adſcripſerat Tribonianum diſcutere noluiſſe, ne contra Iuſtiniani conſtitutiones faceret.

Eandem ſententiam ferè habuit Duarenus lib. ſecundo Anniuerſar. Diſputat. cap. 9. putat enim, aliquid à Cõpilatoribus detractum eſſe ex Vlpiani lege. laudat exemplar, quod inſcriptionem habet Imperator Vlpiani loco; probat & Haloandri ſententiam inſcriptionem Vlpiani adimentis archetypo Florentino. poſthabito. Eidemque ſententiæ adſtipulatur Viglius in Commentarijs Inſtit. ad ti. de legatis, §. legatarijs.

Ioannes Coraſius lib. quinto Miſcellaneorum, ca. 17. putat ab Vlpiano exæquata eſſe legata fideicommiſſis, licet Iuſtinianus ſe exæquaſſe dicat, quòd ei ſolẽne ſit multa à veteribus Iuriſconſultis ordinata, & conſtituta ſibi adſcribere. Ego ſanè hanc ſententiam & ipſe probo, ut tam hanc rem Triboniano, & cæteris compilatoribus attribuendam, qui veterum Iuriſconſultorum Reſponſa non raro immutant, vt Iuſtiniani legibus appareant eſſe conformia. Nec aliud probabiliter magis adferri poteſt, niſi quis Ferdinando Vaſquio aſſentiri malit, lib. ſecundo de ſucceſſionum creatione, §. 17. num. 119. verſ. nona concluſio, exiſtimann legata exęquata eſſe fideicommiſſis, ſed non contra fideicommiſſa legatis, vt uidelicet quicquid iuris fideicommiſſis indultum eſt, id & ad legata producendum ſit, ſed non è contrario: qua tamen in re ſubſiſto.

Iacobus Cuiac. lib. 8. Obſeruat. c. 4. *Per omnia exæquata ſunt legata fideicommiſſi*, inquit, *in quarta deductione, & exæquata ſunt S. C. Pegaſiano; Ideoq; interdictum quorum legatorum, dabitur etiam hodie fideicommiſſorum nomine propter Falcidia retentionem, de qua cum Vlpianum eodem libro tractaſſe conſtet ex l. 1. ff. quor. legat. inde liquido apparet, eam l. 1. de leg. 1. pertinere ad Tractatum de leg. Falcidia.* Hactenus Cuiacius, cui non aſſentior.

CAPVT XXXI.

Pro legatis conſequendis ſitne executiue procedendum, an ordinariè.

ERrant, qui putant, pro legatis conſequendis proceſſum executiuum (ſic enim pragmatici loquuntur) inſtitui poſſe. In hanc enim ſententiam adducuntur ex lege perperam intellecta. Hæc eſt Nouella Iuſtiniani de hęredibus & Falcidia, §. illud, verba tex. hæc ſunt: *Illud quoque proſpeximus; ne tempus fiat longum in talibus quæſtionibus. Nullam enim talium quæſtionum, aut litium tranſcendere anni tempus ſancimus: neceſſitatem imponentes omnino intra annum poſt aditionem, & legata ſolui, & quæ à teſtatore ſunt relicta compleri ſecundum ſui naturam, & omnia agi, quæcunque prius adsximus. Initium autem anno damus, ſicut prius iam diximus ab admonitione ex iudiciali decreto facta. Anno enim per culpam hæredis tranſacto, tunc ille quidem cadet relictis: alij verò ad hæc venient, quos prius vocauimus.*

Accurſius in verbo; *Decreto, per quandam interlocutoriam*, inquit, *quæ præcipiat ei, vt ſoluat, vel per iudicem, vel per nuncium.* Hinc ſententia illa nata eſt: executiuum eſſe iudicium, ac proceſſum pro legatis conſequendis, vt uidere licet ex Angelo in Commentarijs illius loci. Alexand. ad l. vlt. nume. 13. C. de edicto Diui Adriani toll. & ibid. Iaſone, nume. 14. Socino ſeniore, in conſil. 103. lib. 3. Decio, ad l. in teſtamentis, num. 6. de regul. iur. vbi etiam Cagnol. num. 9. Alciato, ad l. pecuniæ verbum, §. actionis, de verb. ſig. Natta in conſ. 206. nu. 4. conſil. 626. num. 25.

Non rectè: quia hæc eſt ſententia Iuſtiniani, vt hæres incidat in pœnam priuationis relictorum, ſi poſt aditam hæreditatem annum integrum ceſſauerit in exæquẽda voluntatę defuncti; qui tamen annus non ab aditione numerabitur, ſed ab admonitione & conuentione iudicis, à quo tempore lis peragenda eſt intra annum, & eſt exceptio ad l. properandum, C. de iudicijs. Vide Iacobum Cuiacium in expoſitione dictæ Nouellæ, vbi id confirmat ex verbis Græcis, & ratione ſatis manifeſta. Quare negantibus executiuè procedi hoc in caſu poſſe, planè aſſentior. Ita Alexander ad l. ſi cum dotem, §. eo tempore, ff ſol. matrim. & in l. ait prætor, §. ſi iudex, nu. 5. ff. de re iud. Decius in l. vlt. num. 16. C. de edicto D. Adr. toll. Zucchar. ibid. nu. 694. Menochius de adipiſcen poſſeſ. remedio 4. nu. 693. & ſeq.

CAPVT XXXII.

Sitne legatum, an verò inter viuos donatio, cum quis in teſtamento donat aliquid præſenti & acceptanti.

TEſtator dixit, dono Titio centum, qui erat præſens & acceptauit; quæritur an ſit legatum: an verò inter viuos donatio. Legatum eſſe reſponderunt Ioannes Fabri, in §. legatum, in Inſtitu. de legat. Iacobus Niger ad Rubr. de leg. 1. num. 13. Socin. iun. ibid. num. 63. Franciſcus Caldas ad l. ſi curatorem habens, C. de in integrũ reſtitut. minor. in verbo, ſine curatore, num. 19. verſ. contrarium tamen, Mantica, qui & Nattam eiuſdem ſententiæ adfert, de coniect. vlt. volunt. lib. 8. ti. 1. poſt num. 36. verſ ſed aduertendum eſt.

Cæterùm, donationem eſſe inter viuos reſponderunt Angelus Aretinus in §. legatum, col. 1. in Inſtitu. de leg. Ioannes Crotus, in Rubr. de leg. 1. nu. 10. & ibid. Ludou. Aluarus, nu. 143. Crauetta, nu. 133. Fernan. Vaſquius de ſucceſſionum creatione & progreſſu, §. 23. num. 3. Menoch. qui & alios adducit, de præſumpt. lib. 4. in 2. par. præſumpt. 105. nu. 18. 19.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt; quia verba ſunt intelligenda ſecundum ſubiectam materiam, l. ſi vno, ff. locati. Subiecta autem materia eſt teſtamentum, cui magis congruit legatum & fideicommiſſ. quàm donatio inter viuos. Huc accedat, quod legatum nihil aliud eſt, quàm donatio, vt in §. legatum, in Inſtit. de leg. Nec obſtat præſentia & acceptatio: quia licet neceſſaria hæc non ſint, non repugnant tamen naturæ legati: cum & dictantibus teſtamentum, & teſtibus in teſtamento præſentibus legari poſſit, l. dictantibus, C. de teſtam. l. ſi quis ita ſcripſerit, ff. de reb. dub. §. legatarij, in Inſt. de teſtam. & potius dici debet donatio cauſa mortis, quæ etiam exigit præſentiam & conſenſum donatarij, l. inter mortis, ff. de mortis cau. donat. & legato æquiparantur, l. illud, ff. eo. ti. §. 1. in Inſtit. de donat.

Poſterioris autem ſententię fundamentum eſt, quia legatum non exigit præſentiam legatarij, cum abſenti & ignoranti poſſit relinqui, l. cum pater, §. ſurdo, de leg. 2. Donatio autem requirit conſenſum donatarij, l. abſenti, ff. de donat. l. in omnibus reb. ff. de act. & oblig. Cum ergo donatarius hic fuerit pręſens, & acceptauerit, videtur eſſe donatio inter viuos. Huc accedat, quòd verba propriè ſunt accipienda, l. non aliter, de leg. 3. & in potiori ac pleniori ſignificatu, l. in teſtamentis, de reg. iuris, c. ſi pater, de teſtam. lib. 6. Ergo verbum dono ita potius accipiendum eſt, vt donationem inter viuos ſignificet, quàm legatum; illa enim eſt plenior, & magis propria interpretatio. Et licet pręſentia illa & acceptatio non impediat legatum ex legibus allegatis in contrario argumento, nihil tamen hoc ad rem pertinet, quia leges allegatæ loquuntur, cum teſtator vſus eſt verbo (lego) quod ſui natura & proprietate non donationem, ſed legatum ſignificat.

Neque verò dubitari poſſe videtur, quin in teſtamento fieri poſſit donatio inter viuos, cum & contractus, & alia id genus celebrari queant, argum. l. hæredes palam,

§.vlt.ff.de testam.l.cum quis decedens,§.codicillis,de legat.3.l.1.§.assignare,iuncta l.assignare,ff.de assignand.libertis,& est communis sententia Doctorum, ut latè ad ductis autoritatibus ostendit Tiraq.de legib. connubia. lib. in verbo *Contractu.* Glo.5.nu.101.

Ego verò priorem sententiam verissimam esse iudico, & moueor hoc argumento, quod fortasse nouum alicui videbitur: quoniam in testamento fieri non possit talis inter viuos donatio,nec vllus alius actus siue cõtractus, qui ad testamentum non pertineat. Ad testamentum autem pertineret, si, exempli causa, quis diceret; si non ualet testamentum dono Titio hæredi meo bona mea inter viuos,aut simile aliquid testator inter viuos ordinaret, si non ualeret testamentum, ut declarat optimè Castrensis,in l.hæredes palam, §.vlt. ff.de Testamen. Cum enim hæc,quæ inter uiuos dicuntur, in testamento fieri non possint, vt probabo, sequitur dicendum, in proposita specie non donationem inter uiuos videri, sed potius legatum,quod in testamento proculdubio fieri potest.

Iam igitur id probo: *Vno contextu actionis testari oportet. Est autem vno contextu, nullum alienum actum testamento intermiscere*, verba sunt Iurisconsulti in l.hæredes palam, §.vlt. ff.de Testam. Idem habetur in l.eum antiquitas, C. de Testamentis, & alibi. Quamobrem Vlp. *Verba contraxerunt*, inquit, *gesserunt*, *non pertinent ad ius testandi.* l.verba, 20.de verb. signif. Ergo contractus inter viuos, qui à testamento alienus est, fieri non poterit.

Ad probandum autem fieri posse,adfertur primo tex. in d.l.hæredes palam,§.vlt.respondeo,nihil facere; verba hæc sunt: *Quod si aliquod pertinens ad testamentum faciat,testamentum non vitiatur.*

Nullum verbum hic de contractu,qui ad Testamentum non pertineat.

Secundo adfertur l.cum quis decedens, § Codicillis, de leg.3.Respondeo,nihil facit,uerba hæc sunt: *Maximo domino meo denaria decies quinquies mille, quæ accepi in depositum a patruo eius Iulio Maximo, vt ei viro facto, vel adulto reddam cum vsuris, quæ sunt triginta millia ei dari volo,ita enim patri suo iuraui.*

Nullus hic est contractus inter viuos,sed Codicillum facientis confessio & ordinatio,vt soluatur,quod promissum ab eo est,quod non repugnat testamento,vel Codicillo,immò maximè conuenit.

Tertio adfertur l.assignare, ff.de assignand. liber.quæ nihil ad rem facit,vt notauit Paul.Castrens. in d.l.hæredes palam,§.vlt.ff.de Testam.quia libertorum assignatio etiam in testam.fieri potest,l.1.§ assignari,ff eod ti.quod autem contractus in testam.fieri possint, nulla lege potest demonstrari.

Dices, etsi testamentum vno contextu fieri debeat, ac proinde nullus contractus alienus misceri debeat; si tamen misceatur, non uitiabitur, sed potius testamentum non valebit, & consequenter, quod ad rem propositam attinet, valebit inter viuos donatio, licet fortasse testamentum non sit validum. Respondeo,hinc sequi,donationem non esse interpretandam in dubio, sed potius legatum; quia si legatum sit, valebit utrunque, & testamẽtum scilicet, & legatum. Quoties enim ambigua est oratio, commodissimum est id accipere,quo res, de qua agitur,magis valeat,quàm pereat,l.quoties,13.ff.de reb. dub.l.quoties,ff.de uerb.oblig.Contractum in testamento fieri posse,vult Duarenus,ad ti. de testamentis,c.de testam.nuncup.ex l.26.ff.de pig.act. quæ non obstat: quia accipienda est secundum l.casus, ff.de alim. & cibar. leg. Præterea, de hypotheca loquitur quæ nudo pacto contrahitur, & ideo contractus non est, Adducit etiam l.si auia,C.de iure delib.quæ non loquitur de contractu, sed de aditione hæreditatis.

A

CAPVT XXXIII.

De legato à debitore relicto creditori, an compensandum sit cum debito, vbi discutitur illa communis distinctio, vtrum ex causa necessaria, an voluntaria debitum procedat.

Communis est distinctio, si debitum ex causa voluntaria originem habeat,non compensari cum legato,nisi voluntas testatoris compensare uolentis ostendatur euidẽter, l.creditorem,87.de leg.2.l.creditor, C.de leg.l.si compensandi,C.de hæred.instit. Cæterum, si descendat ex causa necessaria, compẽsari,l.si cum dotem, §.si pater, ff.sol.matr.l.huiusmodi,§.cum pater,de leg.1. l.Titia cũ testamento,§.quia inuita,de leg.2.Auth.Præterea,C.vn de vir.l.omnimodo, §.imputari, l.quoniam Nouella, C.
B de inoff testam.vide interpretes in hæc loca. Couuar.in c.officij,de testam. Manticam de coniect.vlt.volunt.lib. 10.ti.2.nouissime Menoch. de præsumpt. lib.4. in 2.par. præsumpt.109.

Sed vereor,vt uera sit hæc distinctio, magisque assentior Francisco Duareno in commentariis d.l.si cum dotem,§.si pater,ff.sol.matr.asseueranti absque ratione excogitatam esse; & Corasio lib.3.Miscellaneor. c.1. dubiã sibi videri dicenti. Videbamus. Dotis debitum ex causa necessaria oriri docent,& rectè: Pater enim dotem tenetur dare filiæ suæ,l.vlt.C.de dotis promissio. Si ergo à patre legetur aliquid,compensabitur cum dote; quia,vt sic statuamus,cogit distinctio. At contra oppono,l.si pater, ff.de collat.dotis. Pomponius: *Si pater pro filia dotem promiserit, deinde exhæredata, vel etiam emancipata & præterita legatum dederit, habebit filia etiam dotem præcipuã & legatum.*

At ibi dicunt, propter iniuriam exhæredationis, vel
C præteritionis legatum non compensatur: Sed quæ est ratio? nonne legatum potest esse magnum & legitimam exuperans, quo casu illo tempore nõ erat querelæ locus? At legatum (inquiunt) erat in specie, dos in quantitate: Quis reuelauit hoc arcanum? At ibi dos promissa fuerat genero: Legatum autem relictum filiæ. Nugæ; immò etsi ita sit,fit compensatio,l.huiusmodi, §.cum pater, de leg.1.*Cum pater pro filia sua dotis nomine centum promisisset: deinde eidem centum eadem legasset, doli mali exceptione hæres tutus erit*,&c. Vides ibi dotem pro filia promissam,sine dubio genero. At ibi agitur de collatione facienda, vel non, quid hoc est? Sufficit filiam utrumque potuisse consequi,& dotem & legatum.

Quid igitur dicemus; an rem ita relinquemus indecisam,quasi non liqueat? Sic sanè reliquit Iurisc. celeberrimus,nostra tempestate; nec enim,si distinctioni hæreamus supradictæ, hunc scopulum facilè uitabimus. Ego non relinquo,sed ab hac distinctione recedo,primus for
D sitan à Duareno & Corasio, & aio Pomponium loqui, cum in legato dotis causa adiecta non est. Declaro. Cum pater dotem promisit; deinde dotis causa legauit, fit cõpensatio,l.huiusmodi,§.cum pater,de leg 1. ibi: *Eidem centum eadem legasset.* in l.Titia,cum testamento, §.qui inuita,de leg.2.ibi: *Et ab eo fideicommissum filia dotis nomine reliquit.* Cum uero dotis debitor parens dotis nomine non reliquit,sed simpliciter,non fit cõpensatio. Pomponius in d.l.si pater,vnde habes? ex l.vnica, §.sciendũ, C.de rei vxor.act.ibi: *Nisi specialiter pro dote ea maritus ei dereliquit, cum manifestissimum sit testatorem, qui non hoc addidit, voluisse vtrumque cõsequi.* Iacobus Cuiacius lib.3.Obseruat.cap.16.ad finem(ne me putet quis solum esse) *De patre vero*, inquit, *qui non illud adiecerit, se dotis nomine legare, nunc videndum est: & putem vtrumque tunc filiam consequi posse. sicut à patre pro filia dote promissa, & filia relicto legato traditum est, in l.si pater, ff.de collat. dotis.* Hactenus Cuiacius.

Quod verò in legitima filij constitutum est, vt imputetur

tentur in eam legata, donationes,&c.l.quoniam Nouella,l.omnimodo,§.imputari, C.de inoffic.teſtamen. ſuam habet rationem; quia uidelicet, cum filius ex ſubſtantia patris debitam habet portionem, non eſt locus querelæ de inofficioſo, l.Papinianus, §.ſi quis mortis, & §.quoniam, ff.eod.titu. Hodie titulo institutionis habere debet, vt in §.aliud quoque, in Authen.vt cum de appellat. cognoſc. A

Et cum mulier, quæ abſque dote nupſit, legatum habet, quo ſuam ſubleuare inopiam poſſit, cur non illud in portionem ei lege delatam imputaretur, cum ad inopiã ipſam ſubleuandam delata ſit portio, vt in d.Auth. Præterea, C.vnde vir & vxor. & ex Nouella vnde ſumitur, intelligi poteſt, & iam ex legato ſubleuari aliqua ex parte queat?

Porrò illud argumentum, quod ſumunt ex l.quod autem, ff.de iure dotium, ad probandum non eſſe neceſſarium in hac ſpecie mentionem fieri nominis dotis, planè nihil ualet. Ait textus: *Quod autem in ſtipulatione non eſt neceſſaria dotis adiectio, etiam in donatione tantundem dicimus.* B Senſus eſt: Si uir dicat ſe accepiſſe ab vxore, vel contra uxor à viro certam pecuniæ quantitatem, quã promittit reſtituere, neceſſariam non eſſe dotis mentionem, vel donationis propter nuptias. Quid hoc, quæſo, cum re, qua de agitur, commune habet?

CAPVT XXXIV.

Quid dicendum, ſi legatum conſiſtat in ſpecie, & debitum neceſſarium in quantitate, retenta ſpecie, de qua in capite præcedenti.

EXiſtimat Bartolus in l.huiuſmodi, §.cum pater, de leg.1. Si legatum conſiſtat in ſpecie, & debita dos in quantitate, non eſſe locum compẽſationi, autoritate l.ſi pater pro filia, ff.de collatio. dotis. C Eandem ſententiam ſecuti ſunt ibidem Bald. Caſtrenſ. Comenſ. Alexand. & alij, quos refert, ſed non ſequitur Menoch. de præſumpt.lib.4.in ſecunda parte, præſumpt.109.num.16. verſ.Reſpondet primò.& Mantica de coniect.vltim.volunt.lib.10.titu.2.num.8.& num.37.verſ.Cæterum. Sed contrarium docuit Socin. alijs adductis in tract. Regul. Reg.282.ſequitur Menoch. loco proximè citato, nu.31. & num.37.iſti docent etiam hoc in caſu locum eſſe compenſationi, autoritate communis diſtinctionis, quæ docet legatum cenſeri animo compenſandi cum debito neceſſario relictum; nec diſtinguit quantitatem à ſpecie.

Ego neque priori, neque poſteriori ſententiæ aſſentior: Non poſteriori; quia communis illa diſtinctio in re non probatur, vt iam in præcedenti capite demonſtrauimus. Non priori, quoniam, quæ adfertur lex, id non dicit. Sed vera ratio illius legis eſt, quia non fuit legatum factum nomine dotis. D Ita enim noſtris legibus conuenienter loquimur, cum dicimus, legatum nõ videri animo compenſandi factum cum dote, quoties nulla mentio dotis eſt facta, l.vnica, §.ſciendum, C.de rei vxor.act. Videri autem animo compenſandi factum, cum mentionem dotis continet, quia non eſt uerisimile teſtatorem duplici præſtatione onerare hæredem uoluiſſe ex eadem cauſa, vt in l.Titia cum teſtamẽto, §.qui inuita, de leg.2. Duplex autem præſtatio futura eſt, ſi dotem promiſſam à defuncto hæres ſoluat, & ſimul dotem legatam; niſi probet filia hoc animo teſtatorem fuiſſe, vt duplicaret ei legatum, l.cum pater, ff.de iure dotium. Vlpianus: *Cum pater dotem pro filia promittit, & dotem legat, ſiquidem marito legauit, videndum eſt, an legatum valeat: & non puto valere; Nam cum creditori debitor legat id, quod debet, nullum legatum eſt. Quod ſi filiæ legauit, valet legatum: Dos enim ex promiſſione marito debetur, & legatum filiæ. Et ſiquidem hoc animo teſtatorem eſſe filia oſtenderit, vt duplicaret ei legatum, habebit vtrumque, & dotem, quam maritus conſecutus fuerit, & legatum ex cauſa legati,* &c.

Hæc eſt ſolida doctrina ex iuris fontibus hauſta, non ex riuulis Commentariorum. Non ignoro Couuar. in c.officij, num.2. verſ.in ſecundo, de teſtamen. adferre pro ſententia priori textum in l.3. §.Mulier, ff. de dote præleg. Sed ibi non fit compenſatio; quia maritus uxori legauit fundum diuerſum ab eo, quem dotis nomine receperat; & præterea fundum ipſum, quem pro dote acceperat. ex quo manifeſtum eſt eum voluiſſe, vt vxor utrumque haberet. Adducit etiam l.planè. §.ſed ſi non corpus, de leg.1. quæ non facit ad rem, & regulam vulgarem: de ſpecie ad quantitatem non fit compenſatio. Quæ ad hoc propoſitum non pertinet, quæ compenſatio propriè non eſt, ſed potius imputatio, cum ſcilicet dicimus in cauſam debiti legatum imputari, vt declarat Corneus in conſi.257.col.penul. lib.primo, Hieronym. Gabrielius conſi.16.num.31.lib.primo. Et ideo, cum pecunia omnes res æſtimari poſſint, l.ſecunda, C. de conſtit. pecun. nihil prohibet, quo minus fundus, vel alia res legata imputari poſſit in cauſam debiti, ſi aliud non impediat.

CAPVT XXXV.

Legatum an videri poſſit animo compenſandi relictum à debitore creditori, cum dixit debitor, ſe legare ex proprijs bonis.

BOna dicuntur, quæ deducto ære alieno ſuperſunt, l.ſubſignatum, §.bona, ff.de verborum ſignif. l.Mulier, ff.de iure dot. Ergo, ſi quis debitor ex bonis ſuis creditori legauerit non animo compenſandi cum debito, legaſſe videtur; quia intelligitur voluiſſe, vt deducto eo, quòd deberet, etiam legatum præſtaretur ex ſuis bonis creditori. Ita Baldus in l.ſi cum dotem, §.ſi pater, ff.ſolu.matrim.& ibidem Iaſ.num.26. Iacobus Menoch. qui alios citat de præſumpt.lib.4.in ſecunda par.præſumpt.109.num.6.

Sed contrariam ſententiam habuit Decius in Auth. Præterea, nume.12. verſ.quartò limitatur, C.vnde vir & vxor.& alij, quos refert & ſequitur Couuar. in cap. Officij, nume.7.de teſtam. Quia cum à teſtatore bonorum fit mentio, illa accipiuntur pro hæreditate, l.nam quod, l.cogi, ff.ad Trebel. & aliàs legata ſunt ex bonis defuncti deducto ære alieno præſtanda. Quare hoc in caſu id exprimitur, quod tacitè ineſt, vnde nihil operatur ſecundum regulas vulgatas.

Ego poſteriorem hanc ſententiam ſequor, & differentiam conſtituo; vtrum quis bona ſua relinquat, an uero aliquid ex bonis ſuis leget, vel præſtari mandet. Priore caſu bona intelliguntur deducto ære alieno, atque ita loquuntur leges allegatæ; ſed cum aliquid ex bonis legatur, non eſt illa interpretatio adhibenda, vt prius deducatur æs alienum teſtatoris, quia non eſt neceſſe. Tunc neceſſe eſt, cum bona relinquuntur in ratione bonorum ponenda; tantum enim in bonis habere dicitur, quantum nobis deducto ære alieno ſupereſt. Sed cum aliquid ex bonis ſuis præſtari quis mandat, non eſt neceſſaria æris alieni excuſſio: ſed perinde eſt, ac ſi diceret, ex ſubſtantia mea, ex rebus meis, ex hæreditate, patrimonio, præſtari volo. Si æs alienum exhauriret omnia, tunc legatum non eſſet præſtandum: ſed ſi hoc non adſit impedimentum, legatum præſtabitur, & compenſabitur, vel non compenſabitur cum debito, ſecundum alias voluntatis coniecturas, & iuris regulas. Ita ſentio ſaluo meliori iudicio.

C A-

CAPVT XXXVI.

Legatum viro relictum ab vxore, an ſit cum lucro dotis, quod ex ſtatuto defertur, vxore ipſa præmoriente, compenſandum.


X eo principio, quod iam refutauimus ſupra hoc eodem lib. c. 33. effluxit quàm plurimorum ſententia; legatum ab uxore viro relictum, compenſandum eſſe cum lucro ex forma ſtatuti delato, præmoriente uxore quaſi videatur lucrum illud eſſe ad inſtar debiti cuiuſdã neceſſarij, vt uidere licet ex Mantica de coniect. vltim. volunt. lib. 10. ti. 2. num 7. Menochio de præſumpt. lib. 4. in 2. parte. præſumpt. 109. num. 35. à qua tamen ſententia aliqui diſceſſerunt ab ijs relati, quos ſequor, eo libentius ac procliuius, quòd de legato coniugum compenſando doctrina eſt præclara Iuſtiniani, in l. vnica, §. ſciendum, C. de rei vxor. act. *Sciendum*, inquit, *itaque eſt, dictum Prætoris, quod de alterutro introductum eſt, in ex ſtipulatu actione ceſſare, ita vt vxor & à marito relicta accipiat, & dotem, niſi ſpecialiter pro dote ei maritus ea dereliquit, cum manifeſtiſſimum ſit, teſtatorem, qui non hoc addidit, voluiſſe vtrumque conſequi.* Ego ita diſtinguo in hac ſpecie, ut ſi non pro dotis lucro reliquerit uxor marito, tunc & legatum maritus recipiat, & lucrum conſequatur. Si pro dotis lucro reliquerit, alterutro debeat eſſe contentus.

CAPVT XXXVII.

Si legetur feudum alicui, vtrum hæres ad æſtimationem præſtandam legatario teneatur?


Nter omnes conſtat dè feudo neminem teſtari poſſe, c. 1. de ſucceſs. feudi. ibi: *Nulla ordinatione defuncti in feudo manente, vel valẽte.* Conſequenter legari teſtamento non poteſt, c. 1. §. donare, qualiter olim feudum alien. pot. Sed cõtrouerſia eſt, ſi legetur, an hæres ſaltem ad æſtimationẽ teneatur; & non teneri, reſponderunt Baldus in d. §. donare, num. 3. Aretinus in l. apud Iulianum, §. conſtat, de leg. 1. Alexander in conſi. 19. nume. 2. lib. 6. Curtius iun. in tract. feud. in 4. par. penult. quæſtio. num. 126. Socinus iunior in conſil. 74. nume. 19. lib. primo, Natta in conſil. 502. num. 33. Purpuratus in conſi. 101. num. 6. lib. 1. alios citat Menoch. de præſumpt. lib. 4. in ſecunda parte, præſumpt. 119. num. 6.

Argumenta hęc ſunt: Legatum rei feudalis non ualet, ergo nec eius debetur æſtimatio, l. apud Iulianum, 41. §. conſtat, de leg. 1.

Secundum argumentum: ius quod teſtator habet in feudo, morte eius extinguitur: aut enim feudum tranſit ad alios, quibus eſt conceſſum in inueſtitura, aut ad Dominum reuertitur. Cum autem quis legat rem, in qua ius habet, quod morte eius extinguitur, legatum eſt inutile, vt de eo, qui vſumfructum habet, qui morte finitur, reſponſum eſt, in l. quod in rerum, §. 1. de leg. 1. Si legatũ eſt inutile, ergo æſtimatio non debetur.

Contrarium reſponderunt Io. Faber, in §. non ſolum, in Inſtit. de leg. Bal. ſibi contrarius, in c. 1. num. 3. de ſucceſſ. feud. Curt. iun. ſibi contrarius, in conſi. 30. num. 5. & quidam alij, quos refert & ſequitur Mantica de coniect. vlt. volun. lib. 9. ti. 11. nu. 8. isti docuerunt æſtimationem deberi legatario, ſi teſtator rem legatã feudalem eſſe non ignorauerit. Et fundamentum eſt in l. cum alienam, C. de leg. vbi diſtinguitur inter teſtatorem ſciẽtem & ignorantem. Ad contraria argumenta reſpondent, legatum rei feudalis non ualere, quãtum attinet ad præiudicium eorum, qui ad feudum vocantur, non autem quantum ad hæredis præiudicium. Sic dicimus fundum dotalem

A alienari non poſſe, nec fundum minoris, nec res reſtitutioni ſubiectas: & tamen in his legatum ualet, quantum ad æſtimationem, l. cum pater, §. cum pater, de legat. 2. & notatur in l. apud Iulianum, §. conſtat, de legat. 1. *Conſtat* (inquit tex.) *res alienas legari poſſe, etiamſi difficilis earũ paratio ſit.* Quod vero dicebatur, legatum eſſe inutile, cum quis rem legauerit, in qua ius habet morte periturum, id locum non habere reſpondent, vbi teſtator ſcierit ius extinctum iri; quia tunc ſaltem æſtimatio debebitur, argum. d. l. cum alienam, ita Cuman. in d. l. quod in rerum, §. 1. de leg. 1.

Ego in hac difficultate dico tria; Primum, non videri mihi idoneam interpretationem, quę adfertur ad l. quod in rerum, §. 1. de leg. 1. vt nimirum in ea ſpecie debeatur æſtimatio, ſi teſtator non ignorauerit ius ſuum morte extinctum iri. Verba tex. hæc ſunt: *Si vſumfructũ habeam, eumq; legauerim, niſi poſtea proprietatem eius nactus ſim, inutile legatum eſt.* Si teſtator ipſemet vſumfructum

B habebat, proculdubio non ignorabat, morte finitum iri, & tamen dicit tex. *inutile legatum eſt.* Idem dicit tex. in l. vxor patrui, C. de leg.

Secundo dico, non uideri mihi ſolidum illud argumẽtum, quod ſumitur ex l. apud Iulianum, § conſtat, de legat. 1. ad probandum legatum non valere etiam quantũ ad æſtimationẽ, cum res legata alienari non poteſt; quia non ita ſimpliciter ille tex. loquitur, ſed hoc modo: *Si vero*, inquit, *Saluſtianos hortos, qui ſunt Auguſti, vel fundũ Albanum, qui principalibus vſibus deſeruit, legauerit quis, furioſi eſt talia legata teſtamento adſcribere. Item Campum Martium, aut forum Romanum, aut ædem ſacram legari non poſſe conſtat. Sed & ea prædia Cæſaris, quæ in formam patrimonii redacta ſub procuratore patrimonii ſunt, ſi legentur, nec æſtimatio eorum debet præſtari; quoniam commercium eorum, niſi iuſſu Principis non eſt, cum diſtrahi non ſoleant.*

Vides, ut puto, quantum hæc à rebus feudalibus di-

C ſtent, quæ, vt omnibus palam eſt, quotidie diſtrahuntur? Ergò non eſt ſolidum, vt dixi, argumentum ex d. §. conſtat.

Tertiò, quod attinet ad principalem quæſtionem, dico, me non ignorare Regulas generales, quibus docemur eam in dubio interpretationem accipiendam, qua res ualeat potius, quàm pereat, l. quoties, ff. de rebus dub. & æſtimationem regulariter deberi rei alienæ à teſtatore ſciente relictæ, & eandem æſtimationem deberi, licet talis ſit res, quam legatarius capere non poſſit, vt in l. ſed ſi res aliena, de leg. 1. & in l. filiusfam. §. ſi quid, ff. eodem. Tamen iſtis omnibus inſuper habitis, exiſtimo non valere legatum, etiam quoad æſtimationem, & hoc ex eo argumento, quod in feudo non valeat ordinatio defuncti. Nam ſi non ualet, vt habet textus in argumento prioris ſententiæ citatus, ſequitur, ut non debeatur æſtimatio: Sic enim ualeret, ſaltem quoad æſtimationem. Sed quod non ualet, inutile reputatur, & nullum producere

D poteſt effectum; aut proferatur legis alicuius teſtimoniũ quo legatum ſit inutile, & tamen ualeat, quoad æſtimationem. Nulla ſanè proferri poteſt; quia uidetur implicare contradictionem, legatum non ualere, inutile eſſe, & ualere, & utile eſſe, quantum ad hoc, ut æſtimatio debeatur, quid enim eſt aliud rei æſtimatio effectu, quàm quodammodo res ipſa?

CAPVT XXXVIII.

Vtrum legatum rei alienæ iure Canonico valeat.


Cribit in hæc verba Greg. Pont. Max. in ti. de Teſtamẽtis. ad Epiſcopum Meſalinum: *Filius noſter Fauſtinus conqueſtus eſt, quod quondam Peltraſius pater ſuus aliqua Eccleſia noſtra ſepulcura ſua gratia iuris alieni reliquit. Et quidem leges ſeculi hoc habent, ut hæres ad ſoluendum*

dum cogatur, ſi autor eius rem legauerit alienam Sed quia lege Dei,non autem huius ſeculi viu mus,valde mihi videtur iniuſtum, vt res tibi legata, quæ cuiuſdam Eccleſiæ eſſe perhibentur, à te teneantur, qui aliena reſtituere debuiſti.

Huius tex. autoritate legatum rei alienæ iure Canonico non valere,docuerunt Panorm.ibi,& in c.cum eſſes, eo.ti. Gloſ. Alexand. Iaſon & Sichard. in l.cum alienam, C.de legatis.

Sed quoniam Greg.loquitur de eo,qui legauit rē alienam,quæ alicuius Eccleſiæ erat, idcirco autoritate eiuſdem tex.alij docent legatum rei alienæ, quæ ſit Eccleſiæ alicuius,iure Canonico non valere. Ita Inno.Ant.But. Anch.& Imola,in d.c.filius. Ratio eſt: quia res Eccleſiæ alienari non poſſunt, niſi adhibitis ſolennitatibus,à iure requiſitis,iuxta c.ſine exceptione, 12.q.2. & quoties non poteſt niſi cum difficultate res alienari,tunc rei alienæ legatum eſt inutile, etiam iure Ciuili, l.apud Iulianum,§. conſtat,de leg.1.

Alij ex hoc textu Gregorij vnum illud argumentum ſumunt,rem alienam inuito domino ſub prætextu legati detineri non poſſe, ſed reſtituendam eſſe domino, licet legatarius petere poſſit æſtimationem eius ab hærede.Ita Glo.in eundem locum,& Andreas Siculus, Salyc. & Caſtrenſ.in d.l.cum alienam, C. de legat. Corneus in conſ.32.lib.1.

Denique Couuar.in Commentariis d.c.filius,& Frāc. Mantica de coniect.vlt. volunt.lib.9.ti.10. nihil iure Canonico circa legatum rei alienæ immutatum eſſe docuerunt,præterquam in ea ſpecie, de qua loquitur Greg. cū videlicet Eccleſiæ teſtator legauit rem alterius Eccleſiæ ſepulturæ ſuæ gratia, & filios hęredes inſtituit, quibus non admodum amplum patrimonium reliquerat; tunc enim nec res legata debetur,nec eius æſtimatio. Hæc ſententia uidetur mihi cęteris probabilior, quod vt planū faciam,integram epiſt. Gregor. hic adſcribam. ea reperitur lib.7.Epiſt.ad Epiſcopū Meſalinum his verbis cōſcripta: *Filius noſter Fauſtinus vir eloquentiſſimus ad nos veniēs, queſtus nobis eſt, quod pater eius quondam Petraſius aliqua veſtra Eccleſia ſepultura ſua gratia iuris alieni reliquerit. Et quidem quid de hac re ſeculi leges habeant, & ipſe noſti, & nos audiuimus; quia heres ad ſoluendum cogitur, ſi autor eius vel aliena legauerit. Sed quia fraternitatem veſtram lege Dei, nō autem legibus ſeculi nouimus viuere,valde mihi iniuſtum videtur,vt calix electrinus & puer qui cuiuſdam Eccleſiæ in poſſeſſione eius poſita Diæceſeos Conſentina Eccleſia eſſe perhibetur, à tua fraternitate teneatur. Cum enim & vir Reuerendiſſ. Palumbus Epiſcopus, tunc vero Archidiaconus ita fuiſſe teſtatus eſt, vos omnino eius fidei credere,& aliena reſtituere debuiſtis. Tabulam vero auream, quam prædictus uir moriens pariter reliquit,conſiderare, ut arbitror, debuiſti, quæ eſſet ſumma eius ſubſtantiæ; ſi quid eſſet vnde hi,quos reliquerat,ſuſtentari debuiſſent,& tunc pro ſepultura eius accipere, quamuis noſtrum inſtitutum noueris, nos illicitam antiquam conſuetudinem a noſtra Eccleſia omnino uetuiſſe, nec cuiquam aſſenſum præbere, ut loca humani corporis precio poſſint adipiſci.* Hactenus epiſt. Gregorij.

CAPVT XXXIX.

Legata ab inſtituto relicta nominatim an à ſubſtituto repetita cenſeantur.

LEgata nominatim ab inſtituto relicta nō uideri à ſubſtituto repetita, docuerunt magis communiter Doct.teſte Menochio,qui refert nominatim autores lib.4.de præſumpt. in 2.par.præſumpt.108. nu.24. addo Mant. de coniect. vlt.volun.lib.8.n.2.nu.15.Repugnantes ſunt Cum.& Caſtren.ad l.licet.de leg.1 & Alc.de prēſum.regu.2. præſumpt.35. quibus me ſocium lubens adſcribo. referam prius vtriuſque ſententiæ argumenta, tum, cur

A magis probem pauciorum ſententiam paucis declarabo.

Argumentum communis ſententię primum eſt ex l.ſi plures, de leg.3. Paulus: *Si plures gradus ſint hæredum, & ſcriptum ſit,hæres meus dato: ad omnes gradus hic ſermo pertinet. ſicuti hæc uerba: quiſquis mihi hæres erit. Itaque, ſi quis uelit non omnes hæredes legatorum præſtatione onerare, ſed aliquos ex his: nominatim damnare debet.*

Secundum ex l.Celſus,§.quod alicuius,de leg.ſecūdo. *Quod alicuius hæredis nominatim fidei committitur, poteſt videri ita demum dari noluiſſe, ſi ille extitiſſet hæres.* Hactenus Iuriſconſultus.

Tertium eſt ex l.1.§.id quod ex ſubſtitutione,ff.ad legem Falcid. in illis verbis: *Sed ea, quæ ab eo legata ſunt, ſi omiſerit hæreditatem, non augebuntur, ſcilicet ſi ab eo nominatim data ſunt, non quiſquis mihi hæres erit.*

Quartum eſt ex l.1.C.ſi omiſſa ſit cauſa teſtamenti,ſed non uideo, quo modo faciat ad rem. Poſtremum eſt ex eo,quod cum nominatim legatur, onus perſonæ duntaxat, non etiam hæreditati videtur adiectum, arg. l.nonnunquam,ff.ad Trebel.

B Contrariæ ſententiæ argumenta ſunt hęc. Primum, quia certum eſt legata ab inſtituto relicta videri à ſubſtituto repetita,l.licet,de leg.1.ergo etiam repetita videntur cum nominatim relicta ſunt ab inſtituto; quia ſi, verbi gratia, vnus tantum ſit inſtitutus, & ab inſtituto legatū relinquatur, eſt perinde, ac ſi nominatim relicta eſſent, arg.l.2.ff.de lib.& poſtum.& tamen repetita à ſubſtituto etiam hoc in caſu cenſentur. Confirmari poteſt argumētum; quia nominatim legatum accipiendum eſt, quod à quo legatum ſit, intelligitur, licet nomen pronunciatum non ſit, l.nominatim, de leg.3.

Secundum eſt ex l.non iuſtam, C. ad Trebellian. vbi auia teſtatoris ex parte hęres ſcripta, rogata erat hæreditatem reſtituere,& tex. dicit deberi etiam à ſubſtitutis fideicommiſſum,licet aliter inducat Paul.Caſtr.

C Tertium eſt ex l.1.§.id quod ex ſubſtitutione, ff.ad legem Falc.perpendendo illud verbum, *non augebuntur legata*,ex quo ſignificatur,ſaltem deberi à ſubſtituto,quod nominatim relictum erat à cohęrede.

Poſtremum argumentum eſt; quia ſi teſtator nominatim onere legati grauauit inſtitutum,quem magis dilexit, multo magis cenſetur voluiſſe grauare ſubſtitutū, quem minus dilexit.argum.l. Publius, §.1. ff. de condit. & demonſtr.

Iam cur repudiata communiori ſententia in aliam deſcenderim, illud argumentum effecit, quod in ea ſpecie, de qua tex.loquitur in l.non iuſtam, C.ad Trebellia. erat fideicommiſſum relictum nominatim, & tamen etiam ſubſtitutum tacitè rogatum videri pronunciatur ex generali Reſcripto Imperatoris Antonini,quo declaratum eſt. legata ſeu fideicommiſſa etiam à ſubſtituto repetita videri; à quo quidem Reſcripto, cum diſcedendum eſſe ex coniectura voluntatis teſtatoris reſponderit Iuriſc.& coniecturas etiam adiecerit in l.licet, de leg.1. ſi hæc, de

D qua agitur,ſufficiens eſſet coniectura,cum ſcilicet ab inſtituto nominatim relictum eſt legatum vel fideicōmiſſum, probabile eſt eum aliquam mentionem facturum fuiſſe huius exceptionis, & coniecturæ, quando ſcilicet nominatim ab inſtituto legatum uel fideicommiſſum relictum eſt: nulla autem prorſus mentio facta eſt in d.l. licet. nec alibi: Ergo non eſt legitima hæc coniectura, ſed vt ob oculos verſetur clarè argumenti huius efficacia, referam verba text. *Non iuſtam te gerere ſolicitudinē* (verba ſunt Dioclet.& Maxim.) *per fideicommiſſum relicta portionis hæreditatis perſpicimus, verentem, ne fructum amittas relicti fideicommiſſi, quoniam auia teſtatoris ex parte hæres ſcripta,& tibi rogata reſtituere* (Ex his verbis apparet nominatim auiæ iniunctum fideicommiſſum) *calliditate ac fraude repudiauit,vt ad alium nepotem, eundemque cohæredem deuoluatur portio, à quo tibi nominatim non fuerat fideicommiſſum relictum, & coacta ſuſpectam hæreditatem adire, prius quam pro hærede gereret, rebus ſit humanis exempta: cum D. Antonino parenti noſtro*

ftro deberi etiam à fubftitutis fideicommiffum, contemplatione iudicii teftatoris quafi tacite ab his repetitum iamdudum placuerit.

Vides his poftremis verbis nullam adhiberi diftinctionem, vtrum nominatim relicta fint legata, & fideicommiffa ab inftituto: nec illud mouere Imperatorem, quod auia rogata effet reftituere; quod fanè aliud nõ eft, nifi nominatim relictum ab ea fuiffe fideicommiffum, argum. l. nominatim, de leg. 3. & tamen refpondit etiam à fubftituto repetitum videri.

Ad primum & fecundum argumentum refpondeo, cum nominatim ab aliquo hærede relictum eft legatũ, vel fideicommiffum: fiue cum hæredum aliqui nominatim ac fpecialiter onerati funt à teftatore, cæteros hæredes oneratos non effe, fi iura fpectemus, quæ fuerunt ante Refcriptum Imperatoris Seueri Antonini: ad quod fanè tempus referendæ funt leges allegatæ. Cæterùm, poft Refcriptum Seueri aliter refpondendum eft, nempe, legatum, vel fideicommiffum ab inftituto relictum, cenferi à fubftituto repetitum. Huius rei teftis eft Vlpianus, in l. fi Titio, 63. §. Iulianus, de legat. 2. fic dicens: *Si alter ex legitimis hæredibus repudiaffet portionem, cùm effet ab eo fideicommiffum relictum, cohæredem eius cogendum non effe fideicommiffum præftare: portionem enim eius ad cohæredem fine onere pertinere; fed poft Refcriptum Seueri* (nota) *quo fideicommiffa ab inftituto relicta à fubftitutis debentur, & hic quafi fubftitutus cum fuo onere confequetur accrefcentem portionem.*

Ad l. 1. §. id quod ex fubftitutione, ff. ad leg. Falcidiam refpondeo, non eam effe Iurifconfulti fententiam, vt legata ab altero ex hæredibus nominatim relicta debeantur, vel non debeantur ab eo, qui eft cohæres, & ei fubftitutus eft; fed dicit textus, legata non augeri, quia videlicet etfi fubftitutus portionem alterius confequatur, nõ tamen eft æquum, quàm teneretur, fi non ex fubftitutione eius portionem fuiffet confecutus; Itaque fi, exempli caufa, portio eius legatis fit exhaufta, quo in cafu Quartam ex lege Falcidia retinet, non debet integra legata foluere, licet confecutus fit ex fubftitutione portionem cohæredis, fi legata fcilicet à cohærede nominatim relicta fint: licet enim legata repetita cẽfeantur ab ipfo fubftituto, quæ ab eius cohærede relicta fuere, tamẽ quarta pars ex lege Falcidia ei debetur abfque omni onere legatorũ, tam ex portione fua, quàm cohæredis fui: & ideo illa minui non debet propter legata à cohærede relicta nominatim. Cæterùm, fi teftator dixiffet; quifquis mihi hæres erit, dato, tunc cohæredis portio prodeffet legatarijs: etenim, is hæres effet folus, & folus ad omnia legata præftanda obligatus vna fola Quarta totius hæreditatis ex lege Falcidia retenta. Itaque ille textus neutri fententiæ fuffragatur.

Ad poftremum argumentum refpondeo, iure quidem fummo ita refpondendum effe, vt onus legatorum hæreat perfonæ, cui eft iniunctum, nec ad fubftitutũ tranfeat. Cæterùm, aliud dicendum eft, poft Refcriptum Seueri Imperatoris, quo cautum fuit, vt ad fubftitutũ onus legatorum, & fideicommifforum tranfiret, quæ ab inftituto relicta funt.

CAPVT XL.

Legatum ab extraneo relictum Epifcopo, fub nomine proprio, an Ecclefiæ adquiratur?

SEquor & ipfe communiorem fententiam; legatum Epifcopo relictum, etiam proprio eius nomine expreffo ab extraneo, Ecclefiæ contemplatione relictum videri, autoritate textus in cap. requifiuifti, de teftamen. in illis verbis: *In primo cafu diftinguendum eft, vtrum relinquatur Epifcopo ab extraneo; an à propinquo, fi ab extraneo, generaliter verum eft, quod præfumitur effe relictum intuitu Ecclefiæ, non perfonæ, vnde Cathedralis Ecclefia de illo poteft Canonicam petere portionem*, &c.

A

Licet enim non loquatur textus expreffe in ea fpecie, qua de agimus, vbi fcilicet proprium Epifcopi nomen expreffum eft, verba tamen & hanc fpeciem complectuntur; funt enim generalia. ibi: *Generaliter verum eft*, &c. Et ratio id fuadet; quia loquimur nunc de extraneo, qui ad Epifcopo relinquendum eius contemplatione nulla affectione, nulla caufa inductus videri poffit; quamobrẽ etfi nomine proprio eum appellauerit, id feciffe non ei donandi animo, fed demonftrandi potius quis effet, præfumitur. Quæ cum ita fint, & fatis clarè conftituta, non poffum fatis mirari in contrariam fententiam quenquã permouiffe exemplum ferui, qui vni ex dominis nominatim ftipulatus eft, vt in l. fi communis feruus, ff. de ftipul. feruor. eft enim exemplum longè alienum, perquam diffimile, non ad fpeciem iftam pertinens. Nihil autem perniciofius eft in quæftionibus decidendis, quam

B omiffis ad rem accommodatis teftimoniis, ea conquirere, quę planè remota, nec rem tangunt, qua de agitur, licet quandam argumẽti fpeciem pręfe ferre videantur.

CAPVT XLI.

Legatum Canonicis relictum, cui acquiratur, Ecclefiæ ne, an Capitulo: an ipfis fingularibus perfonis.

SI Canonicis legetur, non ipfis fingularibus perfonis, non Ecclefiæ, fed Capitulo fiue collegio in communi legatum interpretor in obfcura teftatoris voluntate; quanquam multi ijque grauiffimi interpretes aliter exiftimauerint, vt videre licet ex Menoch. de præfumpt. lib. 4. in 2. parte, præfumpt. 113. Fundamentum pono in fimi

C li, legis: Nam cum ciuibus legatur, ciuitati relictum intelligitur. l. fecunda, ff. de reb. dub. Ergo fimiliter & cum Canonicis legatur, Collegio videtur relictum, Ciues repræfentant Ciuitatem, Canonici Collegium, fiue, vt loquimur, Capitulum. Non ratio, non oratio difpar. Ecclefiæ non videtur relictum, quia non eft ratio, non lex. Nam Ecclefiam is, qui ei præeft, refert, non Canonici qui fubfunt; & ideo, fi Epifcopo legetur, videtur intuitu Ecclefiæ relictum, vt in cap. Requifiuifti, de tefta. non idem in relicto Canonicis eft conftitutum, nec dictat ratio. Non offendor l. annua, §. Attia, ff. de annuis legatis. quoniam in ea fpecie Sacerdoti & Aedituo templi relictum eft. Quamobrem ait Scæuola: *Minifterium quidem defignatorum defignatum, fed datum templo*. Non adquiritur, nec datum intelligitur fingularibus perfonis, quia non ille eft modus legandi perfonis fingularibus: fignificatur enim dignitas vel officium potius, quam perfona; Sicut cum legatur Ciuibus. Et ideo, fi diffolutum fit col-

D legium, legatum manet ab eo, à quo eft relictum, l. pater, §. Tufculanus, de leg. 3.

CAPVT XLII.

Legatum vxori, vtrum de prima duntaxat, an verò etiam de fecunda intelligendum fit?

SI vxori fuæ teftator legauerit, ea defuncta, quæ tempore teftamenti erat: fecundæ, quam poftea duxit, & quæ mortis tempore fupereft, legatum deberi interpretor. Argumento vtor ex l. fi cognatis, ff. de rebus dubiis, illis verbis: *Cæterum, fi quis teftamenti facti tempore cognatus non fuit, mortis tempore factus eft per adrogationem, facilius legatum confequitur*. Et loquitur Iurifconfultus in ea fpecie, qua quis cognatis legauerit, vt in principio legis dicitur, ibi: *Si cognatis legatum fit*, &c. Eft & aliud argumentum ex l. cum ita, §. in fideicommiffo,

de leg. 2. *In fideicommisso, quod familiæ relinquitur, ii ad petitionem veniāt, qui nominati sunt, aut post eos omnes extincti, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur*, &c. Nō offendor, l. si quid earum, §. vlt. de leg. 3. illis verbis: *At quæ prioris vxoris causa parata sunt, ita posteriori debeatur, si ei adsignata sunt: quia nō est ita de posteriore vxore cogitatū, si cum pararetur*, &c. Hæc enim sunt dissimilia. Nam id vxoris causa parasse videtur maritus, quod ei tradidit, vt in eodem textu habetur. Ergo, si aliqua parauit prioris vxoris causa, non potest videri parasse posterioris causa, nisi sicut priori tradidit, ita & posteriori assignauerit. Nostra autem disputatio non est de his, quæ parata sunt, sed de his, quæ simpliciter legata vxori: illa traditionem, siue adsignationem postulant, qua cessante non possunt dici parata: hæc ex nuda testantis voluntate pendent, qui non mutato testamento, quo vxori legauerat, dum moritur, legatum vxori, quæ tempore mortis reperitur, confirmasse videtur. Vide Menochium lib. 4. de præsumpt. in 2. parte, præsumpt. 122.

C A P V T XLIII.

Vsusfructus domus si legetur adiecto onere, ne altius tollatur, vtrum relicta proprietas videatur?



SCribit Pomponius in hæc verba: *Proculus putat insulā ita posse legari, vt ei seruitus imponatur, qua alteri insulæ hereditaria debeatur, hoc modo: si ille heredi meo promiserit, per se non fore, quo altius ea ædificia tollantur, tum ei eorum ædificiorum vsumfructum do, lego. Vel sic: ædium illarum, quoad altius, quam vti nunc sunt, ædificata non erunt, illi vsumfructum do, lego.* l. Proculus, ff. de vsufructu, & quemadmodum quis vtatur.

Huius textus autoritate docent nostri communiter, proprietatem in hac specie legatam videri, licet enim diserte id Pomponius non dicat, tamen perpendunt illa verba: *Insulam posse ita legari*, &c. Ergo insula his verbis legata videtur, & consequenter proprietas ipsius insulæ. Et ratio est; quia vsusfructus appellatio proprietatem continet, quoties sub conditione, vel modo relinquitur, qui perpetuus esse potest. Vsusfructus enim morte vsufructuarij, & alijs modis ad proprietatem suam natura reuertitur; quare cùm quis eum facit perpetuum, vel ita constituit, vt possit esse perpetuus, videtur proprietatem reliquisse, sed eam vsusfructus verbo propterea notasse, quod restituenda erat conditione adueniente. Ideo in proposita specie, simile est, ac si diceret testator: Lego insulam ea lege, vt ne vnquam altius tollatur; ita enim dominus est insulæ is, cui legatur, vt restituere debeat, si altius eam velit tollere. Ita, inquam, docent nostri, vt videre licet ex Commentarijs in d. l. Proculus, & ex alijs locis, quos commemorat Menochius de præsumpt. lib. 4. in 2. parte, præsumpt. 133. num. 2.

Sed contrarium docuit Arius Pinellus, ad l. 1. in 3. parte, num. 42. & 43. C. de bonis maternis, quem ego veritatis amans potius, quàm opinionum sequor. Principio enim certum est, legati verba vsumfructum continere, non autem proprietatem; ergo non aliter à verbis recedendum erit, quàm si constet de voluntate testatoris, l. non aliter, de legat. 3. Deinde nullum verbum est apud Pomponium, quo significetur, proprietatem eo in loco legatam videri. Licet enim in principio dicat: *Insulam ita posse legari*, subdit tamen, *hoc modo si ille heredi meo*, &c. Ex quibus verbis sequentibus perspicuum est, Pomponium intellexisse, Insulā posse legari, sicut infra exempla posuit: vtrum autem, si ita legetur, vt in exemplis positis intelligatur insulæ proprietas relicta, necne, nō edisserit Pomponius. Hoc enim dumtaxat explicare voluit, insulam ita posse legari, vt ei seruitus imponatur, quæ alteri insulæ hæreditariæ debeatur; non autem id in animo habuit explicare, vtrum si legetur vsusfructus insulæ eo modo, vt in exemplis adiectis, intelligatur esse pro-

A prietas relicta. Quare eius responsum præcipuum à nobis erit perpendendum; non quia vnum verbum ambiguum adiecit, ex eo licebit argumentum sumere aduersus verborum naturam & significationem: Neque enim satis idonea illa est coniectura: Porrò, quod dicitur in ea specie, legatum vsumfructum videri sub modo, quo potest esse perpetuus, nihil obstat, quia id negari potest. Etenim, si altius ædes tollantur ab eo, cui relictus erit hoc modo vsusfructus, tunc extinguetur, & amittetur. Quod si non altius tollantur, morte tamen fructuarij extinguetur, sicut regulariter extinguitur, §. finitur, in Instit. de vsufructu. Neque enim hoc expresse dixit testator, aut necessariò ex verbis eius colligitur perpetuò, & sic etiam ad hæredem legatarij peruenturum vsumfructum ædium, si non altius tollantur. Nullum verbum est in ea lege, quo id significetur. Et cum alioqui vsusfructus morte finiatur, dicendum est, etiam in ea specie finiri: Immo & amitti quoque, si altius tollerentur ædes.

B Neque enim Regulæ Iuris interpretatione nostra violandæ sunt, sed potius mendæ. Denique, si dicatur frustra illam conditionem, & modum adiectum, ne altius tollantur ædes, nisi proprietas relicta intelligatur, cùm fructuarius altius tollere non possit. Respondeo, nō rarò accidere; vt testatores frustra aliquid exprimant, & adijciant, quod tacite inest, & à lege suppletur aut intelligitur. Deinde id efficere testatoris modum, & conditionem expressam, vt legatarius vsufructu cadat, si altius tollere ædes voluerit; licet enim alioqui potestatem fructuarius non habeat altius ædes tollendi, non tamen iure cautum est, si ædes altius tollat, eum priuari vsufructu. Atque ita sentio.

C A P V T XLIV.

Si prædij vsusfructus fuerit in testamento relictus, ea conditione adiecta, vt alienari non possit,
C *vtrum proprietas relicta censeatur.*



RVrsus controuertitur; Testamento relictus est prædij vsusfructus, ea lege, vt alienari nō possit; vtrum intelligatur proprietas relicta? Affirmant multi sanè Interpretes, & multi negant, vt videre licet ex Menochio de præsumpt. lib. 4. in 2. par. præsumpt. 133. num. 5. Omnis cardo in hoc versatur, quod si non proprietas intelligatur relicta, frustra videatur alienandi prohibitio legato inserta. Cùm inter omnes constet, vsufructuarium alienare non posse rem, cuius vsumfructum habet; Et ideo pro huius sententiæ confirmatione adducunt l. Proculus, ff. de vsufructu, & quemadmodum quis vtatur, de qua in præcedenti capite multa diximus; vt sicut in ea specie id operatur altius tollendi, prohibitio vsusfructus legato inserta, vt proprietas intelligatur relicta, ne frustra prohibitio inserta videatur; neque enim fructuarius

D altius ædes tollere potest; ita etiam in hac specie respondendum sit, id efficere alienationis prohibitionem, vt relicta videatur proprietas. Sed cùm fundamentū illud valde sit infirmum, vt patet ex his, quæ disputauimus in præcedenti capite, magis mihi probatur contraria sententia, nō videri proprietatem relictam, atque ita hanc rem interpretandam esse, vt adiecta esse videatur illa prohibitio à testatore in eum modum, quo sæpè fieri solet, vt nō necessariæ conditiones, & quæ tacitè insunt legatis inserantur: & vt hoc efficiat expressa testatoris prohibitio, vt si alienatio fiat, legatum amittatur. Verba enim legati ad vsumfructum, non autem ad proprietatem pertinere manifestum est, ac proinde non licet ab eis recedere; nisi voluntatis coniectura sit in contrarium, perspicua; non etiamsi & valde incerta sit, & aliter, vt verbis non adueretur, commode interpretari queat.

CA-

CAPVT XLV.

Si vsusfructus prædij sit relictus cum facultate illud alienandi, vtrum intelligatur proprietas relicta.

E Contrario controuertitur, si legetur prædij vsusfructus, & facultas legatario detur alienandi prædium; vtrum proprietas relicta esse intelligatur. Tres sunt Doctorum sententiæ; Vna relictam censeri proprietatem. Secunda, non censeri. Tertia, distinguendum, an libera data sit facultas alienandi, & tunc proprietas intelligatur esse relicta; an verò alienandi arbitrio boni viri, & tunc nequaquam. Vide Menochium de præsumpt. lib. 4. in 2. parte, præsumpt. 133. num. 4.

Ego eorum sententiam magis probo, qui proprietatem legatam videri responderunt. Nam, vt quis vsusfructuarius sit, & simul alienandi potestatem habeat, cohærere hæc duo non possunt. Et cum alienandi potestas illi competat, qui rei proprietatem, ac dominium habet, consequens est, vt licet in specie proposita vsus fuerit testator vsusfructus vocabulo, tamen non vsumfructum, sed proprietatem legare voluisse existimandus sit.

Contraria sententia longè infirmo nititur fundamento; quia videlicet alienandi potestas illi concessa esse intelligatur, qui eam non habuit: Vsufructuarius autem non habet. Ergo illam acquirit à testatore: Cui dubium quin acquirat? Sed inde nos colligimus, eum esse legatarium proprietatis, non autem vsusfructus: quoniam vsusfructus naturæ id repugnat. Voluit igitur testator, vt rei proprietas ad legatarium spectaret, & vsusfructus verbo abusus est.

Distinctio verò allata nullum habet firmamentum, sicut adnotauit optimè Menochius loco proximè citato.

CAPVT XLVI.

Si vsusfructus prædij legetur ea conditione adiecta, vt post mortem suam illud legatarius alteri restitueret, an relicta proprietas intelligatur.

DEnique & illud cõtrouertitur. Legauit quis prædij vsumfructum, & à legatario petijt, vt illud post mortem suam alteri restitueret; vtrum intelligatur proprietas relicta. Vide Menochium de præsumpt. lib. 4. in 1. par. præsumpt. 133. num. 7. Ego affirmantem sententiam amplector, nisi testator imperitia lapsus, ita dixerit; Quia scilicet putauerit vsumfructum morte non extingui. Moueor autoritate l. vlt. ff. de vsufructu ear. rer. quæ vsu cõsumuntur. Martianus: *Cùm pecunia erat relicta Titio, vt post mortem legatarii ad Mæuium rediret; quamquam adscriptum sit, vt vsum eius Titius haberet: proprietatem tamen ei legatam; & vsus mentionem factam, quia erat restituẽda ab eo pecunia post mortem eius, diui Seuerus & Antoninus rescripserunt.*

Item autoritate l. species, ff. de auro & argen. legato; Scæuola: *Species auri & argenti Seia legauit, & ab eo petit in hac verba: A te Seia peto, vt quicquid tibi specialiter in auro & argento legaui, id cum morieris reddas, restituas illi, & illis Vernis meis: quarum rerum vsusfructus tibi sufficiet, dum viues. Quæsitum est, an vsusfructus argenti & auri solus legatarij debeatur. Respondit verbis, quæ proponerentur proprietatem legatam addito onere fideicommissi.*

Excepi casum imperitiæ testatoris autoritate l. qui vsusfructus, ff. de vsu, & vsufructu legato. Papinianus: *Qui fructus prædiorum vxori reliquit, post mortem eius prædia cum reditibus ad hæredes suos redire voluit, imperitia lapsus. Nullum fideicommissum dicimus, neque proprietatis, neque fructus ad eos reuerti debere. Etenim reditus futuri, non præteriti temporis demonstrari videbantur.*

A
Contraria sententia eo nititur argumento, quod verba testatoris vsusfructus legatum, non autem proprietatis significent. Et ideo iniunctum esse videatur onus fructuario, qui bonorum possessionem habuit, eam restituendi. Et in legibus allegatis pro sententia, quæ proprietatem legatam videri docet, ita responsum fuisse, quia testator proprietatem legauit; sed quia, vsus, verbum adiecerat, videbatur à priori voluntate recessisse, & responsum est, non recessisse; sed proprietatem legatam videri.

Sed quod ad istam responsionem attinet, ego animaduerto illam non malè ad l. species, ff. de auro & argento leg. accommodari posse; quia testator ibi reuera legauit species auri & argenti: deinde vsusfructus, verbo, vsus fuit, dicens; *Quarum rerum vsusfructus tibi sufficiet*: & aliquo modo etiam aptari ad l. vltimam, ff. de vsufructu earum rerum, dum ibi dicitur: *Cum pecunia erat relicta Titio*, &c. deinde: *Quanquam adscriptum sit,*
B
vt eius vsum Titius haberet, &c.

Sed nihilominus eas leges pro superioris sententiæ firmamento rectè adferri censeo, quia non in eo vim ponunt, quod prioribus verbis testator proprietatem legasset; id enim facilè negari potuisset, propter sequentia verba, quibus vsusfructus relictus erat; sed in eo est fundamentum positum, quod is, cui vtenda & fruenda res relicta erat, eam restituere post mortem suam iussus fuit. Sic enim colligitur vsusfructus mentionem factam, non quia legato solus vsusfructus contineretur; sed quia ad instar fructuarij vti frui donec viueret legatario concederetur. Quia verò post mortem suam restituere debebat, etiam proprietatem relictam videri Iurisconsultus existimauit; quoniam non potest illud onus restituendi conuenire fructuario; Morte enim fructuarii extinguitur vsusfructus, & ideo res statim redit ad proprietatem. Istud illis verbis textus indicat in dicta l. vltima: *Et vsus mentionem factam, quia erat restituen*
C
da ab eo pecunia post mortem eius, & in dicta l. species, illis verbis: *Proprietatem legatam addito onere fideicommissi.*

Quod autem dicitur verbis legati vsumfructum contineri, non inficior. Sed res tota cum omnibus circumstantijs perpendenda est, nempe, legatum esse vsumfructum cum onere post mortem restituendi. Hoc onus facit, vt legatario proprietas relicta videatur cum onere fideicommissi, & vsusfructus videatur à testatore mẽtio facta, quia res post mortem restituenda erat à legatario, vt dictum est.

Ad extremum, quod subijcitur videri fructuarium hoc in casu iussum restituere post mortem suam eam possessionem, quam adeptus erat, (Est autem possessio naturalis, l. naturaliter, ff. de acquirend. possess.) id, inquam, nihil me mouet; Quia etiam in illis casibus, de quibus loquuntur leges allegatæ, hæc ratio valere posset, & tamen responsum est, legatam videri proprietatem
D
cum onere fideicommissi. Neque enim intelligi hoc potest, vt is, qui morte omne ius amittit, id restituendi facultatem habere possit. Aliud enim est Iurisconsultis subtiliter res intuẽtibus, nihil iuris habere post mortem; aliud verò illud, quod habuit, restitui ab eo alteri oportere. Prior species repræsentat morte ius finiri simpliciter, (& id fructuario maximè conuenit) posterior non simpliciter finiri, sed alteri restituendum, quod proprietario conuenit; Quid enim si is, cui post mortem restituere debet, vel nollet accipere, vel non posset, vel conditio deficeret? Certè illud maneret apud grauatum, & hęredes eius l. vna, §. sin autem aliquid sub conditione, C. de caducis tollend.

CAPVT XLVII.

De vxore relicta vſufructuaria liberis extantibus, atque hæredibus inſtitutis controuerſia, vtrum intelligantur tantum ei alimenta relicta.

VSu forenſi freqnens ea eſt diſputatio, quæ verſatur circa vſumfructum vxori relictũ, omnium bonorum liberis hæredibus inſtitutis; vtrum ad alimenta tantum reſtringatur. Latè verò, & copioſe tractatur à Gabrielio, lib. 5. Commun. concluſ. ti. de Vſufructu concl. 2. Mantica de Coniecturis vltimar. voluntat. lib. 9. titu. 7. Menoch. de præſumpt. lib. 4. in 2. par. præſumpt. 139. Simone Preto de interpret. vltimar. voluntat. lib. 4. dubitatione 10. num. 45. cum pluribus ſequent. Andr. Geyll, lib. 2. Obſeru. 144. Ex quorum ſcriptis nonnullæ tractari poſſent controuerſiæ, ſed quoniam eo fundamento nituntur, quod ſanè mihi infirmum videtur; ideo illis poſthabitis, ipſum illud fundamentum aggrediar, in controuerſiam reuocabo, & fortè etiam expugnabo; neque enim tanti Doctorum placita, & opiniones facere ſoleo, vt eas noſtri iuris conditoris præferendas exiſtimem.

Fundamentum, de quo verba facere inſtitui, eſt in quadam conſuetudine poſitum, cuius Bulgarus mentionem fecit; vt ſi filij extent, & à patre hæredes inſtituantur, tunc vſusfructus mulieri relictus ad alimenta tantum reſtringatur. Neque enim credendum eſt, patrem magis conſulere voluiſſe vxori ſuæ, quàm liberis; atque adeo ipſis auferre vſumfructum omnium bonorum, ne videlicet inopia & fame laborarent, vt in §. prohibemus, in Authen. de Triente & Semiſſe. Quod maximè dicendum eſt, cùm *Domina & vſufructuaria eſt* relicta, ne teſtator, qui hæredes filios inſtituit, id eſt, dominos eſſe voluit, ſtatim mutata uoluntate, eos dominio priuare voluiſſe exiſtimetur.

Exiſtimo hanc ſententiam iuris noſtri autoribus non eſſe conſentaneam, atque adeo ea teſtatoris voluntate verum vſumfructum relictũ videri; dominamque cenſeri relictam vxorem, ſcilicet quantum ad ius vtendi & fruendi, donec vixerit, excepta tamen filiorum legitima, cuius, & proprietas, & vſusfructus ad filios ſpectat. Quod ſi alicubi conſuetudo ſit contraria, & ita hoc legatum interpretetur, vt alimenta dumtaxat contineat; tũc ſeruanda illa erit, quatenus legitimè introducta apparebit. Hoc enim ego contendo, illam iuri noſtro repugnare. Vtor autem argumento ex ipſa verbi natura, & ſignificatione petito, nempe *Vſusfructus*, qui ſanè, vt ad alimenta tantum referri debeat, neque ex libris noſtris, neque ex alijs animaduerto: Et quidem integer extat titulus de vſufructu mulieri relicto, C. ſi ſecundo nupſerit mulier, &c. & agitur de eo etiam in Authen. de nuptijs, & alibi, & tamen nullibi hæc interpretatio Bulgarina continetur. Et quod me maxime mouet, Imperator Iuſtinianus in Authent. de Triente & Semiſſe, §. prohibemus, eos reprehendit patres, qui vxori rerum ſuarum vſumfructum relinquunt, quia videntur auferre ſuis filijs alimenta, & prohibet deinceps relinqui; quia vult legitimæ portionis proprietatem ſimul, & vſumfructum ad filios pertinere; quæ ſanè reprehenſio, & querela, non erat neceſſaria, ſi vſusfructus vxori non deberetur, ſed tantum alimenta. Audiamus verba Iuſtiniani, vt res clarius demonſtretur: *Prohibemus autem, & illud graue exiſtens, & habens quidem aliquam legalem occaſionem, in duram tamen incidens crudelitatem, & amaritudinem* (Nulla ſanè erit crudelitas, amaritudo nulla, ſi ad alimenta tantum reſtringatur, vt patet) *Nouimus enim aliqua teſtamenta ſecundum quæ morientes non paternè, nec vt viros oportebat; ſed nimis molliter atque remiſſe fecerunt inſtitutiones. Vxoribus ſiquidem omnem dereliquerunt rerum ſuarum vſumfructum: filiis autem proprietatem nudam* (Nulla eſſet opus reprehenſione, ſi ad alimenta tantum reſtringatur. Nec dici poterit proprietas nuda filijs eſſe relicta.) *Quamobrem arbitror ſtudiũ eſſe huiuſmodi teſtamentis, vxoribus etiam proprietatem adquirere filiis fortè fame peremptis* (Hæc ratio ceſſat, ſi de alimentis accipiatur) *Vnde enim etiam in medio gubernentur, & quotidianum habeant cibum nihil eis derelicto, vxoris iure forſitan & irrationabili intercedente, quod eis etiam quotidianam gubernationem arripiat?* (Et hæc ratio etiam nulla eſt, ſi recipiatur illa interpretatio) *Non licebit igitur de cætero ulli omnino filios habenti tale aliquid agere: Sed modis omnibus eis huius legitimæ partis, quam nunc deputauimus, & vſumfructum inſuper & proprietatem relinquere, ſi vult filiorum non repente fame morientium, ſed viuere valentium vocari pater:* Res ſanè perſpicua eſt, proinde alia non adijcio, ne in re clara ſim nimius; Et ſic eam teſtatoris diſpoſitionem accipio, atque interpretor, vt excepta filiorum legitima, in reliquis bonis vſusfructus ad vxorem pertineat, ac proinde his repugnantem B ſententiam, ac interpretationem valere iubeo. Conſuetudine, ſi quæ eſt in loco, manente in ſuo robore.

CAPVT XLVIII.

Legatum dotis vel pro dote relictum puellæ certæ ab extraneo, an ſit purum, vel conditionale.

NOn videtur mihi admodũ difficilis hęc quęſtio, licet enim controuerſia ſit, vt patet ex Mantica de coniecturis vltimar. voluntat. lib. 11. tit. 22. & ex Menochio de præſumpt. lib. 4. in 2. par. præſumpt. 146. ſatis tamen diſerte deciditur in l. Titio centum, §. Titio genero, ff. de cond. & demonſtr. Nam cùm Papinianus ibi dicat: *Ante nuptias Titio vel muliere defunctis* (quibus dotis nomine centum dare hæres damnatus erat) *legatum apud hæredem manere*, ſatis apertè indicauit, non eſſe purũ eiuſ-C modi legatum, ſed ſub conditione: quia purum legatum ad hæredes transmittitur, non conditionale, l. vna, §. ſin autem aliquid, C. de caducis tollen. Idem iuris eſt in legato, quod ſub modo fieri dicitur; etſi enim caſu fortuito modus non adimpleatur, legatum tamen debetur, l. ſi fundum per fideicommiſſum, §. 1. aliàs eſt l. ſi Titio, de leg. 1. l. pater, §. Tuſculanus, de leg. 2.

His accedit text. in §. ſed hoc præſenti, in Authet. de ſanctiſſ. Epiſcop. ibi: *Si quis forte ſub conditione nuptiarum ſiue liberorum, ſiue dotis cauſa, ſiue antenuptialis donationis donauerit, ſiue reliquerit ſuis liberis, ſiue alii cuicunque perſona hæreditatem, aut ab initio purè relinquens eis*, &c. Quibus verbis apparet, dotis cauſa relictum, non intelligi purè relictum, ſed ſub conditione.

Quæ ſanè interpretatio ac ſententia euidenti ratione confirmatur. Nam dos ſine matrimonio eſſe non poteſt, l. 3. ff. de iure dotium, l. vltima, C. de donat. ante nuptias. Ergo vt dotis cauſa, ſeu nomine pecunia re-D licta præſtetur, matrimonium contrahatur neceſſe eſt: Et ideo promiſſio dotis tacitam conditionem habere dicitur, ſi nuptiæ ſequantur, leg. promittendo, ff. de iure dotium, ſtipulationem, leg. dotis, ff. eodem. Et ideo ſcribit Vlpianus: *Si ego Seiæ res dedero, vt ipſa ſuo nomine in dotem det, efficientur eius, licet non in dotem ſint datæ, ſed condictione tenebitur*, l. ſi ego, ff. eod.

Primum argumentum contrariæ ſententiæ eſt ex l. qui filium, ff. vbi pupillus educari debeat. Iulianus: *Qui filium hæredem inſtituerat, filiæ dotis nomine, cùm in familia nupſiſſet, ducenta legauerat, nec quicquam præterea; & tutorem ei Sempronium dedit: Is a cognatis, & propinquis pupillæ perductus ad magiſtratus iuſſus eſt alimenta pupillæ, & mercedes, vt liberalibus artibus, inſtitueretur, pupillæ nomine præceptoribus dare: pubes factus pupillus pubere iam facta ſorore ſua ducenta legati cauſa ſoluit*, &c.

Reſpondeo, puberem factum filium ſpontè, non quod obligatus eſſet, ſoluiſſe; neque enim antequam nu-

beret,

beret, tenebatur ſoluere; quia ſub conditione apertè legauerat, cum ſcilicet in familia nupſiſſet, nec ea de re Iuriſconſultus ibi reſpondit, ſed obiter, & ad alium finem narrauit filium ſoluiſſe; quare nihil ad rem noſtram facit.

Secundum argumentum eſt, quia quoties legati cauſa commodum reſpicit legatarij, tunc non inducit conditionem, ſed modum, l. Titio centum, §. 1. ff. de condit. & demonſtr. ſed talis hæc eſt cauſa; reſpicit enim puellæ cōmodum, vt nubere poſſit. Ergo, &c.

Reſpondeo, in d. l. Titio centum, §. 1. non probari, quod aſſeritur; quia Iuriſconſultus appellat illam conditionem: *Titio centum relicta ſunt*, inquit, *ita vt Mæuiam vxorem, quæ vidua eſt, ducat. Conditio non remittetur*, &c. Propoſitio tamen illa probari poteſt ex eadem lege, in principio: *Titio*, inquit, *centum ita, vt fundum emat, legata ſunt, non eſſe cogendum Titium cauere, Sextus Cæcilius exiſtimat: quoniam ad ipſum duntaxat emolumentum legati rediret*, &c.

Reſpondeo, legati cauſam in hac ſpecie noſtra non reſpicere tantum ipſius legatarij emolumentum, immo verò etiam futuri mariti, immo & Reipublicæ, cuius intereſt mulieres eſſe dotatas, & nubere, l. 1. ff. ſol. matr. Et conſequenter argumentum ceſſat.

Tertium argumentum eſt, quia dictio *Pro*, non importat conditionem, ſed cauſam ſignificat, c. cum olim, de cenſib. cap. in noſtra, de iniur. vel denotat modum, l. Lucius, §. peto, de leg. 2. l. ſi quis pro redemptione, C. de donationib.

Reſpondeo, non ex vi dictionis illius conditionem induci in hoc legatum dotis, ſed ex natura eius; quia dos ſine matrimonio eſſe non poteſt, vt dictum eſt, & ideo dos relicta ita debetur, ſi matrimonium fuerit ſecutum, quod nihil eſt aliud, quā ſub conditione deberi ipſius matrimonij futuri.

Quartum argumentum eſt ex d. l. Titio centum, §. Titio genero, ff. de condit. & demonſtr. in illis verbis: *Sed cum ante nuptias (quia purum legatum eſt) peti poteſt*, &c. Quibus verbis patet eiuſmodi legatum purum eſſe.

Reſpondeo, non eum eſſe illorum verborum ſenſum, quod legatum nomine dotis, de quo in principio §. fit mentio, purum ſit: id enim purum non eſſe, ſed ſub conditione, ſatis ex eo probatur, quod textus poſtea dixit, *ante nuptias Titio vel muliere defunctis legatum apud heredem manere*; ſed ſenſus eſt, ſi legatum ſit purum, hoc eſt, ſine mentione dotis & nuptiarum, tunc cautionem neceſſariam eſſe. Itaque in illis verbis non agit Iuriſconſultus de ea ipſa ſpecie, de qua in principio egit, ſed ponit aliam ſpeciem, cum videlicet legatum purum eſt, & tunc reſpondit circa cautionem, vtrum ſit neceſſaria.

CAPVT XLIX.

Si legetur puellæ ſub conditione; ſi fuerit matrimonio copulata Seio; vtrum legatum debeatur contractis nuptijs, ante copulam carnalem.

LEgatum in propoſita ſpecie non deberi ante copulam carnalem, reſpondit Baldus in conſilio 200. In cauſa iſta conſiderandum eſt. libro 3. quem ſecutus eſt Roland. à Valle, de lucro dotis, quæſt. 108. num. 3. eo argumento, quod teſtator videatur de matrimonio intellexiſſe, quod perfectum & conſummatum fuerit, & ſic de matrimonio, quod effectum habuit, quod ex carnis coniunctione potiſſimum euenit, argumento text. in ca. vlt. de conuerſ. infidelium. ibi: *Ac ex hoc legitima coniunctio maris & fœminæ magis matrimonium, quam patrimoniū nuncupetur.*

Cæterum, contrarium reſpondit Vlpianus, in l. cum fuerit, 25. ff. de cond. & demonſtr. ſic dicens: *Cum fuerit ſub hac conditione legatum; ſi in familia nupſiſſet, videtur impleta conditio ſtatim atque ducta eſt vxor, quamuis nondum in cubiculum mariti venerit: Nuptias enim non concubitus, ſed conſenſus facit.*

Sed dices, non hæc eſt ſpecies Baldi, quia teſtator alijs verbis vſus eſt in ſpecie Baldi, nempe, *ſi per matrimoniū copulabitur Seio*. Sed quid aliud eſt per matrimonium copulari, quàm nubere, matrimonium inire, contrahere cum Seio? Itaque ſumma ratione Baldi. reſponſum improbatum eſt a multis, quos Menochius refert, & ſequitur, de præſumpt. lib. 4. in 2. par. præſumpt. 148. num. 9. & ſequen. niſi appatuerit eam fuiſſe mentem teſtatoris, vt matrimonium concubitu etiam conſummatum eſſet.

CAPVT L.

In legato vſusfructus habeatnè locum ius accreſcendi inter coniunctos verbis tantum?

B SI Titio & Mæuio æquis portionibus vſusfructus legetur, iuri accreſcendi inter eos locum non eſſe exiſtimo, autoritate nixus Papiniani, in l. penult. ff. de vſuſructu accreſc. *Cum ſingulis ab hæredibus ſingulis eiuſdem rei vſusfructus legatur, fructuarij ſeparati videntur non minus, quam ſi æquis portionibus duobus eiuſdem rei fructus legatus fuiſſet: vnde fit, vt inter eos ius accreſcendi non ſit.* Hactenus ille. Rationem hanc adfert Duarenus, libro primo, de iure accreſcen. capitulo decimo, in fine. quia cum vnaquæque vſusfructus pars hæreat perſonæ, cui adſcipta eſt a teſtatore, deficiente perſona, finitur, & ad proprietatem redit, §. finitur, in Inſtitut. de vſuſructu.

Atque ita reſponderunt præter Duarenum loco annotato, Petrus Belatius, ad l. re coniuncti, de leg. 3. nume. 33. Crotus ibidem, numero 44. Politus, numero 46. Ripa, num. 69. Vaſquius de ſucceſſionum creatione, libro
C 1. §. 10. num. 128.

Sed contrarium reſponderunt multi alij, quos iſti referunt, quibus accedant & alij, quos refert & ſequitur Menochius de præſumpt. lib. 4. in ſecunda parte, præſumpt. 159. nu. 7. Fundamentum ponunt in l. 1. ff. de vſuſructu accreſcendo. Vlpianus: *Quoties vſusfructus legatus eſt, inter fructuarios eſt ius adcreſcendi, ſi coniunctim ſit vſusfructus relictus: Cæterum, ſi ſeparatim vnicuique partis rei vſusfructus ſit relictus, ſine dubio ius adcreſendi ceſſat.*

Si locus eſt iuri accreſcendi, quoties coniunctim vſusfructus legatus eſt, igitur inter eos locus erit, qui verbis coniuncti ſunt. Reſpondeo, Vlpiani verba eſſe accipienda de coniunctis re, & verbis, aut re tantum, cum ſcilicet totus vſusfructus ſingulis relictus eſt, partes autem concurſu fiunt. Interpretationem iſtam probo primò ex l. coniunctim, de leg. 3. *Coniunctim hæredes inſtitui aut cōiunctim legari* (inquit Celſus) *hoc eſt, totam hæreditatem, & tota legata eſſe ſingulis data, partes autem concurſu fieri.*
D Secundò ex eodem Vlpiano, in l. 4. ff. eod. tit. illis verbis: *Toties ius adſcreſcendi eſſe, quoties in duobus; qui in ſolidū habuerunt, concurſu diuiſus eſt.* Hoc autem accidit inter eos, qui re, & verbis, aut re tantum, ſunt coniuncti; non autem inter eos, qui verbis tantum.

Rurſus probo ex d. l. pen. vbi diſertè Papinianus indicat, non eſſe locum iuri accreſcendi inter eos, quibus vſusfructus æquis portionibus eſt relictus.

Reſpondet Menochius poſt Ripam, hoc modo: *Cæterum reſpondet Ripa, in d. l. re coniuncti, nu. 68. ibi nullo modo fuiſſe coniunctos: non uerbis, quia erant ſeparatim uocati. Non etiam re, quia partes cenſentur ab initio factæ pro portionibus ipſis hæreditarijs ipſorum hæredū, à quibus erat relictū, iuxta l. cum fundus, ff. de cond. & dem.* Hactenus ille.

Hæc reſponſio mihi non probatur, quia textus loquitur de his, qui verbis ſunt coniuncti. Sic enim ait: *Non minus, quam ſi æquis portionibus duobus eiuſdem rei fructus legatus fuiſſet.* Iſti aūt dicuntur verbis coniuncti, vt notum eſt, inter quos ius accreſcendi locum habere in

vsufructu manifestè Papinianus indicat; & huic coniun- A ctioni illã equiparat, de qua nominatim querebatur, cùm videlicet singulis ab hæredibus singulis eiusdem rei vsus fructus legatur. Nam quia relictus censetur pro portionibus hæreditarijs singulorum hæredum, idcirco ait ius accrescendi cessare, quia fructuarij separati sunt non minus, quàm si æquis portionibus duobus eiusdem rei fructus legatus esset: tunc enim quilibet diuersam ac separatam portionem haberet, siue in oratione separata relinquatur, siue in eadem oratione, vt patet.

CAPVT LI.

Si tutori vel administratori legetur; quicquid apparebit eum debere ob tutelam, vel aliam administrationem, vtrum eo legato comprehendatur etiam id, quod debet ex dolosa administratione.

VLpianus: *Si quis rationes exigere vetetur (vt est sæpissimè rescriptum) non impeditur reliquas exigere, quas quis ipse reliquauit; etsi quid dolo fecerit, qui ratione gessit. Quod si quis & hæc velit remittere, ita debet legare:* B *Damnas esto hæres meus quicquid ab eo exegerit hac vel illa ratione, id est restituere, vel actionem ei remittere*, l. si quis, 19. ff. de lib. legata.

Iulianus: *Quidam decedens filiis suis dederat tutores, & adiecerat, eosq; alogistas esse volo. Et ait Iulianus, tutores nisi bonam fidem in administratione præstiterint, damnari debere, quamuis testamento comprehensum sit, vt alogista essent: nec eo nomine ex causa fideicommissi, quicquam consequi debebunt, vt ait Iulianus: & est vera ista sententia. Nemo enim in publicum remittere potest huiusmodi cautionibus, aut mutare formam antiquitus constitutam: Damnum verò quodcunque ex tutela quis senserit, & legari, & per fideicommissum ei relinqui potest*, l. quidam decedens, ff. de admin. tutor.

C Harum legum autoritate controuersia oritur; an tutor, seu alius administrator ex dolosa administratione possit conueniri, quoties ei legatur quicquid ex administratione futura eum debere constiterit. Autores diligenter commemorat Menochius, de præsumpt. lib. 4. in 2. par. præsumpt. 164. num. 7. & 8. Et qui affirmant administratorem nihilominus teneri, primam partem dictarum legum perpendunt, qua cauetur dolum futurum remitti non posse tutori seu administratori, ne scilicet occasio delinquendi præbeatur.

Qui vero negant, administratorem teneri, & conueniri posse, verba posteriora considerant, quibus dicitur legari posse damnum, quod ex tutela quis senserit, vel damnari hæredem posse ad restituendum id, quod *hac vel illa ratione* (scilicet dolosam ob administrationem) exegerit, aut ad actionem remittendam administratori.

Sed hoc postremum argumentum nullius mihi videtur esse momenti; quia existimo in vtraque lege Iuris- D consultum loqui de legato eius, quod debetur ex præterita administratione, non ex futura, vt ea sit sententia; non posse quidem ita tutorem à rationibus liberari, vt nó teneatur, si dolo egerit, & bonam fidé in administratione non præstiterit; sed tamen posse ei damnum legari, vel per fideicommissum relinqui, quod iam quis sensit, ex administratione facta: vel, si aliquid exactum ab eo est, eam ob causam, vt restituatur, mandari, aut etiam actionem ipsam in testamento remitti. Dolus enim præteritus remitti potest, non autem futurus, l. si vnus, §. pacta, ff. de pactis.

Vt, inquam, huius sim sententiæ, duo faciunt argumenta. Primum est, quia Iurisconsultus dicit in d. l. quidam decedens, *neminem ius publicum remittere posse huiusmodi cautionibus*; Videretur autem remittere posse, si tutores liberare posset ab omni ratione administrationis, etiam non bona fide gesta, quia occasio delinquendi præberetur. Sed eadem occasio delinquendi præbe- A retur, atque adeo ius publicum læderetur, si legari posset futuro administratori, quicquid ex mala & dolosa administratione deberet: sic enim esset idem, ac si à dolo futuro liberatus esset, atque ab omni ratione administrationis, licet dolo factæ. Ergo non possunt dictæ leges intelligi de legato eius, quod debetur ex futura administratione; sed intelligi debent de eo, quod debetur ex præterita administratione.

Alterum est argumentum ex l. iurisgentium, §. si paciscar, ff. de pactis, in illis verbis: *Et generaliter quoties pactum à iure communi remotum est, seruari hoc non oportet, nec legatum, nec iusiurandum de hoc adactum, ne quis agat, seruandum.* Sic enim habent omnes Codices, & hanc lectionem retinendam esse probat Cuiacius lib. 1. Obseruat. cap. 24.

Si igitur legatum non valet contra ius commune, veluti, ne quis furti agat, vel iniuriarum, si fecerit: non valebit etiam legatum, de quo agitur, ne quis agat aduer- B sus tutorem, neque ab eo quidquam exigat, etiam si dolo fecerit. Id enim est contra ius commune, vt patet.

Atque eò pertinent hæc argumenta, vt demonstretur legatum, si fiat in eum modum, non valere. Sed in proposita specie illud etiam amplius accedit argumentum, quod generali oratione illa testatoris, non videtur dolus administratoris includi, argum. l. creditor, §. Lucius, ff. mandati, & l. si pater, ff. quæ in fraudem credit.

CAPVT LII.

Si testator ita dixerit; lego Sempronio, quod Caio legaui: vtrum videatur Caio adimere legatum.

CElebris est cõtrouersia inter Bartolum, & Dynum, de qua post veteres Interpretes in l. re coniuncti, de leg. 3. nouissimè disputant prolixè accurateque Mantica, de Coniecturis vlti- C mar. volunt. lib. 12. tit. 4. Menoch. de præsumpt. lib. 4. in 2. par. præsumpt. 173. num. 9. Si testator ita dixerit: *quod Caio legaui, Sempronio lego*, vtrũ videatur Caio legatum adimere: an verò simul ad illud inuitare Caium & Sempronium, eosque saltem coniungere eadem re legata, vt sic vnusquisque concursu partem dimidiam consequatur. Affirmat Bartolus coniungi, non autem adimi legatum Caio. Negat Dynus, & docet legatum prorsus Caio adimi, atque in Sempronium transferri. Vterque magni nominis Interpres multos habet adstipulatores, tam veteres, quàm recentiores. Ego me Dyno suffragatoré paro, à quo stare Caium, Iustinianumque animaduerti. Caius in l. 5. ff. de adimen. legat. *Sicut adimi legatum potest, ita & ad alium transferri: veluti hoc modo: Quod Titio legaui id Seio do, lego. Quæ res in personam Titii tacitam ademptionem continet.*

Iustinianus de adempt. legator. in Instit. *Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest: veluti si quis ita di-* D *xerit: Hominem Stichum, quem Titio legaui, Seio do, lego: siue in eodem testamento, siue in Codicillis hoc fecerit: quo casu simul & Titio adimi videtur, & Seio dari.*

His testimonijs quid clarius, firmius, illustrius? Mitto nugas recensere, quæ pro responsione adferuntur. Refellũtur à Menoch. nullo negocio, nec sunt relatu digne.

Pro sententia Bartoli adfertur primò l. si pluribus, de legatis 1. in illis verbis: *Quod si separatim, si quidem euidentissimè apparuit ademptione à priore legatario facta, ad secundũ legatarium testatorem conuolasse, solum posteriorem ad legatum peruenire placet: Sin autem hoc minimè apparere potest, pro virili portione ad legatum omnes venire*: scilicet, &c.

Respondeo, in specie nobis proposita euidentissimè apparere, ademptione à priore legatario facta, ad secundum legatarium testatorem conuolasse. Attestantur id Caius, & Iustinianus, dum dicunt: *Simul & Titio adimi, & Seio dari: & in personam Titii* (prioris legatarij) *tacitam ademptionem continere.*

Secundò

Secondò adsertur textus in l. quod si alij, ff. de adim. A legatis. Vlpianus: *Quod si alii legetur sub conditione, quod alii purè legatum est, non plenè recessum videtur à primo; sed ita demum, si conditio sequentis extiterit.*

Respondeo, hæc esse dissimilia. Nam cum vni legatur sub conditione id, quod alteri purè legatum est, in vtroque legatum consistit: quia nisi conditio eueniat, non videtur priori legatario ademptum. Quod si conditio extiterit, ademptum videtur. Ergo idem, quando nulla conditio adijcitur, & sic quod vni purè legatur, alteri similiter purè legatur; tunc enim priori videtur ademptum.

Tertiò adsertur textus in §. si eadem, Institut. de legatis: *Si eadem*, inquit, *res duobus legata sit, siue coniunctim siue disiunctim, si ambo perueniant ad legatum, scinditur inter eos legatum; si alter deficiat, quia aut spreuerit legatum, aut viuo testatore decesserit, vel alio quoquo modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Coniunctim autem legatur, veluti si quis dicat: Titio & Seio hominem Stichum do, lego. Disiunctim ita: Titio hominem Stichum do, lego.* B *Seio hominem Stichum do, lego.*

Respondeo, hæc esse dissimilia. Aliud enim est dicere: *Titio hominem Stichum do, lego. Seio hominem Stichum do, lego.* Aliud vero, quod Titio legaui Caio lego: siue Stichum, quem Titio legaui, Seio lego. Priore casu dicuntur esse re coniuncti legatarij, & ambo ad solidum vocati, & sic concursu partes faciunt: Posteriori autem non sunt coniuncti, sed tacitè vni ademptum legatum est, & in alterum translatum.

Quartò, adsertur l. Iulianus, ff. de hæred. instit. Vlpianus: *Iulianus quoque libro 30. refert: si quis ita heredes scripserit, Titius ex parte dimidia heres esto, Seius ex parte dimidia: Ex qua parte Seium institui, ex eadem parte Sempronius heres esto: dubitari posse: vtrum in tres semisses diuidere voluerit hereditatem, an verò in vnum semissem Seium & Sempronium coniungere, quod est verius. & ideo cōiunctim eos videri constitutos. sic fiet vt Titius, semissem, hi duo, quadrantes ferant.* C

Respondeo, hæc esse dissimilia. Nam cum dicit testator; *quod Titio legaui, Caio do, lego*, verba referuntur ad rem ipsam legatam, quæ secundum communem vsum loquendi ademptionem significant. At cum dicit; *Ex qua parte Seium institui, ex eadem parte Caius heres esto*, verba referuntur ad partis assignationem; Vult enim testator ambos esse hæredes, vt scilicet concurrant singuli pro dimidia. Atque idem esset dicendum, si testator diceret; *Titio dimidiam lego, quam partem Seio legaui*, hic enim concurrerent, cum verba referantur ad partis assignationem. quæ responsio est Duareni, in d. l. si pluribus, de leg. I.

CAPVT LIII.

Ad interpretationem Nouellæ Iustiniani de restitutionibus. D



Vm quis rogatus est, per fideicommissum restituere, quicquid ex hæreditate supererit, potestatem habet bona fide, non autem animo interuertendi fideicommissum, omnia alienandi, si prudentum responsa spectentur, l. Titius, ff. ad Trebellian. Cæterum, à Iustiniano in Nouella, de Restitutionibus, aliter est constitutum; Sic enim statuit, vt quartam partem hæres grauatus fideicommissario restituere teneatur, reliquo autem dodrante, sicut voluerit, vti possit. Sed cōtrouersia est, quomodo id accipiendum sit; vtrum dodrantem hæres absque ulla causa alienare possit. Aliquibus enim visum est interpretibus, posse aliquibus non posse; alijs distinguēdum, vtrum alienatio dolo fiat, scilicet causa euertendi fideicommissum, & id constet, & tunc non valeat; an verò dubium id sit, nec appareat factam fuisse alienationem causa euertendi fideicommissum, & tunc valeat, & promissa sit. Vide Menochium in consilio 334. nume. 60. libro quarto, & de præsumptio. libro 4. in secunda parte præsumpt. 188. num. 12.

Ego vero omnem hanc disputationem definiri à Iustiniano satis disertè in eadem Nouella affirmare non dubito. Sic enim ait; *Sancimus vsque ad Falcidiam solum suæ institutionis necessitatem habere seruare eum, qui oneratus est fideicommissi restitutione: & non posse aliquid penitus ex illa minuere sufficiens existens: sed heredi quidem supersint tres partes, illi autem quarta solius relinquatur ratio. Non enim concedimus ei, qui grauatus est etiam donationibus vti aliquibus, & forsan ex studio. quod Papinianus dicebat interuertendi fideicommissi causa, vt etiā quarta minuatur institutionis eius: sed hoc omnino relinquere fideicommissum aliis omnibus in eius positis potestate, & licentiam habere cum iis, sicut voluerit vti quēadmodum perfectis dominis competit.*

His verbis Iustinianus mandat quartam partem integram restitui fideicommissario, prohibetque eam minui, vel donationibus, vel aliis causis, præsertim ex studio euertendi fideicommissum. Deinde reliquas tres partes hæredi grauato liberè assignat, vt sicut voluerit, eis vti possit, tanquam perfectus dominus. Igitur donare possit tres illas partes grauatus hæres, eisque vti, sicut voluerit, etiam animo seu studio fideicommissum interuertēdi. Hoc enim discrimen est constitutum ab Imperatore inter ipsam quartam fideicommissario restituendam, & cæteras partes, vt illa minui non possit donationibus, vel aliis modis studio euertendi fideicommissum, cæteræ autem partes possint. Itaque nōn de singulis verbis disputare oportet, sed tota orationis series contemplanda est illius constitutionis; sic enim apparebit controuersiam istam planè definitam esse. Atque ita mihi videtur.

CAPVT LIIII.

Si testator legauerit puellæ, si nupserit, mille; sin autem Monasterium fuerit ingressa, ducenta; an si Monasterium ingressa fuerit, mille consequi valeat.



Ntiqua & peruulgata hæc est controuersia; Si testator puellæ, si nupserit, mille legauerit; si autem Monasterium ingrediatur, ducenta; vtrum si Monasterium ingressa fuerit, mille possit consequi affirmant Barto. ad l. 2. ff. de his, quæ pœnæ nomi. Negat Bald. in Authent. Nisi rogati, C. ad Trebellian. Alios vtriusque sententiæ sectatores collegit Antonius Gabrielius, libro quarto, commu. conclus. tit. de legatis, conclus. 2. Negantis sententiæ fundamentum est in voluntate clara testatoris. Affirmantis illud est, ne puella à voto Religionis & vitæ contemplatiuę remoueatur, argumento textus in §. Sed & hoc pręsenti, in Authent. de Sanctiss. Episcop. Respondent contrariæ sententiæ autores, illud argumentum locum habere, quoties testator nihil puellæ legat, si Monasterium ingrediatur: tunc enim, etsi sub conditione nuptiarum, vel dotis causa leget, nihilominus legatum debetur, etsi non nubat, sed Monasterium ingrediatur, vt constituit Imperator Iustinianus in dicto §. sed & hoc præsenti. Cæterum in præsenti specie testator legat puellæ ducenta, si Monasterium ingrediatur, quare & voluntas testatoris est certa, & simul declaratur, quid, & quantum puellæ debeatur, si Monasterium ingredi velit; quā speciem Imperator non attingit in dicta Constitutione. Responderi posset, si cum nihil est legatum puellæ Monasterium ingredienti, totum habere debet; quod sub conditione nuptiarum ei est relictum, vt in ea constitutione cauetur. Ergo, si aliquid sit ei relictum, multo magis illud petere, & pręterea supplementum vsque ad quantitatem sub conditione nuptiarum relictam consequi debebit. Non videtur enim esse ratio differentię, Immò maior ratio pro legatario. Sed nostrum non est officium, ita leges interpretatione extendere, ut speciem

ciem diſſimilem contineant. Eſt enim hoc nouam potius legē condere. Diuerſitatis ratio illa eſt; quod in propoſita ſpecie, puella peteret repugnante teſtatoris voluntate, duplicem ob cauſam; Prima, quia mille legauit, ſi nuberet. Secunda, quia ducenta legauit, ſi Monaſterium ingrederetur. Quod vero Iuſtinianus ſtatuit, in eo duntaxat teſtantis voluntatem offendit, quod nuptiarum conditioni non ſatisfacit. Sed religionis fauor & caſtitatis merito facit, vt inſuper haberi conditio debeat.

CAPVT LV.

Ad l. filia legatorum, C. de legatis, diſcutitur controuerſia inter Oldradum & Dynum de patre, qui filiæ ſuæ pro dote legauit CCCC. deinde eam elocauit viuens dote conſtituta & numerata ducentorum aureorum, vtrum filia reſiduum ex legato petere poſſit.



Mperator Alexander in l. vndecima, C. de legatis: *Filia legatorum*, inquit, *non habet actionem, ſi ea, quæ ei in teſtamento reliquit, viuus pater poſtea in dotem dedit*. Sed vetus eſt controuerſia inter Oldradum & Dynum. Pater quadringenta dotis nomine reliquit, Poſtea viuus ducenta in dotem dedit; vtrum filiæ ad reſiduum petendum actio competat.

Oldradus competere affirmabat, Dynus id negabat. Bartolus vero diſtinguebat, vt ſi pro dote, ſeu dotis nomine relicta ſint in teſtamento quadringenta, tunc reſiduum petere poſſit filia: ſecus ſi pro ea maritanda pater relinquat, quia ſi minori quantitate in dote data, matrimonio tradita ſit, legati reſiduum petere non poteſt. Cæterum Baldus, Caſtrenſis, Iaſon, Corneus, & cæteri communiter in Commentarijs dicta l. filia legatorum, ſententiam Oldradi amplexi ſunt, ſed Dyni ſententiam defendit Campegius, de Dote, parte prima, quæſtio. 36.

Ego probabiliorem eſſe puto Oldradi ſententiam duabus potiſſimum rationibus. Prima, quia fundata eſt intentio filiæ in teſtamento, in quo legatum continetur, ad quod petendum & conſequendum actionem dari palam eſt; Ergo, ſi filia egerit, & opponatur exceptio illa: Patrem inter viuos ei dotem dediſſe; Et ideo non poſſe eam petere legatum, replicabit illa, ſe non accepiſſe à patre totam quantitatem Teſtamento relictam. Altera eſt ratio, quia cur legatum peti non poſſit, ſi pater ea, quæ legauit viuens in dotem dederit, illud in cauſa eſſe intelligitur, quoniam legatum tacitè ademptum videtur ex defuncti patris voluntate. Nam legata ex coniectura voluntatis tacitè adimi poſſunt, l. quarta, ff. de adim. leg. Hæc autem eſt fortis coniectura voluntatis, quia pater dedit filiæ id, quod ei legauerat. Ergo, ſi partem duntaxat dederit, & non totum, quod teſtamento reliquit; deinde non mutato teſtamento decedat, certè nec reuocatum pro illa parte, quæ ſoluta non eſt, intelligi poteſt. & magna eſt coniectura & præſumptio patrem voluiſſe, vt præter dotem datam reſiduum quoque, quod legato continetur, filia conſequatur.

CAPVT LVI.

Ad l. cum filiofam. de leg. 1. controuerſia circa vltimæ voluntatis patris ſententiam.



Apinianus ita ſcribit in l. 11. de legat. 1. *Cum filiofamilias, vel ſeruo alieno legatum, vel hæreditas datur, fideicommiſſum patri, vel domino poteſt, ac tum demum ex perſona ipſorum fideicommiſſum vires capit, cum ipſis, per quos commodum hæreditatis vel legati, patri, domino ve quæritur, fideicommiſſum hæreditatis relinquitur. Denique Iu-*

A *lianus non inſubtili ratione motus, patrem, cuius filius hæres inſtitutus eſſet, extero quidem, habita ratione legis Falcidiæ reſtituere hæreditatem reſpondit, quoniam ex perſona filii teneretur: Ipſi verò filio non admiſſa Falcidia: quia ex perſona ſua ſibi filius obligari non poſſet, ac pater non vt hæres, ſed vt pater rogari videretur. Et ideo, ſi filio rogatus ſit pater poſt mortem ſuam, quod ad ſe peruenit ex legato, vel hæreditate filio relictis, reſtituere; is q; viuo patre decedat, omnino patrem id retenturum, quoniam fideicommiſſum ex perſona patris vires acceperit.*

Poſterioris partis ſententia admodum obſcura videtur, & dubia, quoniam verba textus ex contrario ſenſu indicant, ſi extraneo rogatus ſit pater reſtituere, & extraneus interim moriatur, patrem non retenturum fideicommiſſum, quod falſum eſt; quia eiuſmodi fideicommiſſum eſt conditionale, ideoque moriente ante hæredem grauatum eo, cui relinquitur, euaneſcit, nec tranſmittitur ad hæredem ipſius, cui relinquitur, l. 4. ff. quan-
B do dies legat. cedat, l. hæres meus, ff. de cond. & demon. Conſequenter apud ipſum grauatum, à quo relictum eſt, manet, l. pater, §. Tuſculanus, de leg. 3. l. Iulianus, de leg. 1. l. vna, §. ſin autem ſub conditione, C. de cadu. tollend. Si dicatur idem eſſe iuris, cum extraneo rogatus eſt pater reſtituere, illud obſtat, quia textus conſtituere videtur diſcrimen inter vtramque ſpeciem, quod ſi nullum ſit diſcrimen prorſus indubitabile ſit reſponſum Iuriſconſulti.

Quid Gloſ. quid Bartolus, & alij in medium attulerint apud Iaſonem, qui refert & refellit, legi poteſt. & qui Pauli Caſtrenſis ſententiam ſecutus eſt, quam rectè refellit Alciatus lib. 5. Paradox. cap. 14. Vtinam ſic ille probabile aliquid dixiſſet: Sed ita ferè accidit, vt facilius ſit aliorum dicta reprehendere, quam non reprehendenda dicere.

Ego probabilem exiſtimo Iacobi Cuiacij ſententiam, eamque amplector lib. 10. Obſeru. cap. 38. cuius ſumma
C hæc eſt; Non idem eſſe reſpondendum, cum extraneo, pater reſtituere rogatus eſt, & extraneus viuo patre decedit; tunc enim hæreditas quidem fit caduca, vt conſtat ex legibus ſupra citat. Sed pater eam non retinet, quia tranſit ad fiſcum. Neque enim eo tempore, quo Papinianus reſpondit, caduca erant ſublata, vt poſtea ſublata ſūt ex l. vna, C. de cadu. tollend. & ideo ad fiſcum pertinebant, vt patet ex Fragmentis Vlpiani, titu. 17. Cur autem eo in caſu, quo pater extraneo reſtituere rogatus eſt in ea ſpecie, de qua Papinianus loquitur, ad fiſcum hæreditas tanquam caduca pertineret, & non in altero caſu, cum pater filio reſtituere rogatus eſt, illa eſt ratio: quia cum extraneo reſtituere rogatus eſt pater, tunc non vt pater, ſed vt hæres rogatus eſſe intelligitur: Cum autem filio rogatus eſt reſtituere, intelligitur rogatus, vt pater, non vt hæres. Id patet ex verbis præcedentibus eiuſdem legis, ibi: *Extero quidem habita ratione legis Falcidiæ reſtituere hæreditatem reſpondit; quoniam ex perſona filii te-*
D *neretur; ipſi vero filio non admiſſa Falcidia; quia ex perſona ſua ſibi filius obligari non poſſet, ac pater, non vt hæres, ſed vt pater rogari videretur.* Cum igitur non intelligatur rogatus vt hæres, ſed vt pater, ſi filius viuo patre moriatur, hæreditas ad fiſcum tranſire non poteſt, & ideo pater eam retinet. Non tranſit autem ad fiſcum, quia ſoli hæredi onus caduci irrogatur, non ei, qui non eſt hæres, & ideo cum in priori caſu, quo extraneo rogatus eſt reſtituere, vt hæres intelligatur rogatus, onus caduci locum habet, & fiſco hæreditas defertur. Onus autem caduci ad hæredes ſolos pertinere certum eſt: quia ſic erat conſtitutum lege Papia, vt fiſcus ea vindicaret, quæ apud hæredem remanſura erant. Hoc patet: nam ſi apud alium, quam hæredem, puta legatarium remanſura eſſent caduca, fiſcus ea vindicare non poterat, ſed legatarius ea retinebat, l. Iulian. de leg. 2. Sic igitur & quæ apud patrem, non vt hæredem, remanſura eſſent, fiſcus vindicare non poterat. Erat enim odioſa lex illa, adeoque Iuriſconſultis diſplicebat, vt interpretationibus ſuis, quoad eius fieri

poſſet,

posset, eam semper coercerent, & contra fiscum facilè responderent, si vel minima subesset dubitandi materia, vt patet ex l. intercidit, ff. de condi. & demonstr. l. quæret, ff. de verbo. signific. l. vlt. ff. de his quibus vt indig. l. Diui, §. vlti. ff. de iure codicill. l. secunda, ff. de auro & argent. leg. & testatur Iustinianus in dicta l. vna, post principiū, C. de caduc. tollend. Quare & in ea specie, qua pater non vt hæres rogatus videri poterat restituere, meritò eum hæreditatem vel legatum retenturum respondit Papinianus; quod sanè in altero casu locum habere non poterat, quo pater hæres restituere tenebatur. Nullus enim iustus color, ac prætextus erat fiscum excludendi: & ideo nec pater retinere eo in casu caducam hæreditatem potuisset; quæ ratio effecit, vt de eo tātum casu loqueretur Papinianus, quo filio pater restituere rogatus esset.

CAPVT LVII.

Innocentij III. Pontificis Maximi responsum in c. cum tibi, de testam. sitnè iuris ciuilis regulis consentaneum?



INnocentius III. Pontifex Maximus scribit in hæc verba: *Cum tibi de benignitate*. Et infra: *In secunda quæstione dicimus, quod qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus.*

Controuersia est, vtrum hoc responsum sit iuri ciuili consentaneum, & dubitationem facit, quod secundum iuris ciuilis regulas testamentorum iura per se firma esse oportet, non ex alieno arbitrio pendere, l. illa institutio, ff. de hæred. institut. Non placet Glossæ interpretatio aliud esse iure Ciuili constitutum, aliud ex Canonum æquitate; quia quoties Summus Pontifex à iuris Ciuilis rigore recedit, id prolixè & disertè solitus est exprimere. Alij dixerunt Innocentium loqui, quando in alterius voluntatem non confertur principalis testamenti dispositio; sed tantum alteri committitur electio hæredis incerti ex certis. Non rectè; tum, quia id iure ciuili permissum esse non satis probatur, tum quia Innocentius disertè loquitur de eo, qui extremam voluntatem simpliciter & absolutè committit in alterius dispositionem, non autem de eo, qui tantum committit electionem. Illa nec mihi placet interpretatio, quæ communiter recepta est, vt declarat Couuar. in relectione illius Capituli, Innocentium loqui de eo, qui suam vltimam voluntatem alterius dispositioni committit, vt scilicet ad pias causas bona sua distribuat, argumento l. nulli, & l. si quis ad declinandam, C. de Episcop. & Cler.

Nam Innocentius loquitur eo in casu, quo is, qui in alterius dispositionem suam committit vltimam voluntatem, nihil per se prorsus ordinat, vel determinat, quid, cui loco, vel personæ conferri debeat. Id patet ex integra ipsius Innocentij epistola, quæ habetur libro 3. epistolar. eius epist. 38. Antisidorensi Episcopo, cuius verba hæc sunt: *Cum tibi de benignitate Sedis Apostolicæ sit indultum, quod ordinatio rerum clericorum ab intestato decedentium liberè in tua potestate ac dispositione permaneat, volens omnem materiam scandali remouere, quod aliquando inter te, & tuos Canonicos est subortum, super duobus nos consulere voluisti. Primò, an appellatio vocabuli Clericorū, tam ad Canonicos, quam ad non Canonicos extendatur. Secundò, an illi, qui in dispositione & voluntate alterius suam committunt vltimam voluntatem, nihil per se penitus certus ordinantes, nec determinantes quid, cui loco, vel personæ cōferri debeat, dicatur decedere intestati: Prima igitur Consultationi tua duximus respondendū, quod appellatio Clericorum non solum alios, sed etiam Canonicos comprehendat: In secundo vero dicimus, quod qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus.*

Prior pars epistolæ continetur in cap. cum tibi, de ver
A bor. signif. Ex qua interpretari debemus & posteriorem, vt nimirum intestatus non dicatur is decedere, qui suam vltimam voluntatem in alterius dispositionem committit, quantum ad effectum, de quo ibi quæritur, nempe, ad hoc, vt cesset indultum Episcopo priuilegium de reb. Clericor. disponendi, qui ab intestato decedunt. Nam cum clericus decedens, alterius arbitrio suam vltimam volunt. committit, satis dicitur testari, ac declarare, se nolle, vt ea potestas sit penes Episcopum, verum penes aliū, cuius prudentiæ & arbitrio totum committit. Huius in arbitrium alterius commissionis circa legata, textum habemus in l. prima, de legat. secundo, in l. fideicommissa, 46. de fideicommiss. liber. Circa vero distributionem in pios vsus, textum in l. si quis ad declinandam, C. de Episcop. & Cleric. Vt minimè mirandum sit, si & in ea specie admittatur ad excludendum Episcopum. Non igitur illud erit propriè testamentum, non Codicillus, sed mentis testatio & declaratio morientis, cui rerum suarum di
B spositionem mandarit, vt proinde non dicatur esse intestatus, ita vt ius disponendi ad Episcopum pertineat.

CAPVT LVIII.

An legatum conferri in alienam voluntatem possit?



TRia sunt hac de re certa & explorata: Vnum autem dubium & controuersum est. Primo certum est, legatum conferri posse in voluntatem legatarij, l. si ita expressum, ff. de condi. & demonstr. l. si ita, §. illi si volet, de leg. 1. Secundò certum est conferri non posse in liberam hæredis voluntatem, l. Senatus, §. legatum, de leg. 1. Tertiò conferri posse in hæredis voluntatem, si non libera sit, sed quasi boni viri arbitrium accipiatur, l. fideicommissaria, 46. ff. de fideicommiss. liber. Illud autem dubium &
C controuersum est, vtrum in voluntatem extranei conferri possit. Nam pugnare videtur l. nonnunquam, ff. de cōdi. & demonstr. cum l. 1. de legat. 2. Modestinus scribit in dicta l. nonnunquam: *Non posse utiliter his uerbis legari Si Mænius uoluerit, Titio decem dato. Nam in alienam uoluntatem conferri legatum non potest, licet utiliter ita legari possit. Titio decem do, lego, si Mænius Capitolium ascenderit, quamuis in arbitrio Titij sit, an Capitolium ascendat & uelit efficere, ut Titio legatum debeatur*. At contra Vlpianus in d. l. 1. *In arbitrio alterius conferri legatum ueluti conditio potest. quid enim interest: Si Titius in Capitolium ascenderit mihi legetur, an si uoluerit?* Vlpianus in d. l. fideicommissaria, 46. ff. de fideicommiss. libert. *Sed si ita adscriptum sit*, inquit, *si Seius uoluerit, Stichum liberum esse uolo. Mihi uidetur posse dici ualere libertatem: quia conditio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset; si Titius Capitolium ascenderit.*

Communis est Interpretum sententia, legatum posse
D in extranei arbitrium conferri, tanquam boni viri, non autem in liberam voluntatem, sicuti explicat Couuar. repudiata cuiusdam Lusitani contraria sententia, in relectione cap. cum tibi, numero septimo, de testamen. Sed non hinc tollitur repugnantia, quæ est inter Vlpianum & Modestinum, dum ille negat legatum in alienam voluntatem expresse conferri posse, tacitè autem veluti, si Titius Capitolium ascenderit, posse. Vlpianus autem affirmat conferri posse, nec vllum statuit discrimen, an dicatur, si Titius voluerit, vel si Titius in Capitolium ascenderit. Certè nodus difficillimus est adeo, vt hanc esse antinomiam insolubilem dixerit Sarmientus, post Emanuelem Costam, quem refert libro secundo, Selectar. Interpretat. cap. 6. numero 29. Si quid probabiliter adferri potest, id mihi videtur attulisse Iacobus Cuiacius libro secundo, Obseruat. cap. secundo. *Sed omissis*, inquit, *Interpretum traditionibus, ut hæc uerba: Si Titius uoluerit, dupliciter accipiam, inclinat animus. Aut enim his uerbis totum testator in uoluntate Titij posuit, ut is arbiter,*

& quasi

[A] *& quasi dator legati sit: & hoc fit inutiliter, dicta l. nonnunquam. Aut hæc verba pro conditione accepit, in hunc sensum, si fortè acciderit aliquando, vt Titius velit, & hoc non fit inutiliter; Aequè enim valet legatum, atque si obscuriori ratione sit res collocata in voluntatem Titii, vt puta, si Titius Capitolium ascenderit, & hoc ita Vlpianus tradit in l. 1. de legat. secundo. In arbitrium,* inquit, *alterius conferri legatum veluti conditio potest: quid enim interest, si Titius Capitolium ascenderit, mihi legetur, an si voluerit, veluti conditio, id est, quasi conditio, sed malim legere veluti conditionem. Et ex eo quidem loco, quod Vlpianus alibi tradit, legatum in aliena voluntate poni posse, sic accipiendum esse reor, vt in aliena voluntate, quasi conditione legatum poni possit, l. Senatus, § legatum. Nam in l. fideicommissaria, 3. ff. de fideicommissar. libert. Idem auctor ideo libertatem ita relictam, si Titius voluerit, deberi ait, quod conditio potius sit, scilicet, quàm legati dandi merum arbitrium; & huic conditioni eo etiam loco illam, si Titius in Capitolium ascenderit, parem facit omnimodò.* Hactenus egregiè Cuiacius. [B]

CAPVT LIX.

Legatum an in voluntatem hæredis conferri possit ad interpretationem l. fideicommissaria, 46. ff. de fideicommiss. libert.

VLpianus ita scribit: *Fideicommissaria libertas ita dari potest: Hæres si volueris, fides tua cōmitto, vt Stichum manumittas, quamuis nihil aliud in testamento potest valere ex nutu hæredis.* Et paulo post: *Quod si ita scriptum sit,* inquit, *si hæres voluerit, non valebit: Sed ita demum, si totum in voluntate fecit hæredis, si ei libuerit. Cæterum, si arbitrium illi, quasi bono viro, dedit, non dubitabimus, quin libertas debeatur.*

Hic difficultas oritur primo, quia legatum in voluntatem hæredis conferri non potest, l. Senatus, §. legatum, [C] de leg. 1. Vlpianus autem respondit posse. Secundò, quia postquam Vlpianus respondit posse, quasi mutata sententia respondit non posse, si de libera voluntate intelligatur. Et tamen supra in principio de libera voluntate locutus est, dum dixit: *Hæres si volueris,* quia innuit ibi nihil aliud valere arbitrio hæredis ita relictum, recepta libertate, consequenter de libera voluntate locutus est; quia constat arbitrio hæredis tanquam viri boni non solum legatum libertatis, sed & alterius rei valere.

Veteres Interpretes dixerunt, Vlpiani verbis posterioribus priora corrigi, quod nequaquam videtur verisimile. Ricardus autem de Salyceto dicebat, in prioribus verbis Vlpianum loqui de hæredis arbitrio non libero, sed tanquam boni viri, propter illa verba: *Fidei tua committo,* sed frustra, quia non solum libertas: sed & alia committi possunt hæredis arbitrio tanquam boni viri, l. si sic, de lega. primo, l. prima, de leg. secundo. Et tamen Vlpianus indicat nihil aliud ita relictum posse valere. [D] Præterea, Vlpianus loquitur de ea conditione, si hæres voluerit, simpliciter & absolutè, non autem de illa: *arbitrio tuo, si tibi videbitur,* de quibus postea inferius loquitur.

Raphael Cumanus ad l. illa institutio, ff. de hæred. instit. dicebat fideicommissariam libertatem ita relictam, *si hæres voluerit,* valere, non autem directam. Initio autem legis loquitur Vlpianus de fideicommissaria. Id patet ex illis verbis: *Fidei tua committo,* sequentibus autem verbis de directa loquitur libertate relicta. Sed non probatur mihi hæc sententia, vti neque Decio, ad l. captatorias, C. de milit. testamen. quia nec fideicommissaria libertas debetur, si in liberam hæredis voluntatem conferatur: sed opus est, vt boni viri arbitrio relicta sit. Sic enim subiungit Vlpianus: *Nam & eam libertatem deberi placuit, si tibi videbitur peto manumittas; Ita enim hoc accipiendum, si tibi quasi viro bono videbitur.*

Emanuel Costa, libro primò, Select. Interpret. ca. 22. [A] dicebat, aliud esse valere libertatem, prout principium legis loquitur, aliud libertatem deberi, prout inferius Vlpianus in vers. Cęterum, sed refutatur à Sarmiento, lib. secundo, Select. Interpret. cap. 6 nume. 15. ipse verò Sarmientus docet verba illa: *hæres si volueris, fidei tua committo, ut Stichum manumittas,* ad boni viri arbitrium fauore libertatis trahenda esse, multisque legibus adductis, probat fauore libertatis interpretationem alio modo fieri, quam alias fieri soleat, sed non rectè respondet ad argumentum Decii, quod non id in libertate singulariter constitutum sit, vt valeat legatum arbitrio hæredis commissum: nam & alia etiam legata & fideicommissa simili modo relicta valent, l. si sic, de legat. 1. cum tamen textus innuat id tantum in libertate locum habere.

Iacobus Cuiacius lib. 2. Obseruat. cap. 2. idem ferè dixit, sed clarius; *In arbitrium hæredis,* inquit, *quasi boni viri legatum conferri potest. In plenum hæredis arbitrium conferri legatum non potest, ut puta, si uolueris; ne sit in eius arbitrio, quem testator obligare cogitat, an sit obligatus;* [B] *atque ideo hæc etiam uerba pro conditione non accipiuntur, nisi fauore libertatis, quemadmodum in initio l. fideicommissaria, 3. ff. de fideicom. libert. aperte demonstratur; namque si libertas ita relicta fuerit, ueluti sub conditione, non eo animo, ut autor dandæ libertatis hæres ipse solus existeret, si hæres noluerit, libertas debebitur statim, ut hæres annuerit. Cæterū, ita relictum legatū, si hæres uoluerit, nec si post annuerit hæres, debebitur: quoniam inutilis prorsus ea Scriptura est. Sub alia conditione licet obscure, si legatum in hæredis arbitrium conferatur, ut puta, si hæres Capitolium ascenderit. Nisi hæres noluerit, utilis scriptura est, l. 3. de leg. 2. l. fideicommissa, §. sic fideicommissum, de leg. 3. At nisi fauore libertatis hæc uerba, si uolueris, ad hæredem relata per speciem conditionis, nunquam certè defendemus.* Hactenus ille.

Sed vnum obstare videtur huic sententiæ, quod si specialiter in libertatis legatum constitutum est, vt valeat ex nutu hæredis, nempe, sub ea conditione: *si hæres uoluerit,* [C] quæ liberum arbitrium significat, cur postea sequentibus verbis: id valere negat Vlpianus dicens: *Quod si ita scriptum sit; si hæres uoluerit, non ualebit, sed ita demum, si totum in uoluntate fecit hæredis, si ei libuerit. Cæterum, si arbitrium ille, quasi uiro bono dedit; non dubitabimus, quin libertas debeatur.*

Ego puto hanc esse sententiam Iurisconsulti, vt libertas sub ea conditione relicta: *si hæres uoluerit,* valeat; & hoc libertatis fauore specialiter sit constitutum, quia licet verba significare videantur liberum & plenum arbitrium hæredis, possunt tamen trahi etiam ad arbitrium boni uiri, & licet in aliis legatis & fideicommissis non ea interpretatio fieret, tamen libertatis fauore recipitur. Quod vero infra Vlpianus subdit: *Quod si ita scriptum sit, si hæres uoluerit, non ualebit,* priori huic sententiæ non aduersari, propter verba sequentia: *Sed ita demum, si totū in voluntate fecit hæredis.* Ex his enim verbis duo indicat Vlpianus, primum, illa uerba, *si hæres voluerit,* in [D] libertatis fideicommisso trahi posse ad arbitrium boni viri, quia si trahi non possent, non erat opus, vt diceret: *Sed ita demum, si totum in voluntate hæredis fecit.* Alterum est, ita demum non valere libertatis legatum, si ex verbis manifestum erit, testatorem totum posuisse in voluntate libera hæredis, puta dicendo, *si libuerit.* Ergo posterius responsum priori non aduersatur; quia in priori dicitur valere fideicommissum sub ea conditione, *Si hæres voluerit.* In posteriori interpretatio fit hoc modo, vt valeat, nisi totum legatum testator posuerit in plena & libera voluntate hæredis. quod vero subdit textus: *Cæterum si arbitrium illi quasi viro bono dedit, nō dubitabimus, quin libertas debeatur,* id arguit hoc in casu nullam esse difficultatem, quin legatum debeatur, quia debetur etiam, si aliud sit, quam libertas, l. si sic, de leg. 1. Ergo multo magis libertas. Sed in priore casu cum dixit, *Si hæres uoluerit,* dubitari potest ex eo, quod cætera legata non valent ita relicta. Veruntamen respondit valere legatum libertatis, quia non ita accipienda sint illa verba, vt signi-

significent liberam hæredis voluntatem, sed conditionem inducant, & arbitrium boni viri significent: licet hæc interpretatio in alijs legatis non ita facilè reciperetur.

CAPVT LX.

Donare mortis causa possit ne mulier, quæ non potest contractum facere abque consensu duorum propinquorum, ita disponente Municipij lege.

HIc subijciam alias controuersias in materia donationis causa mortis, quæ superioribus commodius adiungi potuissent. Prima est: Municipali lege cauetur, vt nullum contractum mulier facere possit absque consensu duorum propinquorum; Vtrum omissa hac solennitate, donare mortis causa possit? Affirmant Ludouicus Romanus ad l. secundam, de leg. primo, Iason ibidem nume. 13. alios duos, nempe, Alciatum & Socinum citat Tiraquellus de legibus Connubialibus, Glos. 5. numero 74. sed non fideliter: debuit enim eos citare in Commentarijs ad l. 2. ff. de verbor. oblig. Citat præterea Socinum in aliquibus consilijs, & alios, qui de hoc nihil dicunt. Eandem sententiam secutus est Ruinus ad dictam l. nu. 43. de leg. 1. Negant verò Ancharanus in consil. 384. Dubium in ista quæstione. Alexand. in l. 2. col. vlt. de leg. 1. & in l. 2. vbi etiam Aretinus, ff. de verb. oblig. Ripa ad d. l. 2. de leg. 1. num. 10. & ibid. Socinus, & alij, quos commemorat Tiraquellus loco proximè citato, nu. 78.

Prioris sententiæ fundamentum est primò, quia donatio causa mortis naturam habet vltimæ voluntatis, non autem contractus inter uiuos. l. vlt. C. de donat. cau. mort. ibi: *Omnes effectus sortietur, quos vltima habent liberalitates, neque ex quacunque parte absimilis esse intelligatur.* Secundò, quia certum est, mulierem posse testamentum facere absque solennitate statuti: neque enim de testamento loquitur, sed de contractu, l. verba gesserunt, ff. de verbor. sign. ergo multo magis donare poterit mortis causa; Et præsertim, quia eadem est ratio, sicut enim testamentum reuocari potest, ita etiam donatio causa mortis, vt in Instit. de donat. Tertiò, quia minor adultus curatorem habens, non potest contractum facere, sine curatoris autoritate, l. si curatorem habens, C. de in integr. restit. minor. & tamen potest testamentum facere, l. Aurelio, §. Caius, ff. de liber. legat. Ergo multo magis etiam poterit mortis causa donare.

Posterioris autem sententiæ fundamentum est, quia donatio causa mortis, dum fit & celebratur, videtur habere naturam contractus inter viuos, non autem vltimæ voluntatis. Nam requirit præsentiam eius, cui donatur. Item, traditionem, vel stipulationem, seu nudum pactum, vt docent Bartol. Alexand. Castrens. & alij, in d. l. 2. de leg. 1.

Sed mihi prior sententia probabilior videtur: Pro cuius confirmatione considero, Statutum esse contrarium Iuri, quo mulier liberè potest absque proximiorum præsentia & consensu contractus facere, ideo locum habere debet in contractibus propriè sumptis, non autem in donatione causa mortis, quæ re uera non est contractus. Secundò animaduerto, donationem ipsam causa mortis reuocari posse, l. vbi ita donatur, ff. de donatio. causa mortis. Consequenter non uiget in ea ratio Statuti, quæ uiget in contractibus, illa nempe, ne mulier decipiatur, ne lædatur ex contractu. Poterit enim donationem reuocare, non sic alium contractum, l. sicut, C. de actio. & oblig.

Respondet Ripa, si donatio à traditione incipiat, mulierem lædi posse, saltem in fructibus, & dicit mori posse antequam se deceptam esse intelligat. (loquitur autem Ripa de minore, sed eadem ratio est in muliere.) Ad primum argumentum respondet, donationem magis naturam contractus participare, quam ultimæ vo-

A luntatis, saltem quatenus fit, & in esse producitur. Ad secundum argumentum respondet, illud non ualere, quia testamentum, & donatio mortis causa, differunt. Ad tertium, negat minorem adultum donare mortis causa posse.

Replicari potest ad singula. In primis, quod dicit de læsione circa fructus, illam allegari non posse, quia donatio statim reuocari potest à donatore, antequam fructus percipiantur.

Quod uero dicit fieri posse, ut moriatur donans ante reuocationem, nihil est; quia satis est reuocari posse quandocunque, si non reuocauerit donator, sibi imputet. Nam fieri etiam potest, ut & contractus sine propinquorum consensu factus, non irritetur, & tamen sit damnosus; & tamen huius rei ratio non habetur. Sufficit enim legi remedium proponere, non etiam, ut quis eo uti uelit, sollicita esse debet.

Dum autem instat atque contendit donationem causa
B sa mortis, quatenus in esse, vt ipse loquitur, deducitur, participare naturam contractus, loquitur contra l. vlti. C. de donat. caus. mort. ibi; *Neque ex quacunque parte absimilis esse intelligatur.*

Denique quod negat, adultum donare mortis causa posse perperam negari ostendemus capite sequenti, sicut & perperam negatur illa consequentia; Testamentum facere potest, ergo & donare mortis causa potest; Probatur enim ex l. cum hic status, §. si miles, ff. de donatio. inter vir. & vxor. *Nam & mortis causa donare poterit*, inquit textus, *cui testari permissum est.*

CAPVT LXI.

Adultus minor 25. annis curatorem habens, possitne mortis causa donare absq; eius consensu & autoritate?

C QVæstio igitur est controuersa; Vtrum adultus curatorem habens donare possit mortis causa absque consensu & autoritate curatoris. Et donare posse affirmant Baldus in l. prima, ff. de Tut. & ratio distrah. Alexand. in l. si curatorem habens, C. de in integr. restitu. min. Iason in l. 2. de leg. primo, Alciatus in l. secunda, num. 2. ff. de verb. oblig. & alij, quos refert & sequitur Tiraquellus ad l. si unquam, in uerbo, donatione largitus, nu. 253. C. de reuoc. donat. quibus & ipse assentior.

Fundamentum illud est solidum, quia citra omnem controuersiam adultus testamentum facere potest sine consensu curatoris; Tantum enim impuberibus prohibita est testamenti factio. Igitur & donare mortis causa poterit. Hanc consequentiam probat textus in l. cum hic status, § si miles, ff. de donat. inter uir. & uxor. *Nam & mortis causa donare poterit* (inquit textus) *cui testari permissum est.* Et in l. Marcellus, ff. eod. titu. & in l. filiusfam.
D ad si. ff. de donat.

Pro contraria sententia allegantur Baldus in cap. primo, §. item sacramenta, num. 16. de pace iuram. firmand. quatenus ibi dicit, iuramentum requiri in donatione ab adulto facta. Alexand. in l. secunda, nu. 15. de leg. primo, & ibid. Ripa, nume. 10. clarè hanc sententiam amplexus est, licet non bene alleget Baldum in cap. primo, de prohibita feudi alien. per Frider. Eandem sententiam secutus est Aretinus, in l. si curatorem habens, nume. 3. C. de in integr. restit. min. Allegatur etiam Franciscus Cremensis, sing. 118. Hæres minoris. sed mihi videtur potius cõtrariam sententiam amplecti.

Fundamentum illud est; quoniam iure cautum non reperitur, adultum donare mortis causa posse sine consensu curatoris. Nec obstat, quod possit testari, quia ratio diuersitatis est inter factionem testamenti & donationem. Primò, quia testamenti factio non potest ex alieno arbitrio pendere. l. illa institutio, ff. de hæred. instit. at donatio causa mortis potest, quod patet: nam filiusfam.

donare

donare potest causa mortis patre consentiente, l. tam is, A
§. primo, ff. de donat. caus. mortis. Secundò, quia testamento hæres instituitur & successor defuncti, quod est fauorabile valde, quæ ratio cessat in donatione mortis causa.

Addit Ripa aliam rationem ex l. filiusfamil. §. Pari ratione, ff. de donat. quatenus ibi dicitur, eadem ratione, qua filiusfamil. inter viuos donare prohibetur, prohiberi etiam mortis causa donare. Sic enim argumentatur: Adultus inter viuos donare prohibetur sine consensu curatoris, l. si curatorem habens, C. de in integr. restit. Ergo, & donare mortis causa.

Respondeo, quod attinet ad primum, satis cantum esse legibus nostris, adultum donare posse causa mortis, cum testari possit: & is, qui testari possit, etiam donare mortis causa valeat. Neque enim omnes iuris articuli sigillatim legibus comprehendi potuerunt, l. nō possunt, ff. de legibus.

Ad rationem diuersitatis inter testamentum, & donationem mortis causa, respondeo, licet in aliquibus differant, tamen regulam esse firmam, & argumentum regulariter sumi posse, vt qui testari possit, etiam mortis causa donare possit. B

Ad rationem Ripæ respondeo, filiumfam. donare nō posse inter viuos; quia permissa ei non est libera peculij administratio; & eadem ratione nec donare mortis causa posse. Hæc est sententia Iurisconsulti in dicta l. filiumfamil. §. pari ratione, ff. de donat. Sed non inde generalis regula rectè sumitur. Qui donare inter viuos non potest, nec mortis causa donare poterit. Adde differentiæ rationem esse inter donationem inter viuos, & mortis causa, illa enim reuocari non potest, hæc autem potest, effectum habet, nisi morte donatoris secuta.

CAPVT LXII.

Vtrum vsurarius manifestus, qui testari prohibetur, etiam mortis causa donare prohibeatur, ante præstitam cautionem de restituendis vsuris? C



Vsurarius manifestus testamentum facere nō potest ante præstitā cautionem de restituendis vsuris, capit. quanquam, de vsuris, lib. 6. Sed controuersia est, an donare mortis causa possit: Affirmant Baldus in l. executorem, num. vndecimo, C. de execut. rei iudi. & in consilio 298. libro secundo, Calstensis in consil. 160. libro primo, Imola in l. tam is, ff. de donation. caus. mortis. Decius in consil. 196. Probus in dicto cap. quanquam, num. 15. de vsuris, lib. 6. Eandem sententiam secutus est Couuar. in rubr. de testamen. in 3. parte, numero 11. Nisi donatio in fraudem fiat, quod præsumitur, quando est omnium bonorum. Item, nisi in testamento fiat, quia sicut testamentum non valet, nec valere potest mortis causa donatio in eo facta; quod tamen non procedit, quoties interponitur stipulatio: tunc enim videtur esse contractus; quanquam in hoc vltimo contrarium docuerit Ripa in l. 1. num. 9. de leg. 1. D

Fundamentum huius sententiæ est, quia donatio causa mortis non est testamentum. Atqui Summus Pontifex in dicto cap. quanquam, de testamento loquitur, ergo non prohibetur donatio causa mortis. Præsertim, quia donatio causa mortis, videtur potius participare naturam contractus, quàm vltimæ voluntatis, dum fit, & celebratur iuxta communem distinctionem Doctorum in l. 1. de legat. primo, de qua per Couuar. in rubr. de Testamen. in 3. parte, & per Gomesium Variar. resolut. tit. de Contractib. cap. 3. nu. 16.

Sed contrariam sententiam probabiliorem esse iudicō, quam amplexi sunt Glos. in dicto cap. quanquam, qua tenus dixit, eam constitution, em procedere in qualibet vltima voluntate. Constat enim donationem causa mortis, speciem esse vltimæ voluntatis, l. vlt. C. de donat. causa mort. Bald. in consi. 294. lib. 2. Lapus Allegatione 125. Laurent. de Rodulphis, de vsuris, quæst. 100. Ioannes de Anania in cap. quia in omnibus, colum. 16. de vsuris Philip. Francus ad Rubr. de testam. lib. 6. nume. 34. Socinus ad l. secundam, nume. sexto, de legat. primo, & ibid. Ripa nume. 7. qui ambo non esse ab hac sententia recedendū, monent.

Fundamentum est primò, quia Pontificis Maximi Constitutio, fauorem animæ concernit, ideo facilè extendi potest, ac debet. Secundò, quia si permissa esset mortis causa donatio, facile eluderetur ea Constitutio. Nam vsurarius donaret mortis causa omnia sua bona. Tertiò, quia si vsurarius manifestus testamentum facere non potest, sequitur, vt nec codicillos facere possit, l. Diui, §. codicillos, ff. de iure codicillor. nec legata relinquere. Nam is legare potest, qui testamentum facere potest, l. 2. de leg. 1. Consequenter, nec donare mortis causa: quod enim iuris est in legatis, idem & in mortis causa donationibus accipiendum est, teste Iurisconsulto in l. illud, ff. de dona. causa mortis.

Ad argumentum contrariæ sententiæ respondeo, negari non posse, quin aliud sit testamentum, aliud donatio mortis causa, sed tamen per consequentiam quandam Summi Pontificis Constitutio, quæ de testamentis loquitur, trahi debet etiam ad mortis causa donationem vt dictum est.

Non obstat, quod dicitur, vbi fraus sit, donationem infirmari posse, quia consultius est fraudis occasionem euitare. Et cum hæc interpretatio fiat contra manifestos vsurarios, quamuis lata sit, iusta tamen videtur ad crimen vsurarum compescendum, quod summo studio in ea constitutione conatus est Pontifex Maximus efficere.

CAPVT LXIII.

Donatio mortis causa possitne reuocari ex pœnitentia donatoris absque hærede decedentis.



Existimo reuocari posse. Hæc est enim natura donat. causa mor. vt pœnitentia donatoris reuocetur, l. vbi ita donatur, ff. de mortis caus. donat. §. 1. Instit. de donat. Nec contrarium eo in casu, quo donator absque hærede decesserit, constitutum reperitur. Ita docent Iason ad l. qui Romæ, §. Flauius, nu. 31. ff. de verb. obli. Decius ad l. nō omnis, ff. si cert. pet. Ripa in l. 2. de leg. 1. Corn. in consi. 68. lib. 3. Couuar. ad Rub. de testam. par. 3. nu. 24.

Contrarium responderunt Angelus, Imola, Aretin. & Alexan. nu. 10. in d. §. Flauius. Socin. in l. non omnes, ff. si cert. pet. Marsil. Sing. 63.

Fundamentum est in l. 1. ff. qui sine manumissione ad libert. perueniunt. Paulus: *Si seruus venditus est, vt intra certum tempus manumittatur, etiamsi sine herede decessisset & venditor & emptor, seruo libertas competit, & hoc Diuus Marcus Rescripsit. Sed etsi mutauerit voluntatem venditor, nihilominus libertas competit.*

Respondeo, nullum verbum hic de donatione causa mortis, sed de libertate agitur, cuius causa multa sunt cōtra Regulas Iuris constituta.

CAPVT LXIV.

Si filiusfam. testamentum faciat cum consensu patris adiecta clausula codicillari: Si non valet iure testamenti, valeat iure codicillorum, & cuiuscunq; vltimæ voluntatis, vtrum in vim donat. causa mortis valere possit.



Filiumfam. testamentum facere non posse, etiā cum consensu patris, certum est, l. qui in potestate, ff. de testam. sed controuersia est, an si fiat patre consentiente, adiecta clausula codicillari; Si non valet iure testamenti, valeat iure codicillorum,

lorum, & cuiuscunque vltimæ voluntatis: Vtrum valere possit in vim donationis causa mortis? Constat enim filiumfam. donare causa mortis posse patre consentiente, l. filiusfam. §. pari ratione, ff. de donat.

Et quidem non valere, autores sunt Speculat. in tit. de fide Instrumentorum, §. compēdiosè, vers. quid si filius, & multi alij, quos refert, & sequitur Socinus senior, in cons. 112. num. 7. vers. sed contrariam sententiam, lib. 1. Fundamentum est; quia requiritur patris consensus expressus, vt in d. l. filiusfamil. §. pari ratione, ff. de donat. Hac in specie autem expressus non videtur: Ergo non valet donatio.

Cæterum, contrariam sententiam, & veriorem, & cōmuniorem esse non dubito, quam amplexi sunt Paulus Castrensis in l. qui in potestate, num. 6. ff de Testam. Alexand. in l. Senium, num 8. C. qui Testam. facere poss. Clarus alios citans, §. donatio, quæstio. 6 vers. sed quæro, tu scis. Viglius in §. qui alieno, num. 10. in Institut. quibus non est permissum facere Testam. Roland. à Valle, consil. 68. num. 9. lib. 4. Anton. Tessaurus decis. Pedem. 150. num. 12.

Fundamentum est, quia certum est illa verba: *Et cuiuslibet alterius vltima voluntatis*, Quæ continentur in Claulula Codicillari non posse in alia specie vltimæ voluntatis verificari, præterquam in donatione causa mortis, quia testator dixit: *Si non valet iure Testamenti, valeat iure Codicillorum, & cuiuscunque vltima voluntatis*. Præter Testamentum autem & Codicillum est donatio causa mortis, & sic de ea testator intellexit, argumen. l. 2. ff. de lib. & postum. & l. fundus qui locatus, ff. de fundo instruc.

Quod autem patris cōsensus hic accedat, ex eo patet; quod nos præsupponere oportet filium patre præsente, aut certè consentiente Testam. facere, in eoque Clausulam illam Codicillarem adijcere. Non obstat id, quod dicebatur eiusmodi consensum debere esse expressum, & tacitum non sufficere, l. filiusfamil. §. pari ratione, ff. de donat. quia non est hęc sententia tex. in d. § pari ratione. Sed alia, nimirum, patris consensum generalem filio pręstitum, vt donare possit, non sufficere; sed specialem requiri, vt mortis causa donare possit; quia scilicet consensus ita generalis, de donatione inter viuos et ita accipiendus. Verba tex. hæc sunt: *Sed enim meminisse oportebit, & si cui donare quoque permissum est, nisi specialiter etiam mortis causa donare fuerit permissum, non posse mortis causa donare*.

CAPVT LXV.

Legato Castro cum pertinentijs, an etiam bona particularia & prædia contineantur.

Celebris est controuersia, legato Castro cum pertinentijs, an prædia, & similia bona particularia, quæ ibi possidentur à testatore, legato contineantur; Qua de re, atque in vniuersum, an concesso Castro, censeantur etiam prædia, & alia bona particularia concessa, multa extant Doctorum responsa, alijs affirmantibus, alijs verò negantibus. Vide Imolam, Alexand. & Aretinum, ad l. 3. ff. de adquiren. possess. eundem Alexandrum in consil. 222. in fine, libro 3. & in consil. 14. circa finem, libro septimo, Aretinum in consil. 15. Baldum & Afflict. & alios, in titu. de Capitaneo, qui curiam vendidit. Iasonem in l. vlt. ff. de constitu. Princip. & in l. quominus, in 20. quæstio. ff. de Flumin. Ruinum in consil. 45. libro 1. Socin. iun. in consilio 160. num. 32. libro 2. & in consil. 106. num. 3. eodem lib. Curt. iun. in consil. 158. Alciatum in consil. 33. num. 5. in 3. Tomo. Albam in cons. 78. num. 12. Natam in cons. 313. Beroum in consil. 51. lib. 2. Domin. meum Cephalum in cōsil. 3. nu. 45. in cons. 144. lib. 1. & in cons. 250. nu. 15. lib. 2. Rolandum à Valle in cons. 33. lib. 4. Andream Siculum in cons. 57. col. 10. lib. 4. Hippolytum Riminaldū in cons.

A 19. lib. 1, Crauettam in cons. 480. nu. 3. lib. 3. cons. 345. nu. 10. eod. lib. & 895. nume. 4. lib. 5. Antonium Gabrielium com. concl. lib. 6. tit. de verb. sig. conclu. 10. Manticam de coniect. vltimar. volunt. lib. 9. tit. 2. nu. 34. Simonem Pretum de interpret. vltimar. volunt. lib. 4. dubitatione 7. nu. 45. Menochium in consil. 140. lib. 2. & de Præsumpt. lib. 3. præsumpt. 99.

Qui affirmarunt etiam prædia contineri, adducti in eam sententiam fuere; quoniam verbum, (pertinere) latissimam habet significationem, l. verbum illud pertinere, ff. de verb. sign. & ideo pertinentiarum nomine contineri videntur, quæ quoquo modo Castro accedunt, & ad illud spectant, qualia sunt prædia, molendina, & alia bona, quæ dominus castri habet in eodem loco.

Cæterum, negantes celebri illa, & communiter recepta Innocentij traditione nituntur, in c. cum ad sedem, de restit. spoliat. vbi docet, pertinentias eas dici, quæ Lege vel statuto, vel consuetudine deputatæ sunt: castro autē
B nihil corporale deputatum esse, quod sit eius pertinens; sed tamen ab hominibus, & eorum statutis certum territorium assignari solitum, quod illi in iurisdictione, & dote debeat respondere.

Ego in duobus casibus existimauerim Castro legato, contineri etiam prædia, & alia id genus bona particularia. Primus est, quando vno eodemque tempore, titulo & precio simul cum Castro comparata fuere, argumento l. prædijs, §. qui domum, de leg. 3. vbi Papinianus scribit appellatione domus, insulam quoque iūctam domui videri legatam, *Si vno precio cum domo comparata fuisset*. Secundus casus est; quando constat patremfamil. vsum fuisse prædijs tanquam pertinentibus ad ipsum Castrū. Nostra enim destinatione & vsu pertinentiæ constitui dicuntur, argum. l. quod in rerum, §. si quis post, de lega. 1. l. prædijs, §. qui domum, de leg. 3. l. Caius, §. 1. de leg. 2. l. si cui ædes, de leg. 3. tradunt Tiraquellus de retractu cō sang. §. 36. Glos. 3. nu. 4. Ruin. in cons. 71. lib. 2. D. Cepha-
C lus in d. cons. 144. num. 17. lib. 1. Menochius d. cons. 140. nu. 24. Bursatus in cons. 2. nu. 49. lib. 1. Sim. Pretus de interpretatione vltimar. volunt. lib. 4. dubitatione 7. num. 39. Andreas Geyll, lib. 2. Obseru. 62. nu. 4.

Extra duos hosce casus nullum video argumentum pro affirmante sententia. Nec me mouet verbum, Pertinere: quia latissima eius significatio in hoc consistit, quod refertur ad res, quæ dominij nostri sunt, & quæ iure aliquo possidemus, vel possidere possumus, aut acquirere. Sed non hoc pertinet ad quæstionem, an pertinentiæ Castri dicantur prædia, & similia. Vt enim ad testatorem maximè pertineant, non tamen efficitur eadem ad Castrum pertinere; sicut dicere solemus, alia esse instrumenta domus vel fundi, alia patrisfamilias, l. quæsitum, §. si domus, ff. de fundo instru. Paulus Castrensis in cons. 377. num. 1. lib. 1.

D
CAPVT LXVI.

Fideicommissum in dubio, vtrum præsumatur relictum à filio impubere, an verò ab hærede eius?

Pater filium impuberem hæredem instituit, & si in pupillari ætate decesserit, bona sua ad Titium peruenire iubet, alijsvè vtitur verbis impersonalibus, quibus neque impuberem filium rogat, neque eius hæredem legitimum ab intestato venientem; sed tamen expresse constituit fideicommissum, quo bona sua Titio restituātur. Controuersia est; vtrum in obscura voluntate testatoris ea adhibenda sit interpretatio, vt videatur ipse filius impubes rogatus restituere; an verò hęres legitimus ipsius filij impuberis. Quæ quidem inuestigatio non modici momenti est; quoniam si filius rogatus esse intelligatur tunc locus erit detractioni legitimę, quia illa excipiēda

est de restitutione, & detractione etiam Trebellianicæ: Cæterum, si hæres filij rogatus esse intelligatur, cessabit legitimæ detractio. Nam hæres non potest eam suo nomine detrahere; quoniam illi non debetur. Non filij nomine eam detrahere potest; quia is rogatus per fideicommissum restituere non intelligitur.

Fideicommissum ergo in dubio uideri à filio ipso impubere relictum, Bar. respondit in l.cohæredi, §.quod si hæredem, ff.de vulg.num.2. *Secundò, nota, inquit, & perpetuò tene menti, quod in dubio fideicommissum videtur relictum ab ipso filio instituto impubere, licet relinquatur post mortem suam, vt hic dicit textus, ibi: Vt ab impubere,* &c. Idem respondit Paulus Castrens. in consil. 341. num. 4. vers. Tertiò oppono, lib. 1. & in consil. 67. in fine, libro 2. Curtius senior, in consil. 42. num. 19. Socinus iunior in cons. 131. num. 76. lib. 1. Gahaula ad l. Centurio, nu. 188. ff. de vulg. Matesilanus Notabili 162. Ruinus in cons. 52. num. 1. & 96. num. 7. lib. 2. Rubeus in cons. 157. nu. 6. Socinus sen. in cons. 140. nu. 4.

Cæterum, contrariam sententiam, nempe, ab hærede filij relictum censeri, secuti sunt Imola in d.l.cohæredi, §.cum filiæ, num. 7. ff. de vulg. Fulgosius in l.ex tribus, nu. 3. C. de inoffic. testam. & ibid. Paulus Castrens. num. 4. 5. Alexand. in d. §. cum filiæ, nu. 6. & in l. 1. §. vlt. nu. 3. ff. eod. tit. & in cons. 12. nu. 24. lib. 3. Iason in l. precibus, nu. 15. C. de impub. & alij, quos refert, & sequitur Franciscus Mantica de coniecturis vltimar. voluntatum, lib. 8. tit. 3. post num. 5.

Cæterum, inter huius sententiæ autores Bart. etiam tanquam sibi contrarius recensetur, sed, ut mihi uidetur, iniuria, in l. qui duos, ff. de vulg. uerba eius hæc sunt: *Vltimò quæro, qualiter fuerunt concepta verba, quando legata fuerunt a substituto relicta. Dicit Glos. quod dicit, si talis intra pupillarem ætatem decesseris, lego tibi centum, quod tene menti, & sic non dicit lego a substituto, sed simpliciter dicit, lego tibi centum, & tamen Glos. dicit, quod ex istis verbis videtur relictum a substituto. Contra hoc videtur textus suprà, l. proxima, §. cum filia, vers. Quod si hæredẽ, Sol. Possumus dicere, quod ibi verba fuerunt prolata ad ipsum impuberem; quoniam ipsum impuberem grauauit, sed hic simpliciter fuerunt prolata; Vnde cum referantur post mortem, videntur relinqui a substituto, argum. l. Codicillis, in princip. de vsufructu leg. Et hoc puto verum in substitutione directa: In substitutione uero fideicommissaria, an uideantur legata relicta ab hærede, uel fideicommissario, dic plenè, ut dixi in l. Marcellus, infra ad Trebell.* &c.

Hoc in loco Bartolus locutus est, quando filio impuberi pater dedit substitutum, & quæstio est; an legata uideantur relicta à substituto; an uerò ab impubere. Et dicit uideri relicta à substituto. At suprà in l.cohæredi, §. quod si hæredem, ff. de vulg. locutus non est Bartolus de filio impubere, cui datus est substitutus; sed quæstionem posuit, vtrum à filio ipso impubere fideicommissum relictum videatur; an verò ab hærede eius. Quæ species longè differt ab ea, de qua loquitur in d.l. qui duos.

Vnum tantum dicit, & verè Bartolus in d.l. qui duos, quod uidetur fundamentum tollere eius sententiæ, quã adnotauit in d.l.cohæredi, §. quod si hæredem; Nam ea d. §. quod si hæredem, notauit, fideicommissum in dubio relictum censeri à filio impubere. At in d.l. qui duos, obseruauit textum in d. §. quod si hæredem, loqui eo in casu, quo verba fideicommissi dirigantur ad ipsum filium, & sic filius ipse rogatus est. Et verum est hoc, quia textus in d. §. quod si hæredem, ita loquitur. Sic enim ait: *Quod si hæredem filium pater rogauerit, si impubes diem suum obierit, Titio hæreditatem suam restituere,* &c.

Tertiam opinionem colligit Iacobus Menochius ex distinctione Aretini in l. 1. §. vlt. nume. 20. ff. de vulg. quam secutus est in consil. 144. num. 25. versic. Quintus est casus, libro 2. & latius de præsumpt. libro 4. præsumptio. 72. num. 14. Sed quoniam in primo casu Aretinus loquitur, quando filio impubere datus est substitutus, post cuius mortem hæreditas restituenda est, & tunc

A onus restitutionis dicit iniunctum esse substituto; Ideo hic casus ad rem nostram non pertinet; quia nos loquimur, quando dubitatur, vtrum ab impubere filio, an autem ab hærede eius relictum sit fideicommissum; non autem utrum ab impubere, uel eius substituto, seu hæredibus ipsius substituti. Et consequenter distinctio illa tertiam opinionem constituere non debet.

Huius igitur sententiæ posterioris, quæ docet fideicõmissum ab hærede filij impuberis relictum videri, illud est fundamentum, quod legata & fideicommissa ab hærede legitimo filij impuberis relinqui possint, l. si Titio, 95. §. 1. cum l. seq. de leg. 1. *Sicuti conceditur,* inquit Iulianus, *vnicuique ab eo, ad quem legitima eius hæreditas, vel bonorum possessio peruentura est, fideicommissum dare: ita ab eo, ad quem impuberis filii legitima hæreditas, vel bonorum possessio peruentura est, fideicommissa rectè dabuntur.*

Cum igitur fideicommissa ita relinqui possint ab hæ-
B rede filij impuberis, sicut ab ipso filio impubere, in dubio videtur ea præsumptio magis verisimilis, vt ab hærede relicta censeantur, ne filius grauatus esse præsumatur, sed potius hæres eius: præsertim, quia fideicommissum, siue restitutio post mortem filij confertur. Et hæc præsumptio magis fauet voluntati testatoris, vt tota hæreditas restituatur absque detractione legitimæ.

Fundamentum verò prioris sententiæ, quæ à filio impubere docet relictum censeri fideicommissum, primò ponitur in d.l.cohæredi, §. cum filiæ, vers. Quod si hæredem, ff. de vulg. ibi: *Vt ab impubere fideicommisso post mortem eius dato,* &c. Secundò, in c. si pater, de Testam. in 6. sumpto argumento à contrario sensu. Nam ibi pauperes post mortem filiorum fuerant substituti, & dicitur, legitimam & Trebellianicã detrahi non posse, quia illa substitutio censetur directa pupillaris: Ergò innuit à contrario sensu textus, si fideicommissaria esset, locum fore deductioni legitimæ.

C Sed valde infirmum est hoc fundamentum. Nam quod attinet ad textum in d. §. cum filiæ, vers. Quod si hæredem, verba testatoris in ea specie directa sunt ad filium, & ille rogatus est restituere. Quapropter, loquitur ibi Iurisconsultus in casu certo, non autem in dubio, vti nos loquimur: *Quod si hæredem filium pater rogauerit,* &c. inquit textus. Quòd uerò attinet ad cap. si pater, nihil vrget argumentum à contrario sensu: quia contrarius sensus in eo potest verificari, quod si fideicommissaria substitutio facta esset ipsis filiis, & sic grauati essent ipsi filij onere restitutionis, tunc locus esset detractioni legitimæ. Nulla enim necessitas nos cogit argumentum à contrario sensu sumere, quando non filij essent grauati, sed hæredes eorum; quia non loquitur Summus Pontifex, cum verba fideicommissi siue restitutionis sunt impersonalia, nec intelligi potest ad quem referantur. Ponit enim casum in directa substitutione facta, verbis illis: *Christi pauperes instituendo hæredes,* &c.

D Sed licet hoc fundamentum non sit solidum, hæc tamen sententia mihi probabilior uidetur, hoc argumento. Nam ratio, cur legata & fideicommissa relinqui possint ab hærede impuberis filij, sicut relinqui possunt ab hærede ipsius testatoris, illa est; quia censentur tacitè vocati ab ipso testatore, dum pupillariter filio impuberi alios non substituit: Videtur enim velle, vt filius impubes intestatus decedat, & consequenter vocare tacitè ipsos hæredes legitimos ab intestato venientes, l. conficiuntur, ff. de iure Codicillor. quam ob rem & eos grauare potest legatis, & fideicommissis. Sed quando talis e a facto proponitur facti species, in qua post impuberis mortem alteri restituenda sit hæreditas, certè non videtur esse probabilis cõiectura, vt eos grauare testator velle credatur, quibus nihil reliquit, nec tacitè, nec expressè; siquidem, hæreditas tunc post mortem impuberis ad alios pertinet, ex voluntate testatoris expressa. Duæ igitur hoc in casu necessariæ sunt præsumptiones. Prima, quod testator tacitè voluerit impuberis hæreditatem ad

hæredes

hæredes eius legitimos peruenire, & huic præſumptioni aduerſatur expreſſa aliorum vocatio, ac fideicommiſſaria ſubſtitutio. Secunda, quod hæredes legitimi ipſius impuberis uideantur rogati reſtituere alteri hæreditatem. Et huic præſumptioni obſtat illa ratio, quod ipſi nō ſunt vocati, nec ſunt honorati: Et ideo nec onerati præſumendi ſint, l. ab eo, C. de fideicom. cum ſimilibus.

CAPVT LXVII.

Bonorum appellatione in legatis, vtrum venalia contineantur.

NEgari non poteſt, quin aliqua ſit controuerſia Doctorum hac in re, ex notatis à Pinello ad Rubr. C. de bonis maternis, in 1. parte, num. 38. Menochio lib. 4. de præſumpt. cap. 137. nu. 6. Sed tamen vera & recepta eſt diſtinctio, quam Bartolus indicauit in l. generali, §. vxori, ff. de auro, & arg. legato. Aut aliquis legat omnia ſua bona ſimpliciter ſine alicuius loci adiectione, & tunc legato continentur etiam res venales; quia ipſa verborum ſignificatio omnia includit, argum. l. Iulianus, de leg. 3. l. Pediculis, §. Labeo, ff. de auro, & arg. legato. Aut verò quis legat omnia ſua bona cum adiectione loci, vt puta; lego omnia bona, quæ domi habeo; & tunc res venales legato non continentur, l. generali, §. vxori, ff. de vſufr. leg. Scæuola: *Vxori vſumfructum domuum, & omnium rerum, quæ in his domibus erant, excepto argento, legauerat.* Et paulò infrà: *Reſpondi excepto argento, & his, quæ mercis cauſa comparata ſunt, cæterorum omnium vſumfructum habere legatarium.* Qua in re illud omittendum non eſt, iniuriam à Pinello factam videri Decio, quaſi non bene hanc rem percepiſſet, nec illum recitatum, nec Bartolum rectè allegaſſet. Nam in l. 1. num. 24. de reg. iuris, ita ſcribit Decius: *Nam in legato generali eorum, quæ in domo ſunt, non veniunt venalia, l. generali, §. idem quæſit*, &c. Et alibi etiam ſemper allegauit Bartolum in §. vxori. Sed facit aliquam difficultatem, quod etiam ſi nulla fit mentio adiecta loci, non uidentur tamen legato generali venalia contineri, l. pediculis, §. item cum quæreretur, ff. de auro, & arg. leg. Paulus. Item cum quæreretur de tali legato: *Hoc amplius filia mea dulciſſima è medio ſumito, ſibique habeto ornamentum omne meum muliebre cum auro, & ſi qua alia muliebria apparuerint. Cum teſtatrix negotiatrix fuerit, an non ſolum argentum, quod in domo, vel intra horreum vſibus eius fuit, legato cedat: ſed etiam quod in baſilica fuit muliebre: Reſpondi, ſi teſtatrix habuit proprium argentum ad vſum ſuum paratum, non videri id legatum, quod negociandi cauſa venale proponi ſoleret, niſi de eo quoque ſenſiſſe, is qui petit, probet.*

Idem probatur in l. ſeruos, de leg. 3. Vlpianus: *Eum, qui venalitiam vitam exerceat, puto non facile contineri velle eiuſmodi mancipia: niſi euidens voluntas fuerit etiam de his ſentientis. Nam quos quis ideo comparauit, vt illico diſtraheret, mercis magis loco, quam ſuorum habuiſſe credendum eſt.*

Non probatur Ario Pinello ſolutio Accurſij in d. §. Item cum quæreretur, in verbo, *non videri*, teſtatorem videri legatum reſtrinxiſſe, cum dixerit *meum*; quia tacitè intelligitur illud verbum *meum*, nec enim exemplum aliquod legati rerum teſtatoris fingi poteſt ſine pronomine illo. Ideo reſpondet ipſe, in dictis legibus, non agi de legato generali rerum vel bonorum; ſed potius certæ cuiuſdam ſpeciei bonorum, vt patet. Sed non mihi probatur hæc ſolutio Pinelli. Primò, quia Doctores non diſtinguunt inter legatum generale bonorum, vel legatū generale certorum bonorum. Secundò, quia nulla eſt ratio diuerſitatis. Tertiò, quia vera, & plana ſolutio colligitur ex circumſtantia particulari, quam in dictis legibus conſiderant Iuriſconſulti, nempe, perſonæ ipſius teſtatoris ſiue teſtatricis legantis; ex qua eius voluntatem coniiciunt. Nam Paulus loquitur de teſtatrice, quæ erat ne-

A gociatrix, & in eo fundat ſuam deciſionem: *Cum teſtatrix fuerit negotiatrix*, inquit, &c. Rationem Vlpianus adſert, ſimiliter ſupponens teſtatorem venalitiam artem exercuiſſe: *Eum qui venalitiam vitam exerceat*, inquit, *puto non facile contineri velle eiuſmodi mācipia. Nam quos quis ideo comparauit, vt illico diſtraheret, mercis magis loco, quàm ſuorum habuiſſe credendum eſt.*

Cum igitur teſtator eſt mercator, & generaliter legat certa quædam bona ſua, intelligitur ea legare, quibus ipſe vtitur, non autem ea, quæ mercis cauſa habet. Hæc enim non uidetur habere in numero ſuarum rerum; ſed ea tantum, quæ habet, vt ipſe utatur, non vt diſtrahat. Non igitur uerba legati reſtrictionem inducunt in caſibus prædictis, ſed voluntas teſtantis, quæ colligitur ex qualitate perſonæ.

CAPVT LXVIII.

B *De dictione (ſeu) in legatis appoſita, vtrum vim habeat ampliandi legati, ad interpret. l. ſi quis ita, ff. de auro, & argento leg.*

PAulus ita ſcribit: *Si quis ita legauerit, vxori meæ mundum, ornamenta, ſeu quæ eius cauſa paraui, do, lego, placet omnia deberi, ſicut cum ita legatur: Titio vina, quæ in vrbe habeo, ſeu in portu, do, lego: hoc enim verbum ſcilicet (ſeu) ampliandi legati gratia poſitum eſt*, l. ſi quis ita, ff. de auro, & arg leg.

Huius autoritate reſponſi Alexand. ab Alex. dierum Genialium lib. 2. cap. 3. reſpondit, cum ita quidam legaſſet: Fundum ſuburbanum, ſeu ædes meas, quæ in via lata ſunt Titio lego. vtrumque Titio deberi, atque ita à iudicibus ſententiam latam fuiſſe. Atque ita dictionem iſtam (*ſeu*) in legatis ampliandi gratia poſitam cenſeri,

C ipſumque legatum ampliare docuerunt in expoſitione eius legis Bartolus, & Albericus, Antonius Butrius, in cap. Inter cæteras, de Reſcript. Cynus, Baldus, Caſtrenſis, & Iaſ. ad l. cum quidam, C. de verb. ſig. Alex. in conſ. 193. lib. 2. Cremenſis ſing. 56. Alc. ad l. ſæpe, ff. de verb. ſig.

Sed contrarium, & melius docuerūt Baldus, Decius, Socinus & Ripa, num. 44. in d. c. inter cæteras, de Reſcriptis, & quidam alij, quos refert, & ſequitur Couuar. Variar. reſolut. lib. 2. cap. 5. nu. 10. nempe, dictionem (*ſeu*) etiam in legatis ſuam naturam obtinere; & ſic disiunctiuè accipiendam eſſe, ut aliàs accipitur, l. 1. §. ſublata, ff. ad Trebell. l. generali, C. de Sacroſanct. Eccleſ. quandoquidem illud reſpōſum Pauli nihil obſtet. Nam illud, quod Paulus reſpondit, locum habet, cum dictio (*ſeu*) appoſita eſt inter ea, quorum vnum ſub altero cōtinetur; tunc enim vim habet coniungendi, & ampliandi electa ea parte, quæ vtrumque complectitur. Declaro. Teſtator dixit: *Vxori meæ lego mundum, ornamenta, ſeu, quæ eius*

D *cauſa paraui.* Hic mundus, & ornamenta continentur ſub iis, quæ uxoris cauſa parata ſunt. Nam hæc proculdubio uxoris cauſa parari ſolent, l. argumento, §. ornamenta, ff. de auro, & argento leg. Conſequenter omnia debentur legatariæ: quia dictio (*ſeu*) eſt poſita inter genus & ſpeciem, ideo ſub genere continetur ſpecies. Sic & cum teſtator legat vina, quæ in urbe habet, (*ſeu*) in portu, omnia debentur, quia ſub nomine eorum, quæ ſunt in vrbe, continentur etiam, quæ ſunt in portu, l. Cæſar, ff. de publican. ibi: *Reſpondit, tametſi portus quoque, qui in Inſula eſſent, omnes eius Inſulæ eſſe viderentur*, &c. Iuuat hanc ſententiā quod latè ſcribit Felyn. in c. Rodulphus, nu. 7. de Reſcriptis. Ciuitatis appellatione etiam portum contineri, & mare illi adiacēs, quod ibi latè proſequitur.

A

CAPVT LXIX.

Controuerſia circa ſententiam Alberti Papienſis de Teſtamento ad alterius interrogationem, an valeat?



CVm teſtator Notario acceríito mandauit, vt ſuam vltimam voluntatem ſcriberet; is vero eam ſcripto comprehenſam teſtibus vocatis recitat, & eum interrogat, an hæc fuerit eius voluntas, & ſit, iſque reſpondit eſſe; non eſt dubitandum, quin valeat huiuſmodi Teſtamentum, l. hac conſultiſſima, C. qui Teſtam. fac. poſſ. illis verbis: *Patebit eis licentia voluntatem ſuam ſiue Teſtamento, ſiue Codicilli tenore compoſitam, cui velint ſcribendam, credere, vt in eodem loco poſtea conuocatis teſtibus, & tabulario, re etiam, vt dictum eſt, patefacta, cuius cauſa conuocati ſunt, etiam cartula promatur, quam ſuſceptam teſtatori recitabit tabularius ſimul, & teſtibus, vt vbi tenor eorum cunctis innotuerit, elogium ipſo ſuum profiteatur agnoſcere, & ex animi ſui, quæ lecta ſunt, diſpoſuiſſe ſententia.*

B

Atque ita docet Gloſ. in l. iubemus, in verbo, Quemadmodum, C. de Teſtam. quæ communi omnium calculo recepta eſt. Sed illud eſt controuerſum; Si quis non à teſtatore requiſitus, ſed uel de eius informatus voluntate, vel cogitans quo pacto de rebus ſuis prudenter is teſtari, ac diſponere poſſet, atque deberet, eidem Teſtamentum teſtibus præſentibus legit, & eum interrogat, an velit ita teſtari: ipſe verò reſpondet, ſe velle ita teſtari; Vtrum valeat huiuſmodi Teſtamentum? Etenim Albertus Papienſis negabat valere, quem refert, & ſequitur Ioan. Andreas in add. ad Specul. titu. de Teſtamentis, § in primis, num. 8. in verbo, Quidam Pileus. Idem reſpondit Ludouicus Romanus in conſil. 306. ad finem. Iaſon in d. l. iubemus, ad finem, C. de Teſtament. Marſilius ſingulari 449. Teſtamenta, Iulius Clarus in §. Teſtamentum, quæſt. 37. verſ. *Tertiò ſciat.* Ioan. Crotus in l. 1. §. ſi quis ita, nu. 21. ff. de verb. oblig. Calcaneus in conſ. 91. num. 2.

C

Sed contrariam ſententiam habuerunt Alexander in conſ. 33. nu. 11. lib. 3. Socinus iun. in conſ. 178. num. 9. 10. lib. 2. Menochius in conſ. 45. nu. 34. lib. 1. & de præſumptio. lib. 4. præſumpt. 8. nu. 16.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt, quia hæc forma teſtandi non eſt iure inducta; ergò nec nos eam inducere debemus. Et quia daretur occaſio falſum committendi, & fabricandi in Teſtamentis.

Poſterioris autem fundamentum eſt in ea communi, & recepta ab omnibus ſententia, Teſtamentum valere etiamſi fiat ad alterius, vt dicitur, interrogationem, vt patet ex l. Pamphilo, §. propoſitum, de leg. 3. & ex d. l. hac conſultiſſima, C. qui Teſtam. facere poſſ.

D

Et licet leges hæ loquantur, cum præceſſit teſtatoris iuſſus, & declaratio voluntatis ſuæ, quod ſcilicet volebat teſtari, tamen eadem eſt ratio, & in ea ſpecie, de qua agitur, quia cum legitur ei Teſtamentum, & audit omnia, poteſt, ſi velit, vel conſentire, vel diſſentire, & ſuam voluntatem tunc declarare. Quare, ſi conſentiat, & approbet ipſam ſcripturam teſtamenti, tam manifeſta eſt eius voluntas, perinde, ac ſi ab initio mandaſſet Teſtamentum ſcribi, & ſuam aperuiſſet voluntatem. Et huic ſententiæ ſi nulla fraudis in hypotheſi ſuſpicio ſit, teſtatorque ſanæ mentis exiſtat, ego etiam aſſentior.

A

CAPVT LXX.

Teſtamentum poſterius factum ad alterius interrogationem, an tollat primum ſolenniter confectum?



AMplius controuertitur in eadem materia teſtamenti facti ad alterius interrogationem, vtrum tollat prius Teſtamentum ſolenniter factum. Affirmant Romanus in conſil. 306. in ſecundo dubio. Alex. in conſ. 33. nu. 11. lib. 3. Decius in conſ. 489. nu. 9. Socinus iun. in conſ. 144. nu. 56. lib. 2. Ruinus in conſ. 12. nu. 11. lib. 2. Menochius de præſumpt. lib. 4. præſumpt. 8. nu. 11.

B

Negant verò Paulus Caſtrenſis in conſ. 155. viſo puncto, ad finem, lib. 1. Guido Papæ in conſ. 64. circa finem, Socinus ſen. in conſ. 92. nu. 77. uerſ. Sed præmiſſis non obſtantibus, lib. 3. Socinus iun. in conſ. 183. nu. 34. lib. 2. Zaſius in conſ. 3. nu. 38. lib. 1. Clarus in §. Teſtamentū, q. 37. verſ. Quartò ſcias.

Argumenta huius poſterioris ſententiæ ſunt tria; Primum, quia vt Teſtamentum ad alterius interrogationē valeat, id facit fauor cauſæ teſtati, vt ſcilicet quis teſtatus decedat, ſed hæc ratio ceſſat, cum tam aliud prius Teſtamentum factum eſt, vt patet: ergo ceſſare debet communis illa ſententia Doctorum.

Secundum argumentum eſt; quia quod Teſtamētum valeat ad alterius interrogationem, illud iure communi conſtitutum non eſt; ſed ex Doctorum interpretatione receptum eſt. Ergò eiuſmodi Teſtamentum non eſt tam validum & forte, ſicut primum, quod iure ipſo communi ualet, & ſolenniter confectum eſt. Neque enim id, quod minus eſt forte, tollere pōt magis forte, & validū.

C

Tertium argumentum eſt; quoniam duo ſpecialia nō debent ſimul cōcurrere, vt notatur in l. 1. C. de dotis promiſſ. Sed hoc in caſu concurrerent duo ſpecialia, ſi primum Teſtamentum tolleretur. Primum, quia valeret ipſum Teſtamentum, licet ad alterius interrogationem factum. Secundum, quia eſſet aptum, & potens ad tollendum primum ſolenniter confectum.

Fundamentum autem prioris ſententiæ illud eſt; quia Teſtamentum ad alterius interrogationem factum valet, ex cōi omnium ſententia: ſi valet, ergò eſt ſolenne, & nihil ei deeſt, Conſequenter tollit prius Teſtamentum, quia poſteriore Teſtamento valido tollitur primum, §. poſteriore, in Inſtit. Quib. mod. Teſtam. infirm.

Ego puto ſententiam affirmantem potiorem eſſe, ſi agatur de Teſtamento ad alterius interrogationē facto, prout loquitur Gloſ. in l. iubemus, in verſ. *Quemadmodum*, C. qui Teſtam. facere poſſunt, ſecus autem ſi uerſemur in exemplo ſiue in caſu Alberti Papienſis, de quo dictum eſt in præcedenti cap. nam in ſpecie hac poſteriori nulla eſt Lex certa, ſeu Conſtitutio, qua nitatur: ſed in

D

priori caſu, de quo Gloſ. loquitur, extat locus in d. l. hac conſultiſſima, verſ. At cum humana fragilitas, C. qui Teſtam. facere poſſ. & in d. l. Pamphilo, §. Propoſitum, de leg. 3. Et plerunque ita accidit, vt teſtator ſuam voluntatem Notario ſignificet; is verò eam conſcribat, & conſcriptam teſtibus adhibitis prælegat, & teſtatorem interroget, an ita velit teſtari: Cum itaque talis forma teſtandi iuri ſit conſentanea, conſequens eſt, vt & Teſtamentum ita factum iure ſubſiſtat, & rumpat prius Teſtam.

Ex quo reſponſio patet ad argumenta in contrarium. Nam ad primum reſpondeo, non ex ſpeciali fauore cauſæ teſtati receptum id eſſe, vt valeat Teſtamentū ad eiuſmodi interrogationem factum, ſed quia id iuri conſentaneum videtur.

Ad ſecundum reſponſio patet; quoniam verius eſt iuri communi id eſſe conſentaneum, & legibus cautum; non autem duntaxat ex Doctorum interpretatione.

Ad tertium negatur id eſſe ſpeciale, vt valeat Teſtam. immò ſecundum ipſas iuris regulas id procedit.

CA-

CAPVT LXXI.

Si filius ſub conditione caſuali, vel mixta fuerit hæres inſtitutus, vtrum hodierno iure valeat teſtamentum, & in hoc correcta ſit l. ſi pater, C. de inſtitutio. & ſubſtitutio.



Lexander Imperator: *Si pater filium, quem in poteſtate habebat, ſub conditione, quæ in ipſius poteſtate non erat, hæredem ſcripſit, nec in defectum eius exhæredauit, iure teſtatus non videtur*, l. 4. C. de institut. & ſubſtit.

Iam controuerſia eſt; ſitne idem reſpondendum nouiſſimo iure inſpecto. Negat enim Bartolus in Commétarijs dictæ legis, & cum eo alij multi, quos refert, & ſequitur Clarus in §. Teſtamentum, q. 39. verſ. Sed quæro. quibus adde Vaſquium de Succeſſionum creatione, libro 3. §. 30. parte 2. lim. 34. num. 111. Cæterum, affirmant multi alij, quos refert & ſequitur Socinus ſenior in conſil. 97. num. 3 lib. 3.

Pro huius quæſtionis deciſione notandum eſt, Iuſtinianum multas edidiſſe Conſtitutiones in fauorem teſtamenti, ne ſcilicet actione mota de inofficioſo teſtaméto reſcinderetur. Et in primis ſtatuit, vt ſi filio minus legitima portione relinqueretur, non ideo tamen reſcindi poſſet teſtamentum; ſed actio concederetur ad replendam ipſam legitimam portionem, vulgò dicimus ad ſupplementum legitimæ, l. omnimodò, C. de inoffic. teſtam. Sed quoniam euenire poterat, vt legitima quidem portio tota filio relinqueretur, ſed tamen adiectis aliquibus conditionibus, vel dilationibus, ſtatuit, vt purè, & abſque omni conditione, onere & grauamine relinquatur, & conditio ipſa, onus & grauamen pro non ſcriptis habeantur, l. quoniam in prioribus, C. eod. tit.

Tertiò & illud etiam proſpexit, ſi plus quàm legitima portio filio relinqueretur, puta tota hæreditas per fideicommiſſum ſub conditione, vt quantum ad legitimam portionem attinet, illam filius ſtatim & abſque omni dilatione, & mora conſequeretur; quantum verò ad reſiduum hæreditatis, illud reſtitueretur, quemadmodum teſtator diſpoſuiſſet, l. Scimus, §. cum autem, C. eod. tit. Verba ſunt iſta: *Cùm autem quis extraneo hærede inſtituto, filio ſuo hæreditatem ſuam reſtituere cum moriatur, diſpoſuerit, vel in tempus certum reſtitutionem distulerit: quia noſtra Conſtitutio, quæ antea compoſita eſt, omnem dilationem, omnemque moram cenſuit eſſe ſubtrahendam, vt quarta pura, & mox, filio reſtituatur: in huiuſmodi ſpecie quid faciendum ſit dubitatur. Sancimus itaque quarta quidem partis reſtitutionem iam nunc celebrari, non expectata nec morte hæredis, nec temporis interuallo, reliquũ autem, quod poſt legitimam portionem reſtat, tunc reſtitui, quando teſtator diſpoſuit.*

Poſtremo, Nouella ſua Iuſtinianus ſtatuit, vt filius inſtitui deberet, vel ex iuſta cauſa exhæredari, & honorabili titulo inſtitutionis legitimam eſſe relinquendam, vt in Authent. Vt cum de appellatione cognoſc. §. aliud quoque capitulum.

Omnis ergò difficultas in hoc conſiſtit; an cum filius hæres inſtitutus eſt, ſub conditione caſuali, vel mixta, ſuſtineri poſſit teſtamentum, aliqua ratione ex dictis Iuſtiniani Conſtitutionibus.

Et quidem conſtat inter omnes, iuuari non poſſe ex l. omnimodò, quia illa loquitur, cum minus legitima portione relictum eſt. Bartolus igitur exiſtimauit iuuari poſſe ex d. l. quoniam in prioribus, & d. l. Scimus, §. cum autem, in hunc modum, vt quantum ad legitimam attinet portionem, filij inſtitutio facta intelligatur eſſe pura, & conditio pro non ſcripta habeatur. Si dicatur textum in §. cum autem, locum non habere hodierno iure; quoniã filio legitima relinqui debet inſtitutionis titulo, reſpondit Bart. id non obſtare, quia licet in eo ſit correcta; in alijs tamen ſeruari debet.

A Sed mihi certè hanc rem diligenter contemplanti, contraria ſententia verior videtur. Principiò enim ſatis conſtat, nullam eſſe Iuſtiniani legem aut Nouellam Cóſtitutionem, qua expreſsè derogatum ſit Conſtitutioni, quæ eſt in l. ſi pater, C. de inſtit. & ſubſtit. Deinde, ſatis durum uidetur, cum hodierno iure neceſſariò ſit legitima filio relinquenda titulo inſtitutionis; antiquo autem iure ſufficeret eam relinquere quocunque titulo: antiquis legibus eſſe conſtitutum, vt teſtamentum iure non valeret, in quo filius ſub conditione caſuali, vel mixta inſtitutus eſſet, vt in d. l. ſi pater; iam verò contrarium ſit dicendum, hoc inquam tempore, quo filiorum inſtitutioni plus honoris tributum eſt, quàm olim.

Tertiò, non videtur ad hanc rem pertinere Conſtitutio d. l. quoniam in prioribus, nec Conſtitutio d. §. cum autem, illa enim loquitur eo in caſu, quo teſtamentum valet, ſed reſcindi poteſt per querelam, vt patet ex illis verbis: *Illud ſtatuimus, vt ſi quid minus legitima portio-* **B** *ne eis relictum ſit, qui ex antiquis legibus de inofficioſo teſtamento actionem mouere poterant, hoc repleatur*, &c. Item loquitur, quãdo ſola legitima filio eſt relicta, adiecta conditione, vel grauamine. Id patet ex illis verbis: *Hoc in præſenti addendum eſſe cenſemus, vt ſi conditionibus quibuſdam*, &c.

Conſtitutio verò de qua in §. cum autem, loquitur eo in caſu, quo teſtamentum valet; quia extraneo inſtituto, filio aliquid relictum eſt, immò tota hæreditas per fideicommiſſum conditionale relicta eſt, qui caſus longè differt ab hoc noſtro. Nam ſublata conditione, quantum ad legitimam filij, reliquum hæreditatis manet apud extraneum hæredem inſtitutum, tunc præſtandum, quando teſtator diſpoſuit. Sed vbi filius ipſe ſolus hæres inſtitutus eſt, ſub tali conditione, non poteſt hoc modo legitima ſeparari à reliqua hæreditate. Nam ſi illa ſeparetur, quantum ad reſiduum hæreditatis, impleri non poterit teſtatoris diſpoſitio: quoniam etiamſi conditio defecerit, **C** ſemper filius obtinebit etiam reliquum hæreditatis. Id probatur: Nam ſi conditio deficiat, nihilominus filio totum reſiduum accreſcet, quia eſt perinde, ac ſi purè in legitima inſtitutus eſſet: quo caſu cum nullus alius hæres inſtitutus ſit, tota ad eum ſpectat hæreditas l. 1. §. ſi hæres ex fundo, ff. de hæred. inſtit. Neque enim cætera pars hæreditatis conditione deficiente pertinere poteſt ad legitimos hæredes teſtatoris; quia ius noſtrum non patitur, ut pro parte quis teſtatus, & pro parte inteſtatus decedat. Ergò contra voluntatem teſtatoris totam hæreditatem filius obtineret, etiam conditione deficiente, quæ ratio non habet locum in ſpecie, de qua loquitur textus in d. §. cum autem, quoniam ibi alius fuit hæres inſtitutus, ad quem deficiente conditione ſpectabat hęreditas.

CAPVT LXXII.

D *Cur Prætor hæredem facere non poſſit, ad interpretationem, §. quos autem, in Inſtit. de bonor. poſſeſſ.*



Mperator ſic ait: *Quos autẽ ſolus vocat Prætor ad hæreditatem, hæredes quidem ipſo iure non fiunt: nam Prætor hæredem facere non poteſt. Per legem enim tantum vel ſimilem iuris Conſtitutionem hæredes fiunt, veluti per Senatuſconſulta, & Conſtitutiones Principales. Sed cum eis Prætor dat bonorum poſſeſſionem, loco hæredum conſtituuntur, & vocantur bonorum poſſeſſores.*

Controuerſia eſt, cur Prætor hæredem facere non poſſit. Prima eſt ſententia Alberici, ad Rubr. C. qui admitti ad bonorum poſſeſſ. cauſam eſſe, quia iure ciuili alius iam factus erat hæres, ſcilicet fiſcus, deficientibus ſuis, & agnatis, quare, is non poterat deſinere hæres eſſe, l. etſi ſiue, §. ſed quod Papinianus, in fine, ff. de minoribus.

Sed obſtat huic ſententiæ, quod licet ius ciuile deferat alijs hæreditatem, non tamen ij neceſſariò hæredes

efficiebantur, ideo potuisset Prætor alios interea hæredes facere. Huc accedat, quod per legem fieri potest, vt qui semel est hæres, desinat hæres esse, vt declarat Decius, in l. post aditam, post principium, C. de impub. & aliis substitut.

Secunda est sententia Pauli Castrensis in d. Rubr. C. qui admitti, causam esse; quia Prætor non habet potestatem legis condendæ, licet eius edicta vim legis obtineāt, §. Prætorum quoque, in Institut. de iure natur. gent. & ciuil.

Sed obstat secundum Decium, quod si Prætorum edicta vim legis obtinent, nulla ratio videtur prohibere, quo minus hæredem facere possint, sicut per legem constat fieri posse hæredem.

Tertia est sententia ipsius Decii, in eadem Rubr. Prętorem hæredem facere posse, sed non solum: sic enim Iustinianus; *Quos autem solus vocat Pretor*, &c. Quare simul cum lege poterit Prætor hæredem facere.

Sed aduersatur huic sententiæ, quod non solum Imperator dicit, Prætorem hæredem facere non posse, sed nec etiam Prætorem absolutè facere posse hæredem. *Per legem enim tantum*, inquit, *vel similem iuris Constitutionem, hæredes fiunt*. Et si legis condendæ Prætor habuit potestatem, vt Decius existimat, nulla est ratio, cur & ipse hæredem facere etiam solus non potuerit.

Quarta est sententia Alciati, lib. 4. Parergon, cap. 3. Is dicit, Prætorem non habuisse potestatem legis condendæ, ex legibus 12. Tabular. Sic enim lex dicebat. *Iuris disceptator, qui priuata iudicet, iudicariue iubeat, Prætor esto. Is Iuris Ciuilis custos esto.* Aut ergò, inquit Alciatus, Prætor concedit bonorum possessionē ei, qui à Iure quoque Ciuili hæres est factus, & tunc ille fit hæres ex lege, non autem ex edicto Prætoris. Aut Prætor concedit bonorum possessionem ei, quem Ius Ciuile non agnoscebat; & tunc, quia ius hæreditarium delatum erat alteri ex lege Ciuili, ipse hæredem facere non poterat; quoniā ius directum alteri, erat delatum à lege, ipse verò legis condendæ potestatem non habebat.

Sed hæc sententia non videtur tuta; quia Prætorem habuisse potestatem legis condendæ, colligi uidetur ex Fenestella, de Magistratibus Romanorum, cap. 19. quem locum citat Zasius in Commentariis ad tit. de off. Prætoris. Ioan. Sichard. in Rubr. qui admitti. & alia in eandem sententiam citat Conradus Lancellotus de officio Prætoris, cap. 1.

Quinta est sententia Belloni, lib. 1. Supputationum iuris, cap. 10. Prætorem iuri dicundo præpositum fuisse, propter quod edicta proponebat ad id pertinentia, & se ad iudicia referebat, dicens: *Pacta seruabo, iudicium dabo*, &c. Quare, si v. g. filius emancipatus admitti se ad successionem patris defuncti cupiebat, Prætorem adire cogebatur, & ab eo bonorum possessionem accipere, quare id quod dicitur, Prætorem hæredem facere non posse, hunc sensum habet: eum, qui ex Prætoris edicto ad defuncti successionem vocatur, non posse *ipso iure*, id est, per se ipsum, hæredem fieri; sed Prætoris decretum requiritur: licet is, qui à lege ad hæreditatem vocatus est per se hæreditatem adire, & hæres fieri possit.

Sed repugnat huic sententiæ, quod ea admissa sequeretur, si Prętor aditus ab huiusmodi filio emancipato, & similibus voluisset eos hæredes facere, eum potuisse, atque id Bellonus fatetur: sed repugnat textus Iustiniani. *Prætor*, inquit, *hæredem facere potest*.

Sexta est sententia Iacobi Cuiacii in notis ad Instit. Prætorem hæredem facere non posse; quia nec dominū facere potest: hæres enim est dominus, & idem dixit VVesembecius in eundem locum, & latè eandem sententiam prosequitur Raynaldus Corsus, lib. 3. Indagationum iuris, cap. 4.

Sed oppono huic sententiæ textum in l. 2. ff. de bono. possess. ibi: *Dominus ergo fit bonorum possessor.*

Cogitabam dici posse hanc esse Iustiniani sententiā, eos, quos Prætor uocat ad hæreditatem, non fieri hæredes, *ipso iure* id est. iure ciuili, sicut in Instit. de perpetuis, & tempor. actio. §. non autem, ait idem Imperator, *omnes actiones, quæ in aliquem aut ipso iure competunt, aut à Prætore dantur*, &c. Illa verba, *ipso iure*, intelliguntur, id ēst, iure ciuili. Non potest igitur Prætor hæredem facere in hunc modum, vt iure ciuili hæres sit: quia per legem tantum uel similem iuris constitutionem hæredes fiunt iure ciuili. Sed loco hæredis erit, sic in l. 1. §. idem Pomponius, ff. quod falso tutor. autor. dicit textus: *Tunc enim valebit per Prætoris tuitionem, non ipso iure.* Ius enim Prætorium, adiuuandi, uel supplendi, uel corrigendi iuris ciuilis gratia introductum est, l. ius autem ciuile, §. ius Pretorium, ff. de iust. & iure, & viua vox iuris ciuilis est, l. nam ipsum, ff. eo. sed non dicitur ius ciuile, ita, vt idem sit iure ciuili aliquid constitutum esse, vel iure Prætorio, siue per Prætorem. Differunt enim hæc, vt patet. Et ideo dicit Imperator, eos non ipso iure hæredes esse; quia Prætor non potest facere, vt aliquis sit hæres ipso iure, scilicet ciuili: sed decreto tamen ipsius Prætoris pro hærede habebitur. Sed de Scholastica quæstione liberorum cuique iudicium esto.

CAPVT LXXIII.

Quæ sit edictalis, & decretalis bonorum possessio?

NOn est exploratum apud iuris autores, quæ sit edictalis, & quæ decretalis bonorū possessio, quam ob rem inter nostros interpretes est controuersia.

Accursius in l. 1. §. decretalis, ff. de successor. edicto, & in l. 3. §. causa cognita, ff. de bonor. possess. & cum eo Bart. ibi, §. à municipibus. Decius in Rubr. C. qui admitti, num. 17. Sichard. ibid. num. 24. & ante eos Aretinus, & alij, quorum sententiæ Zasius subscribit, in l. qui cum, nu. 6. ff. de except. docent edictalem esse, quæ datur ex edicto Prætoris mortui; Decretalem verò, quæ ex edicto Prætoris viui. Edictalis, respicit ius quærendum. Decretalis, ius quæsitum. Per edictalem ius consequimur petendi Decretalem. Per Decretalem acquirimus actionem, quæ vocatur bonorum possessoria hæreditatis petitio.

Sed obstat huic sententiæ, quòd ea admissa, nulla posset dari perfecta bonorum possessio sine Iudicis decreto, siquidem edictalis indiget Decretali, & per eam peruenitur ad Decretalem. At contra hoc est textus in l. 2. §. dies, ff. quis ordo in bonor. possess. seruet. *Dies*, ait Iurisconsultus, *bonorum possessionis utiles esse palam est, sed non sessionum numerabuntur, si modò ea sit bonorum possessio, quæ de plano peti potuit, quod si ea, quæ causa cognitionem desiderat, aut quæ decretum exposcit*, &c. Quibus verbis apparet, aliquam esse bonorum possessionem, quæ Decretum non requirit.

Alciatus ad l. delata, ff. de verbor. signif. existimat Decretales esse bonorum possessiones extraordinarias, quæ ius non tribuunt, vt est illa, quæ ex Carboniano edicto, quæ ventris nomine, & quæ litis agnoscendæ gratia datur: quoniam hæ potissimum à Decreto Prætoris pendent, ab eoque substantiam accipiunt. Edictales autem esse eas, quæ ordinariè dantur, & ius tribuunt, vt bonorum possessio Vnde liberi, Vnde legitimi, & similes.

Hæc sententia quatenus docet, edictales esse bonorū possessiones ordinarias, probatur ex l. filium, §. si quis cōtra, ff. de legatis præstand. quem textum citat Cuiacius in notis ad Instit. tit. de bonor. possess. Sed quatenus docet Decretales esse extraordinarias, quę ius non tribuūt, vera non uidetur, arg. l. 1. §. Decretalis, ff. de successor. edicto, quem textum urget Cagnol. in Rubr. C. qui admitti, num. 115. Nam ibi expressa fit mentio bonorum possessionis Decretalis, quam tamen extraordinariā non esse ex eo constat, quod in illo titulo semper agitur de ordinarijs bonorum possessionibus, quæ ius tribuunt, & nullum fit de extraordinarijs verbum, vt latè Cagnolus deducit.

Iacobus

Iacobus Menoch. de adipiſcenda poſſeſs. Rem. 1. nu. 16. dicit, Edictalem eſſe, quæ datur ex Prætoris edicto, competitque illis perſonis, quæ uerbis ipſius edicti comprehenſę ſunt. Et ordinaria dicitur, cauſaque cognita aliquando datur, aliquãdo ſine cauſę cognitione, l. 2. §. dies, ff. quis ordo in bonor. poſſeſſ. ſeruet. Decretalem uero, quæ datur ei, qui verbis quidem edicti non eſt comprehenſus, ſed Prætor æquitate motus eam concedit. Exemplum eſt in l. ex duob. §. filius, ff. de bonor. poſſeſs. contra Tab. in l. 1. § nepos, ff. ſi quis à parente fuerit manumiſs. Vel, ſi edicti uerbis eſt comprehenſus, res tamen eget declaratione, & decreto Iudicis, propter controuerſiam illi ab aduerſario moram, vt in l. 1. §. ſi ea, ff. de uentre in poſſeſſ. mitt. Vel quando edictum moderatione indiget, vt in l. Saluius Antio, ff. de leg. pręſtan. vel quando alienus nomine bonorum poſſeſſio petebatur, vt in l. 1. ff. de bonor. poſſeſs. infant. furioſ. &c. in l. 1. § furioſo, ff. de ſucceſſor. edicto, in l. 2. §. ſi quis ex liberis, ff. ad Tertyll. in l. penult. ff. de bonorum poſſeſ. in l. ſi infanti, C. de iure deliber.

Ego in tanta obſcuritate, poſtremæ huic ſententiæ calculum præbeo meum, quod enim viro præſtantiſſimo opponam, nihil habeo.

CAPVT LXXIV.

In obtinenda bonorum poſſeſſione ſitne, iure nouiſſimo inſpecto, decretum Prætoris neceſſarium.

HVic controuerſiæ cauſam attulit Alciat. lib. 2. Paradoxorum, c. 13. Nam cum aliorum ſit communis ſententia, decretum neceſſariũ non eſſe, ex l. vlt. C. qui admitti, ipſe contrarium docet. Videamus, rectè, an perperam. Ait Conſtantinus in d. l. vlt. *Vt verborum inanium excludimus captiones, ita hoc obſeruari decernimus, vt apud quemlibet iudicem, vel etiam apud Duumuiros qualiſcunque teſtatio complectenda hæreditatis oſtendatur: ſtatutis priſco iure temporibus coarctanda, &c.*

Alciatus reſpondet, nullum uerbum in ea lege de Decreto Iudicis, quod ſit ſublata eius neceſſitas, ſed ſublatas eſſe dicit inanes uerborum captiones, ſcilicet petitionis bonorum poſſeſſionis. Quamobrem, & Iuſtinianus in l. vlt. § nos itaque, C. de curat. furioſ. dicit, petitionem bonorum poſſeſſionis ſublatam fuiſſe à Coſtantino, ibi: *Cum petitio bonorum poſſeſſionis Conſtantiniana lege ſublata ſit.* Aliud eſt autem petitio, quàm Decretum, vt patet. Adde, quod Iuſtinianus in loco citato, æquiparat illam bonorum poſſeſſionem, ei, quæ furioſo decerni ſolet; ſed furioſo non datur bonorum poſſeſſio abſque Decreto: Igitur Decretum neceſſarium eſt.

Sed videamus an non ita ſit. Nam ſi petitio ſolennis eſt ſublata, & ſufficit quælibet teſtatio voluntatis, quod ſcilicet amplecti quis velit hæreditatem; Ergo non eſt opus aliquo Decreto Iudicis. Non eſt neceſſe illud petere, ergo nec impetrare; quia non petenti non datur, argum. l. 4. §. Hoc autem iudicium, ff. de damno infecto. Ad hæc, Conſtantinus vult eiuſmodi atteſtationem amplectendæ hæreditatis apud quemlibet Iudicem ſufficere. Conſtat autem non omnes Iudices Decretum interponere poſſe, l. ea quę, §. Magiſtratibus, ff. ad municipalem.

Amplius, quid ſibi volunt illa Iuſtiniani verba in dicta l. vlt. §. nos autem, C. de curator. furioſ. *Licentiam damus, eam bonorum poſſeſſionem agnoſcere, quæ antea ex Decreto dabatur*; Si etiam nunc neceſſarium eſſet Decretum, cur dixiſſet *antea ex Decreto dabatur*?

Non itaque hac in re Alciato aſſentior, ſed potius eum refellenti Bellono lib. quarto, Supputationum iuris, cap. 1.

CAPVT LXXV.

Vtrum filiusfamilias, cui bonorum poſſeſſio delata eſt, eam agnoſcendo, & petendo, aliquid adquirat ſibiipſi?

SI filiofamilias delata ſit bonorum poſſeſſio, vtrum eam petendo, & agnoſcendo, ſibiipſi adquirat emolumentum, controuerſia eſt inter Doctores, ſi ad antiquas leges reſpiciamus, non autẽ, ſi ad poſteriores. Vtrumque caput huius quęſtionis ordine explicabimus.

Quod attinet ad leges ueteres, filiumfamilias ſibi bonorum proprietatem acquirere Lancellottus Politus docuit, tract. de vulgari ſubſtit. nu. 43. & Alciat. lib. 4. Paradoxorum, cap. 3. qui tamen de bonis maternis tantum loquitur; ſed ſatis eſt ad controuerſiam inducendam, quoniam cæteri Doctores contrarium docuerunt, nempe, patri, non autem filio in poteſtate, acquiri proprietatem bonorum. Vide interpretes in l. 1. C. qui admitti ad bonorum poſſeſs. & Piuellum ad l. 1. C. de bonis maternis, in 1. parte.

Argumenta prioris ſententię ſunt iſta. Primum, ex l. 1. C. qui admitti, ibi: *Emolumentum etiam patri allatura.* Illa dictio, *etiam*, implicare dicitur, & arguere etiam filio aliquod emolumentum adquiri, nempe, proprietatem; Patri uerò uſumfructum, quod ſignificare uidetur etiam ipſum uerbũ, *Emolumentum* enim ſignificat utilitatem, quam ſaeè ex reb. afferre ſolet vſusfructus, vt notum eſt.

Secundum eſt, ex l. cum oportet, C. de bonis quę lib. vbi text. ita dicit: *In veteris Iuris obſeruatione, multas res eſſe animaduertimus, quæ extrinſecus ad filiofamilias ueniunt, & minimè patribus adquiruntur, quemadmodum in maternis bonis.*

Hæc poſtrema verba indicant, bona materna patri non acquiri ſecundum leges veteres.

Tertium eſt, ex l. penultima, ff. ad Tertyll. vbi dicitur: *Sacratiſſimi Imperatoris noſtri oratione cauetur, vt inteſtatæ matris hæreditas ad filiumfamilias pertineat.*

Si ad filiumfamilias tunc matris pertinebat hęreditas; Ergò filio adquirebatur, & non patri. Pertinere enim ad nos id dicitur, quod noſtram vtilitatem continet, l. ſi quis ex argentarijs, §. pertinere, ff. de edendo.

Quartum, ex l. filius, ff. de inoff. teſtam. vbi habetur, patrem poſſe filij nomine inofficioſum dicere matris teſtamentum, & ſi in eo iudicio vincat, commodum victoriæ filio ſuo parare.

Quibus argumentis nil morantibus, contrariam ſententiam veriorem eſſe puto. Nam ſecundum leges veteres, quicquid filius acquirebat, patri acquirebatur, exceptis Caſtrenſibus, & quaſi, l. 1. ff. ſi quis à parente fuerit manumiſſus, vbi textus: *Quippe, ſi filiusfamilias eſſet, quodcunque ſibi adquireret, eius emolumentum patri quæreret*, l. adquiritur, ff. de adquir. rer. dom. ibi: *Non ſolum autem proprietas per eos, quos in poteſtate habemus, adquiritur nobis, ſed etiam poſſeſſio. Cuiuſcunque enim rei poſſeſſionem adepti fuerimus, id nos poſſidere videmur, &c.* l. 2. C. de patria poteſtate, vbi Antoninus: *Eius, quod in poteſtate patris agens habuiſti, dominium ad patrem tuum pertinuit, extra ea, quæ non requiruntur.* Idem habetur in §. 2. in Inſtit. per quas perſonas nobis adquiritur, vbi Iuſtinianus: *Igitur liberi noſtri, quos in poteſtate habemus olim quidem, quicquid ad eos peruenerat, exceptis videlicet Caſtrenſibus peculiis, hoc parentibus ſuis adquirebant ſine vlla diſtinctione.*

Ad primum argumentum reſpondeo, dictionem, *Etiam*, in l. 1. C. qui admitti, non implicare in eum ſenſum, quaſi videatur etiam filio emolumentum adquiri, ſed in hunc modum implicare: Bonorum poſſeſſionem peti à filiofam. poſſe, ignorante patre, & etiam emolumentum allaturam eſſe patri, ſi ratum habuerit; quod magis placet, quàm quod ſcribit Bellonus, lib. 1. Supputationum iuris, cap. 1.

Et verbum illud, (*Emolumentum*) significat totum, ac A plenum dominium, l. Papinianus, §. meminisse, ff. de inofsic. testam. l. bonorum, C. qui admitti.

Ad secundum, ex l. cum oportet, respondet Bellonus lib. quarto, Supputationum iuris, cap. 5. Iustinianum ibi appellare ius uetus, scilicet Constantini, l. 1. C. de bonis maternis.

Sed hæc responsio non est bona. quia Constantini lex non potest antiqua dici, sed potius noua, qua corrigitur ex parte ius antiquum.

Pinellus rectè illa verba: *Quemadmodum in bonis maternis*, referenda esse ad ea, quæ sequuntur, non ad præcedentia, hoc modo: *Inuenimus autem in veteris iuris obseruatione multas esse res, quæ extrinsecus ad filios familiarum veniunt, & minimè patribus adquiruntur.* Hic est pũctum. Iam pergit Iustinianus: *Quemadmodum in maternis bonis, vel quæ ex maritali lucro ad eos peruenerint, ita & in iis, quæ ex aliis causis filiisfamilias adquiruntur, certam introducimus definitionem.* B

Ex quo patet, non hunc sensum colligi ex ueteri iure, bona materna parentibus non adquiri; sed certam definitionem introductam fuisse, vt in maternis bonis, & in lucris nuptialibus, ita & in alijs rebus.

Ad tertium rectè etiam Pinellus, & clarius Bellonus lib. 4. Supputat. iuris, c. 5. non esse bonam consequentiã: Bona intestatæ matris ad filios pertinent; Ergo patri non adquiruntur. Succedit enim filius, sed patri adquirit eo iure.

Et verbum illud, (*pertinere*) latissimam habet significationem, l. verbum illud, de verb. sign. Ideo ad filium pertinere dicuntur, propter spem probabilem, quam habet ea bona consequendi per mortem patris, vel per emancipationem.

Alciatus replicat hanc interpretationem non posse defendi; quia Senatusconsulto Orphitiano iam erat constitutum, vt filius intestatæ matri succederet, quare non rectè diceretur, oratione Sacratissimi Principis id fuisse C introductum.

Respondeo, Sacratissimum illum Principem fuisse Diuum Marcum, cuius tempore factum est Orphitianum Senatusconsultum, vt merito dici potuerit eius oratione id cautum esse, quod Senatusconsulto cauebatur, sicuti pluribus exemplis allatis docet Bellonus loco annotato, & Hieronymus Cagnol. ad l. 1. nume. 58. C. qui admitti.

Ad quartum, ex l. filius, respondeo, victoriæ commodum parari filio, propter honorem eius, ne videretur matris hæreditate indignus. Nam commodum nostrum dicitur etiam id, quod ad nostram dignitatem pertinet, l. nepos Proculo, ff. de verb. sign.

Dices, si omnia, quæ filius adquirebat, patri suo adquirebantur, cur filiusfamilias proprio nomine agere potest actione, quod vi, aut clam; item Depositi & Commodati, l. filiusfamilias, 8. ff. de act. & obl.

Respondeo, esse difficilem quæstionem, ita, vt Bart. di- D xerit in d. l. filiusfamilias, se causam nescire. Si quid tamẽ hac in re, quod sit probabile, adferri potest, existimo id Alciatum attulisse, in l. cum filiosam. ff. si certum per. Causam hanc esse, quoniam in deposito & commodato agitur de solius detentationis restitutione, quod patet: quia etiam fur, & prædo, agere possunt ex Deposito & Commodato, l. 1. §. si prædo, ff. depos. l. ita, ff. commod. Huius autem detentationis filiusfam. capax est; quia etiam seruus est capax, l. stipulatio ista, §. hæc quoque, ff. de verborum oblig.

Dixi in principio capitis, iure nouissimo controuersiam non esse in proposita specie; quia patri bona adquiruntur quantum ad vsumfructum; filijsfam. quoad dominium, l. 1. C. de bon. matern. Constantini, l. 2. C. eodem Arcadij, l. 1. C. de bonis, quæ lib. Theodosij, l. cum oportet, C. de bonis, quæ lib. Iustiniani.

CAPVT LXXV.

Rursus de bonorum possessione filiosam. delata, si is absque consensu patris eam agnouerit, & pater non ratificauerit; an filio adquiratur; isque creditoribus ac legatarijs satisfacere teneatur.

SEcundum leges veteres existimo, bonorum possessionem filiosamilias non adquiri, si eã agnouerit absque consensu patris, & pater agnitionem ratam non habuerit, ex l. vlt. ff. quis ordo in bonor. possess. seruet. Marcellus: *Quæri potest: si cum posset filius petere bonorum possessionem patre sua absente, vt certiorare eum non possit, vel etiam furente: petere neglexerit, an peti amplius non possit. Sed vt quid noceat non petitam bonorum possessionem, quæ si petita esset, tamen non ante adquireretur, quam pater comprobasset?* Secundum leges nouas contrarium sentio, ex l. vlt. C. de bonis, quæ liberis. vbi Iustinianus statuit, hæreditatem filiosam. adquiri patre recusante; *Sine econtrario*, inquit, *patre recusante filius adire hæreditatem voluerit, nullam adquisitionem, nec vsumfructum patri offerri, sed ipsum filium sibi imputare, si quid ex hoc contigerit.*

Et in hoc ferè omnes conueniunt. Cæterum, controuersia est in ea specie, qua filiusfam. patre non ratificante bonorum possessionem agnouerit, utrum legatarijs & creditoribus hæreditarijs satisfacere teneatur. Nam filiusfam. ex omnibus contractibus obligatur, l. filiusfam. ff. de act. & oblig. Agnoscendo autem bonorum possessionem, videtur quasi contrahere cum legatarijs, & creditoribus, argum. §. hæres quoque, in Instit. de obl. quæ ex quasi contractu nascuntur.

Bart. ad l. qui in aliena, ff. de adquir. hæred. respondit filiumfa. hoc in casu non obligari, sicut nec voto obligatur, l. si quis rem, §. voto, ff de pollicitat. Videtur enim bonorum possessio similis esse voto; quia illa, sicut votum, consistit in animo agnoscentis.

Sed reprehenditur hæc sententia à Castrensi, Alexandro, Aretino, & Iasone, in d. l. qui in aliena, quoniam bonorum possessio non est voto similis. Nam olim Decretum Prætoris requirebat, & nunc saltem coram Iudice declarationem animi requirit, iuxta l. vlt. C. qui admitti, quod votum non requirit.

Et licet Alciatus lib. 4. Paradoxorum, c. 2. conetur Bartolum tueri, quem Alciatum refert & refellit Cagnolus, in l. 1. num. 26. C. qui admitti, fatetur tamen, similitudinem uoti non esse aptam, & omnes contractus ab animo pendere demonstrat.

Secunda est solutio Alexandri, in d. l. qui in aliena, filiumfam. non obligari hoc in casu creditoribus & legatarijs, quia nec emolumentum adquirit bonorum possessionis, l. secundum naturam, ff. de reg. iur.

Sed hæc sententia non probatur Decio in d. l. 1. C. qui admitti, nec Alciato loco supra citato, quia filiusfam. obligatur ex contractibus, quos ipse facit, dicta l. filiusfam. ff. de actio. & oblig. cum tamen contractus commodum patri acquiratur, l. seruus vetaute, ff. de verborum oblig. qui tenetur, quatenus est in peculio, l. 3. §. si filio, ff. commod.

Tertia est solutio Aretini, in d. l. qui in aliena, filiumfam. non obligari agnoscendo bonorum possessionem; quia ius eam agnoscendi non competit filio, sed patri, licet filius de facto agnoscat, l. adquiritur, §. 1. ff. de adquir. rer. domin.

Sed hanc sententiam refellit optimè Decius, in d. l. 1. C. qui admitti, nume. 34. & Alciatus lib. 4. Paradox. c. 2. quia ius agnoscendi verè competit filio, non patri, sed patri iubenti, vel ratificanti emolumentum adquiritur. Et ideo dicit tex. in d. l. adquiritur, §. 1. *Etsi iubentibus nobis adierit, hæreditas nobis adquiritur, perinde, ac si nos ipsi hære-*

hæredes instituti essemus. Non autem dicit, ius adeundi A adquiri patri.

Quarta est solutio Iasonis, in l. 1. C. qui admitti, hæreditatem esse indiuiduam, l. pen. ff. de adquir. hæred. & cõsequenter etiam bonorum possessionem; ac proinde cum eius commoda filius non consequatur, nec ad eum etiã incommoda pertinere.

Refellitur à Decio & Alciato, locis annotatis, eam ob causam, quod etiam contractus sunt indiuidui, l. si quis aliam, ff. de solut. & tamen filiusfam. contrahendo obligatur, & patri emolumentum quæritur.

Quinta solutio est Decij, in d. l. prima, C. qui admitti, filiumfam. agnoscentem bonorum possessionem, animum habere adquirendi patri; & consequenter, etiam obligandi ipsum patrem; proinde filium nequaquam obligari, ne actus eius contra intentionem operetur. Postea idem Decius videtur ab hac solutione recedere, & in ea esse sententia, vt filius obligetur, & etiam sibi commodum adquirat bonorum possessionis, aliter expli B cans l. vlt. ff. quis ordo in bonorum possessione seruet. Sed vtrumque malè: Nam quod ait de filij agnoscentis animo, Alciatus loco superius annotato refutat: *Verum te appello Deci* (inquit Alciatus) *cur non & in contractibus idem præsumimus, cum eorum commoditas ad patrem deuoluatur?*

Quod autem secundo dicit, repugnat l. vlt. Nam si patre non ratificante, filio commodum adquireretur, posset ab eo peti bonorum possessio patre absente & furente. Tunc enim pater certiorari non posset: Et tamen cõtrarium docet tex. in d. l. vlt.

Sexta est solutio Alciati, loco superius allegato, filium bonorum possessionem agnoscentem creditoribus non obligari; quia nullum in eo agnitionis actu creditorum factum interuenit. Cęterum, in aliis contractibus filium obligari; quia aliquod factum creditorum intercedit: Factum enim, in quo quis versatur, longè est efficacius, quàm id, quod per alium nil agenti quæritur. C

Refellitur à Bellono lib. 3. Supputationum iuris, c. 2. Nam is, cuius negotia geruntur, actionem habet, vt in §. 1. & seq. in Instit. de oblig. quæ ex quasi contractu, &c. & tamen eius factum nullum interuenit.

Septima est solutio Belloni loco supra citato, quæ eadem est cum solutione Iasonis. Eam vero confirmat, quia in hæreditate, & bonorum possessione commoda non separantur ab incommodis, immò transeunt in bonorum posseßorem, l. prima, ff. de bonorum poßeß. At in contractibus, quandoque commoda ab incommodis separantur: nam pupillus contrahendo non obligatur, & tamen alios obligat, §. primo, in Institut. de autoritate tutorum.

Sed responderi potest, ita specialiter in pupillo constitutum eße, verum in aliis æqualem eße contrahentium conditionem.

Ego cogitabam, dici poße, filiumfam. non obligari, quia nullius est momenti bonorum poßeßio agnita sine D iußu vel ratificatione patris; quod enim nullum est, nullum operatur iuris effectum, l. 4. §. condemnatum, ff. de re iudic. cap. non præstat, de reg. iur. lib. 6. l. 2. ff. de excus. tutor. l. vlt. C. arbit. tutelæ. Quod autem nulla sit agnitio facta à filiofam. probatur ex d. l. vlt. ff. quis ordo in bonorum poßeß. seru. Nam, si valeret, & efficax eßet agnitio à filiofam. facta sine consensu patris, ratificari à patre poßet, etiam post tempus, intra quod actus expediri poterat, ex doctrina Bartoli, in dicta l. 1. C. qui admitti, & Decii ibidem, num. 83. Cagnoli, nu. 107.

Non poße autem ratificari, nisi intra tempus, quo potest agnosci, probat text. in d. l. vlt. ff. quis ordo in bonor. poßeß. seruet. ibi: *Prateritis autem centum diebus frustra ratum habebit.*

CAPVT LXXVII.

Explicatur collationis materia, controuersiaque ad eam pertinentes discutiuntur.



SEptem capitibus collationis materiam, propositis aliquot conclusionibus, explicabo, & controuersias ad eam pertinentes expediam, quibus expediendis non parum lucis conclusiones adferent.

Prima conclusio; filius emancipatus, omnia bona exceptis castrensibus, & quasi castrensibus, conferre tenetur filio in potestate, mortis tempore existenti, vt inter eos diuidantur una cum bonis patris defuncti, pro portionibus hæreditariis.

Probatur ex l. si emancipati, C. de collatio. ex l. 1. iuncto, §. nec castrense, ff. de collat. bonor. eamque omnes admittunt, & nulla est controuersia.

Secunda Conclusio. Collationi, de qua proximè dictum est, locus est, siue suus, & emancipatus eodem iure succedant, siue diuerso iure, puta, si alter ex testamento succederet, alter contra testamentum. Ita post Bartolum, Castrensem, Alexandrum, & Iasonem, Cagnolus docet, in d. l. si emancipati, nu. 138. C. de collat. Vitalis in tract. de collationib. quæst. 38. & probatur ex l. si filius, ff. de collat. bonor. & ex aliis, quas isti adferunt.

Tertia Conclusio. Filia in potestate existens, tenetur emancipato dotem conferre, l. 1. ff. de collat. dot. l. filię dotem, C. de collation.

Quarta Conclusio. Liberi omnes, tam emancipati, q̃ in potestate existentes, conferre inuicem tenentur dotẽ, & donationẽ propter nuptias, quas habuerunt à patre, vel matre, auo, vel auia, proauo, vel proauia paterno, vel materno, paterna, vel materna, quoties de successione eius agitur, qui illis dotem dedit, uel donationem propter nuptias.

Probatur ex l. ut liberis, C. de collat. & quoniam Imperator Leo ibi dicit, emancipatos conferre debere pro tenore præcedentium legum, ea, quæ à parentibus emancipationis tempore, uel post emancipationẽ consequuntur, controuersia oritur, quomodo id accipiendum sit, Vtrum scilicet emancipati ea, quæ à patre consequuntur tempore emancipationis, uel post emancipationem, conferre teneantur, tam suis, quàm emancipatis, an uerò suis tantum.

Etenim, Bart. Alexand. & multi alij, ut per Cagnolũ, in d. l. si emancipati, nu. 157. C. de collatio. Vitalis, de collationibus, c. 2. nu. 4. existimarunt, textum esse generaliter accipiendum, ut scilicet emancipati conferre debeãt tam suis, quàm emancipatis.

Sed contrarium responderunt Paulus Castrens. Aretin. Roman. Corn. & Dec. in d. l. si emancipati, & idem Dec. in cons. 59. quibus & ipse assentior.

Probatur hæc sententia ex d. l. ut liberis, C. de collat. ubi Imperator Leo dicit: *Emancipatus pro tenore præcedentium legum collaturis.* Tenor autem præcedentium legum est, ut emancipati conferant suis, non autẽ emancipatis, d. l. si emancipati, C. de collation.

Non obstat, si dicatur ex hoc sequi, Leonem nihil noui statuisse in d. l. ut liberis. Quia respondeo, in hac parte eum noluisse aliquid noui statuere, cũ se ad antiquas leges referat. Cæterum, in aliis utilis est eius constitutio, quoad dotem scilicet, & donationem propter nuptias. Sed quoniam dubitari poterat, ex eo, quod dos, & donatio propter nuptias, conferri debent tam à suis, quàm ab emancipatis, & tam suis, quàm emancipatis, an idem esset de aliis bonis, quæ à patre donantur emancipatis, vt similiter conferenda essent tam suis, quàm emancipatis, ait Leo eiusmodi bona ab emancipatis esse conferenda, iuxta tenorem legum præcedentium, & consequenter non emancipatis, sed suis: sic enim leges pręcedentes statuunt, vt dictum est.

CA-

CAPVT LXXVIII.

De eadem materia Collationis.



Vinta Concluſio. Quod ante emancipationem filio donatum eſt à patre, conferendũ eſt, quaſi donatum uideatur emancipationis tempore: quoniam donatio ante emancipationem non ualet, & emancipatione ſecuta confirmatur. Ita Aretinus docet in dicta l. ſi emancipati, C. de collat. Vitalis, tracta. de collationibus, capit. 2. nume. 4.

Sexta concluſio. Dos, & donatio propter nuptias, conferri à nepotibus debet, dum ſuccedunt una cum ſuis patruis, dos, inquam, & donatio data eorum patri uel matri, l. illam, C. de collat. Dos autem neptibus ipſis data ab auo, an, & quando conferenda ſit, declarant Bart. & Caſtr. in d. l. ſi emancipati, Alex. Iaſ. & Dec. in d. l. illam. Vitalis, d. tract. quæſt. 23. & pendet ex l. 1. § ſi ſit nepos, ff. de collat. dotis.

Septima concluſio. Conferre debent etiam ij, qui nec ſui ſunt, nec emancipati, ut ſunt nepotes ex filio emãcipato, l. ſi nepotes, ff. de collat. bonor. Item filij adoptiui, qui patri naturali ſuccedunt, l. 1. §. is quoque, ff. eo. Bar. in l. pater filium, nu. 4. ff. de collat. dotis. Et idem quando patri adoptiuo ſuccedunt, vt declarat Corneus, in d. l. ſi emancipati, nu. 89. C. de collat.

Octaua concluſio. Conferre etiam tenentur, qui patria poteſtate liberati ſunt per oblationem precum, vel Principis Reſcriptum, ad ſimilitudinẽ emancipatorum, l. liberos, C. de collationibus.

Nona concluſio. Liberatus patria poteſtate propter patritiatus honorem, iuxta l. vlt. C. de decurion. lib. decimo, conferre non tenetur. Ita docet Vitalis de collat. quæſt. 21. quæ ſententia mihi non probatur. Nam tales filij non dicuntur ſui, cum ſint liberati patria poteſtate, § inteſtatorum, & §. emancipati. in Inſtitut. de hæredib. quæ ab inteſt. & conſequẽter in eis locum habet eadem ratio, quæ in emancipatis, l. 1. §. toties, ff. de collat. bonor. Et cum ij, qui per oblationem Curiæ, vel Reſcriptũ Principis liberati ſunt patria poteſtate, cõferre teneantur, nulla eſſe uidetur ratio, cur & iſti non teneantur, qui non ſunt illis abſimiles.

Decima concluſio. Collatio fieri debet, licet dolo, vel errore, facta diuiſione hæreditatis, fuerit omiſſa, l. ſi ſoror, C. de collat.

Vndecima concluſio. Collatio locum habet, etiam teſtamento condito, tex. in Nouella de Triente & Semiſſe, §. illud, ex quo ſumpta eſt Authen. ex teſtamento, C. de collationibus.

Hic oritur controuerſia. Si pater vni ex filiis minorem hæreditatis portionem relinquat, vtrum is conferre teneatur. Alexander in l. ſi emancipati, nume. 12. C. de collation. poſt Romanum & Fulgoſium, quos citat, in hac uidetur eſſe ſententia, vt ſi quidem pater dixerit in teſtamento, ſe idcirco filiæ, verbi gratia, minorem portionem dediſſe; quia dotem illi dederat, dos non ſit conferenda, ex l. ex parte, § inteſtato, ff. fam. hercisc. Si verò hoc non dixerit, tunc conferenda ſit, & filiæ imputandum, quod dote contenta non abſtinuerit ab hæreditate. Idem responderunt Corneus, in d. l. ſi emancipati, nu. 64. Cagn. ibid. num. 200. Dec. in Auth. ex teſtamento, nu. 9. C. eod. ti. & in conſ. 59. col. 1. D. meus Cephalus, in conſi. 486. in fi. lib. 4.

Contrarium autem Aretinus docuit, in d. l. ſi emancipati, col. 2. nempe abſolutè locum non eſſe collationi hoc in caſu, cuius ſententiam ſatis æquam eſſe dicit Vitalis, de collationibus, q. 33.

Et huic ſententiæ magis eſt, vt aſſentiar. Moueor primo ex l. ex parte, §. inteſtato, ff. famil. hercisc. Scæuola: *Inteſtato moriens, Codicillis prædia ſua omnia, & patrimonium inter liberos diuiſit, ita, vt longe amplius filio, quam filiæ reliquerit. Quæſitum eſt, an ſoror fratri dotem conferre deberet? Reſpondi, ſecundum ea, quæ proponerentur, ſi nihil indiuiſum reliquiſſet, rectius dici ex voluntate defuncti collationem dotis ceſſare.*

Secundo moueor ex §. illud, in verſ. *æqualitatem*. in Authen. de Triente & Semiſſe, vbi patet, præcipuam cauſæ collationis inducendæ, eſſe rationem æqualitatis inter liberos ſeruandæ: At in propoſita ſpecie, ex collatione oritur inæqualitas; igitur collatio ceſsare debet, l. vlt. C. commu. vtriuſque iudic.

Fundamentum contrariæ ſententiæ eſt in d. §. illud, in Auth. de Triente & Semiſſe, quatenus ibi dicitur, teſtamento condito, collationi locum eſse, niſi pater eam expreſsè prohibuerit. Sed iuſta mihi ſanè videtur hæc interpretatio, vt id locum habeat regulariter, ſcilicet, quando ex collatione oritur æqualitas, non ſi inæqualitas orietur; tunc enim voluntatis eſt coniectura prohibitam collationem uideri, argum. d. l. ex parte, §. inteſtato, ff. famil. hercisc., Et ad collationem impediendam coniecturam ſufficere voluntatis defuncti, rectè ex eo textu docuere Bald. & Albericus ibi, quos citat & ſequitur Dec. in d. conſ. 59. Idem ſcribit Crauetta, in conſ. 85. & in conſil. 125. Alc. in conſ. 584. num. 1. Io. Petrus Surdus, in conſil. 143. num. 18. & 19.

CAPVT LXXIX.

Alia controuerſia de eadem collationis materia.



St & alia controuerſia, ſi teſtamentum pro parte valeat, & pro parte ſit ruptum, vt in ea ſpecie, de qua loquitur l. pater filium, ff. de collat. dot. an inter filios collationi ſit locus, quorum alter ex teſtamento hæreditatem petit, alter verò contra teſtamentum. Pugnantes ſunt Doctorum ſententiæ, vt uidere licet ex Aretino, & Alexandro, num. 9 Corneo, nume. 26. Cagnolo, nume. 148. & 143. in l. ſi emancipati, C. de collat. Vitalis, dicto Tractat. de collationibus, cap primo, num. 9. & nume. 13. & quæſtio. 32.

Mihi verior eorum ſententia uidetur, qui collationi locum eſſe affirmant, hoc argumento. Nam aut collatio ceſſare debet in ea ſpecie, quia filij diuerſo iure ſuccedũt; aut quia ex teſtamento defertur ſucceſſio: Prior ratio impedire non poteſt collationem, l. ſi filius, ff. de collat. bon. Poſterior nouo iure non impedit, §. illud, Nouella, de Triente & Semiſſe.

Si dicatur hunc caſum eſſe mixtum; quia partim ex teſtamento ſucceditur, partim contra teſtamentum; & ideo non contineri ſub ſimplicibus, vt Doctores dicunt. Reſpondeo, ex mente legum poſteriorum, etiam hunc caſum decidi poſſe: quia ratio ceſſat propter quam ſic erat ſtatutum, in dicta l. pater filium, ceſſante enim ratione legis, ceſſat lex, l. prima, ff. de legitim. tutoribus, l. adigere, §. quamuis, ff. de iure patronatus, cum ſimilibus.

Rurſus, ſi dicatur in l. ſi filius, ff. de collat. bonorum rationem eſſe poſitam in iniuria, quam emancipatus facit ſuo, & propterea Scæuola reſpondit, collationem fieri inter eos, qui diuerſo iure ſuccedunt: Ergo ceſſante iniuria, ceſsare debet collatio. Reſpondeo, hanc rationem iniuriæ nouo iure non eſſe attendendam, quia tam ſuus emancipato confert, quàm emancipatus emancipato, inter quos ratio iniuriæ ceſsat, l. vt liberis, C. de colla. Inſpicitur enim magis æqualitatis ratio, ut ibi habetur, & in d. §. illud, in Authen. de Triente & Semiſſe, & in l. vlt. C. commu. vtriuſque iud.

Quæritur etiam an in ſpecie l. filio, §. videamus, ff. de bonorum poſſeſsio. contra tab. locus ſit collationi? & Iacobus Buttrigarius dicebat, locum eſse, nouiſſimo iure inſpecto, quem Alexander referens in d. l. ſi emancipati, colum. 2. C. de collation. dicebat ſe mirari, & neminem hoc dixiſse. Veruntamen Buttrigarium ſequitur Vitalis, de collatio, cap. 2. num. 9. Et hæc ſententia mihi placet;

placet; quia deciſio textus in d. §. videamus, fundatur in ratione iniuriæ ceſſantis, quæ ratio iam non tam attendi debet, quàm ratio æqualitatis, vt dixi. Vide Corneum, in d. l. ſi emancipati, nu. 31. & 46. A

CAPVT LXXX.

Proponuntur aliæ concluſiones in materia collationis, & controuerſia diſcutitur; an donatio ſimplex, filio facta in poteſtate, ſit conferenda.



Vodecima concluſio. Collationi locus eſt etiam factis codicillis, l. à patre, l. filiam, C. de codicillis.

Decimatertia. Ius collationis ad hæredes tranſit actiue & paſſiue, l. 1. §. ibidem, ff. de collat. bonor. l. ſi maritus, C. de collat.

Decimaquarta. Is qui conferre tenetur, ſi non conferat, vel de conferendo non caueat, partem hæreditatis conſequi non poteſt, l. ſi maritus, C. de collat. l. 1. §. iubet autem Prætor, verſ. ſi frater, ff. de collat. bonor. Et ideo bona deponuntur penes curatorem, qui ea detineat, donec conferat, vel de conferendo caueat, l. nonnunquam, ff. eodem tit. B

Decimaquinta. Collatio ceſſat in bonis caſtrenſibus vel quaſi, l. 1. §. nec Caſtrenſe, ff. eod.

Decimaſexta. Collatio hodie locum non habet in bonis aduentitijs, l. vlt. C. de collat.

Sed hic oritur controuerſia de ſimplici donatione à patre filio exiſtenti in poteſtate facta, ſitne conferenda. Nam antiqui Gloſſatores non conueniunt, aliquibus aſſirmantibus conferendam, aliquibus id negantibus. Nũc eorum ſententia magis communiter recepta eſt, qui negant conferendam. Ita Bar. in d. l. 1. §. nec Caſtrenſe, ff. de collat. bonor. Alex. & Iaſ. in Auth. ex teſtamento, C. de collat. & ibi etiam Dec. Cagn. ad d. l. ſi emancipati, n. 197. C. eod. ti. Vitalis, de collat. q. 1. Saporta in tractatu ſimili, de collat. c. 5 nu. 93. C

Probatur hæc ſententia ex l. illud, C. de collat. in illis verbis: *Ex eo quod ſimplex donatio non aliter conferetur, niſi huiuſmodi legem donator tempore donationis ſuæ indulgentiæ impoſuerit.* Et ex l. filiæ, C. famil. hercisc.

Niſi inæqualitas inter filios oriatur ex eo, quod alter filius dotem haberet, vel donationem propter nuptias, quas conferre deberet: tunc enim etiam alter donationem ſimplicem conferre debet, vt ibi dicitur.

Huc accedit ratio manifeſta. Nam donatio patris filio in poteſtate collata, non ualet, ſed morte donatoris confirmatur, l. donationes quas, C. de donat. inter vir. & vxor. Conſequenter is, cui donatur, videtur bona donata conſequi poſt mortem patris. Conſtat autem acquiſita poſt mortem patris, non conferri, l. nec emancipati, C. de collationib.

Et licet Decius in d. l. illud, nu. 6. C. de collat. hanc rationem impugnet, eius tamen argumentis ſatisfacit Berous in conſ. 54. num. 27 lib. 1. D

Opponitur huic ſententiæ tex. in l. ſi donatione, C. de collat. *Si donatione*, inquit tex. *tibi poſt mortem patris fundum quaſiſti, ſoror tua portionẽ eius uindicare non poteſt, nam ſi is filiafamilias conſtituta tibi a patre donatus eſt, cum ſorore patri communi ſuccedens, eum præcipuum habere contra iura poſtulas.* Et huic legi aduerſatur l. filiæ, C. famil. hercisc.

Quid Iac. Cuiacius dixerit, non ignoro, lib. 3. Obſeru. c. 30. *Equidem ſic accipio l. ſi donatione, ut ab inteſtato ſui donationem ſimplicem conferant*, &c. *Legem uero Filiæ, ut ex teſtamento inſtituti donata præcipua retineant.* Sic ille; Sed non mihi placet; nam vt maximè uera ſit interpretatio Cuiacij, quantum attinet ad l. filiæ, C. famil. hercisc. quæ lex loquitur in eo caſu, quo teſtamentum eſt cõditum, & conſequenter collatio ceſſabat eo tempore; tamen non poteſt illud admitti, quod ſimplex donatio non feratur in ſpecie d. l. ſi donatione, licet ab inteſtato patri filiæ ſuccedant, quia id repugnat l. illud, C. de collat. Reuera abſtruſior paulò res eſt, ut Cuiacius inquit. Minor tamen eundem excellentem Cuiacum, non admouiſſe manum ad emendandam l. ſi donatione, adiecta negatione, hoc modo: *Nam ſi is filiafam. non conſtituta tibi à patre donatus eſt, cum ſorore patri communi ſuccedens, eum præcipuum habere contra iura poſtulas.* Ita ſi legatur, nihil obſtabit, quia emancipatus donationem ſimplicem tenetur conferre, l. prima, ff. de collat. bonorum. Nec obſtabit l. illud, C. de collat. quia intelligitur de donatione ſimplici filiofam. collata, qui eſt in poteſtate.

CAPVT LXXXI.

Alia controuerſia de ſimplici donatione, quæ ab initio valet, an ſit conferenda.

Ed alia eſt controuerſia, quid ſi donatio à parentibus in filium collata, qui eſt in poteſtate, ab initio valeat; Nam aliquibus in caſibus valere poſſe receptum eſt, ut per l. ſonem, ad l. frater à fratre, ff. de condictio. indeb. vtrum conferenda ſit? Et conferendam reſpondit Bartolus, in l. prima, §. nec Caſtrenſe, ff. de collat. bonorum. Alexander, & Iaſon in Autheo. ex teſtamento, C. de collat. Socinus ſenior in conſi. 91. lib. primo, Rolandus à Valle, in conſi. 44. & in conſi. 70. lib. quarto, Natta, in conſil. 106.

Contrarium docuerunt Decius, in l. illud, nume. 6. C. de collation. Cagnolus in l. ſi emancipati, nume. 190. C. eodem, & antea eos Corneus in dicta Authen. ex teſtamento, col. 2. C. eod. Ioan. Petrus Surdus, in conſil. 143. num. 54.

Et hæc poſterior ſententia videtur mihi probabilior. Nam hæc eſt ſimplex donatio, quæ regulariter non confertur, vt in d. l. illud, circa finem, C. de collationibus. De dote tantum & donatione propter nuptias cautum eſt, vt conferantur à filiis, qui in poteſtate ſunt, l. vt liberis, C. eodem tit.

Argumenta contrariæ ſententiæ non obſtant. Primũ eſt, quia quando donatio ualet ab initio, tunc ceſſat illa ratio, de qua in præcedenti capite diximus, quod uidelicet filius videtur acquiſiuiſſe poſt patris mortem, quo caſu collationi locus non eſt.

Reſpondeo, illam quidem rationem aptam eſſe ad impediendam collationem, ſed non ſi illa ceſſet, ſtatim erit collationi locus: quoniam collatio principaliter inſtituta eſt propter filium emancipatum, l. 1. ff. de collat. bonor. Et licet etiam ad filios, qui ſunt in poteſtate, fuerit porrecta, tamen non ſuit porrecta ad ſimplicem donationẽ, ſed ad dotem & donationem propter nuptias, niſi quoties oritur inæqualitas inter liberos, vt in dicta l. illud, C. de collat.

Secundum argumentum eſt ex §. illud, in Authen. de Triente & Semiſſe, in illis verbis: *In dotem fortè, uel alio modo datas.* Sed nihil obſtat; quia hæc eſt Imperatoris ſententia, olim facto teſtamento à patre, locum collationi non fuiſſe, nec quoad dotem, nec quoad res alio modo datas. Ex hoc autem non rectè inferri poteſt hodierno iure, quo locus eſt collationi etiam teſtamento facto, conferendam eſſe non ſolum dotem, ſed etiam res alio modo datas: Sic enim quocunque modo data conferenda eſſent, quod eſt falſum.

Tertium argumentum eſt huiuſmodi: emancipati cõferre debent donationem ſimplicem, l. vt liberis, C. de collat. non alia ratione, niſi, quia donatio ſtatim ualet: ergo idem eſt iuris in donatione ſimplici facta filio in poteſtate, quando ſtatim ualet.

Reſpondeo, cauſam ob quam emancipatus conferre debet, aliam eſſe, nempe, iniuriam quam inferebat ſuo, id eſt, filio in poteſtate, l. 1. ff. de collat. bonor. quod autem

ſuus

ſuus conferre debeat emancipato, inductum eſt ex legibus poſterioribus, quæ cum non de ſimplici donatione, ſed tantum de dote, & donatione propter nuptias loquā tur, conſequens eſt, in donatione ſimplici collationem ceſſare: Excipio ſemper caſum illum, quo inæqualitas oriretur inter filios, ſi collatio ceſſaret, vt in d.l.illud, C. de collationibus.

CAPVT LXXXII.

Proponuntur aliæ conclusiones in materia collationis, & excutitur alia controuerſia de donatione facta filio ob cauſam matrimonij, an ſit conferenda.

DEcimaſeptima concluſio. Donatio collata in filium à patre propter eius benemerita, non confertur, quia uidetur aduentitia, nō profectitia, Barto.in l.1.§.nec Caſtrenſe,nume.11.ff.de colla.bonorum.Corneus,in Authen.ex teſtamento,nume.11.C.de collat. & Alexander ibid.num.6. Iaſon,in l.filiæ,nu.2. C.eod. Vitalis,de collationibus,quæſt.1.

Sed controuerſia eſt, ſi pater filio aliquid donauerit, vt matrimonium contraheret cum muliere aliqua nobili, quæ alioquin nolebat ei nubere, vtrum conferri debeat? Negant Crauetta,in conſi.85. & Ioan. Petrus Suedus,in conſi.143. & huic ſententiæ fauēt tradita per Burſatum,in conſi.188. num.11.lib.2. Affirmant Franciſcus Becius,in conſi.20. & Rolandus à Valle, in conſi.44.& 70. lib. 4.

Prioris ſententiæ, quam amplector, illud eſt fundamentum, quod nulla lege cautum eſt, id genus donationis collationis regulis obnoxium eſſe. Eſſe autem ita permiſſum argumentari, oſtendit l.illam, C.de collationibus.

Fundamentum autem contrariæ ſententiæ illud eſt præcipuum, quod donatio,de qua agitur,nō ſit ſimplex, ſed ob cauſam,nempe,contrahendi matrimonij; ac proinde conferenda ſit, ſicut dos, & donatio propter nuptias, cui uidetur ſimilis eſſe, & id genus aliæ donationes,quæ ualent ab initio, quia non habet in illis locum ratio,quæ in donatione ſimplici,quæ non confertur.

Reſpondeo, dotem, & donationem propter nuptias collationi ſubiacere, hanc uerò nec donationem propter nuptias eſſe, nec ei ſimilem, quia donatio propter nuptias, eſt neceſſaria, tenetur enim pater eam pro filio ſuo conſtituere,l.vlt. C.de dotis promiſſio. ſed ad huiuſmodi donationem, vt filius uxorem inueniat nobiliorem, vel ditiorem,non eſt obligatus pater. quare vt maximè non dicatur hæc donatio ſimplex, non tamen dici poteſt ob cauſam neceſſariam, ad ſimilitudinem dotis, & donationis propter nuptias, vt proinde conferenda ſit,ſicut dos,& donatio propter nuptias conferri debet.

CAPVT LXXXIII.

Proponuntur omnes aliæ concluſiones, & quomodo accipienda ſit l.vlt. C. de collation. explicatur.

DEcimaoctaua concluſio. Quæ pater donauit cauſa ſtudiorum alteri ex filijs, conferenda non ſunt, l.quæ pater, l.prima, ff. famil. herciſc. notant Barto.in l.prima, §. nec Caſtrenſe,num.8.de collat.bonorum Alexander,ad l.ſi donatione,in fine,C.eodem titu. Vitalis,de collat.quæſtio.18.Niſi filius pecuniam malè conſumpſerit, Authen.Quod locom,& ibi notat Bar.C.eod.& ibidem.Decius, nume.7. Item,niſi pater declarauerit ſe uelle, vt conferantur. Vide Crauettam,in conſi.125. Item,niſi habeat pater bona propria ipſius filij,argum.l.vlt. ff.de petitio.hæred. Vide de his omnibus Hartmannum Piſtorium, lib.1.Quæſt. iuris, cap.19.

Decimanona. Quod filius induſtria & labore ſuo quæſiuit ex pecunia patris, pro dimidia parte conferendum eſt, pro altera dimidia non eſt conferendum; quia partim aduentitium iudicatur, partim profectitium, ex traditis per Glo.in l.1.C.pro ſocio. Vide Bar.in l.1.§.nec Caſtrenſe, ff.de collat.bonor. Decium, in l.illud, nu.10. C.eod. Crauet.in conſil 125.nume.10. Vitalem, de coll. q.10.& q.27.

Sed quæritur, quo modo accipiendum ſit, quod in l. vlt.C.eodem conſtitutum eſt: *Vt nemini de cætero*, inquit Iuſtinianus, *ſuper collatione dubietas oriatur: neceſſariū duximus Conſtitutioni, quam iam fauore liberorum fecimus, hoc addere, vt res quas parentibus adquirendas eſſe prohibuimus, nec collationi poſt obitum eorum inter liberos ſubiaceant. Vt enim Caſtrenſe peculium in commune conferre in hæreditate diuidenda, & ex priſci iuris autoritate minimè cogebantur, ita & alias res, quæ minimè parentibus adquiruntur, proprias liberis manere cenſemus.*

Reſpondet Saporta tract.de collation.cap.5. accipiendum id eſſe de filijs in poteſtate exiſtentibus. Sed communior eſt ſententia, tam de ſuis, quam de emancipatis accipiendum,vt notant Alexander, Iaſon, & Decius, in commentarijs illius legis, argumento ſumpto ex l.cum duobus,52.§.idem Papinianus, ff.pro ſocio, vbi Iuriſcōſultus,emancipatos filios ea ratione bona caſtrenſia, vel quaſi, non conferre deducit, quia ea non acquirerentur patri,licet in eius eſſent poteſtate. Igitur & nobis ita licebit argumentari; quia parentibus non acquirerent aduētitia bona filij emancipati, licet in eorum eſſent poteſtate; ideo talia bona non eſſe conferenda.

Quod autem ex d.l.vlt.conſtitutū eſt, aduentitia non eſſe conferenda, intelligendum eſt, quando parenti ipſi ſucceditur: Tunc enim filius,qui vel à matre, uel aliunde bona acquiſiuit,ea non tenetur conferre: Cæterum, ſi de matris ipſius,uel alterius ex aſcendentibus agatur ſucceſſione, dubitandum non eſt, quin dos, & donatio propter nuptias, ab eis data, conferenda ſint, vt in l. vt liberis, C. de collatio. & ibi Iaſon notat, & declarat optimè.

Alia de materia collationis notatu digna legi poterūt apud Beroum,cōſi.54.lib.primo, Alciatum, in conſ 663. Surdum,d.conſi.143. Iacopinum Riminaldum, in conſil.228 lib.2. Hieronymum Gabr.io conſi.96. Ruinum, in conſi.162.num.11.lib.2. D.meum Cephalum,in conſil.184.num.20.lib.2.

Illud non probo,quod Surdus d.conſ.143. docet, collationem ceſſare, quoties hæres inuentarium confecit. Nulla enim lege id probari poteſt. Nec id inter inuentarii commoda à Iuſtiniano recenſetur, vel ab alijs, & quoniam collationis onus eſt annexum ipſi hæreditati & ſucceſſioni, vt dicebat Iacopinus Riminald.in d.conſil.228.lib.2.propterea inuentarij confectio hæredē non liberat ab eo.

CAPVT LXXXIV.

Controuerſiæ aliquæ, an hæreditas pacto dari poſſit. Et prima, quid ſi non tota hæreditas,ſed pars bonorum ex pacto detur, an valeat.

CErti iuris eſt, hæreditatem pacto dari non poſſe, l.hæreditas, C.de pactis conuentis, l. ex eo, C.de inut.ſtip. Sed controuerſiæ ſunt nonnullæ ex uarijs cauſarum circumſtantiis. Et prima eſt, quid iuris, ſi non hæreditas tota, ſed pars bonorum in pactum deducatur. an valeat pactum? Et reſpondit Baldus valere, in l.vlt. C. de pactis. Sequitur Alexander, in conſi. 29.lib.quinto,nume.10.Decius, in conſi. 578.nume.9. alios in eandem ſententiam refert & ſequitur Menochius,in conſ.2. num.161.lib.1.

Contrarium multos reſpondiſſe teſtatur Tiraquellus,

eos

eos citans, de iure primogeniorum, q. 6. nu. 14. Sed re vera loquuntur ab eo citati, de pacto, quod fit de parte hæreditatis, non autem bonorum. In quibus tamen terminis multi ex antiquis valere putabant pactũ, exiſtimãtes ꝓmiſſum eẽ de parte hæreditatis paciſci, licet nõ de tota.

Sed quod ad pactum partis bonorum attinet. Alciatus in conſ. 114. nu. 3. exiſtimat illud non valere, quoties obuentionem bonorum continet, quod accidit, quando paciſcentes non ſe obligant ad quicquam dandum, vel faciendum, ſed verba referunt ad bonorum peruentionem: tunc enim, ſiue de certa parte bonorum agatur, ſiue de tota ſucceſſione, reſpondit pactum non valere.

Franciſcus Burſatus hanc rem copioſè adductis autoritatibus tractans, in conſ. 136. nu. 37. 38. & ſequent. lib. 2. in ea videtur eſſe ſententia, vt valeat huiuſmodi pactum partis bonorum, ſi de certis bonis intelligatur, puta partis bonorum immobilium, vel feudalium, vel huiuſmodi. Cæterum aliter dicendum, ſi pactum ſit de parte bonorum omnium.

Fundamentum prioris ſententiæ, quæ videtur magis communiter recepta, illud eſt; quia tale pactum non impedit liberam teſtandi facultatem, cum paciſcens de reliquis bonis teſtari poſſit. Et cum non contineat huiuſmodi pactum hæreditatem ac ſucceſſionem, nihil obſtat ei lex, quæ vetat pactis hæreditatem dari.

Fundamentum Alciati eſt, quoniam pactum, quo continetur obuentio bonorum, non valet præterquam inter milites, l. licet, C. de pactis.

Ego puto huiuſmodi pacta non valere; Primò, quia nulla lex proferri poteſt, quæ illa tueatur. Secundò, quia nulla iuris ratione confirmantur. Tertiò, quia non leuis coniectura ſuppetit legibus noſtris ea non probari. Nullam extare legem pactiones iſtas iuuantem, manifeſtum eſt: Nam donatio quidem mortis cauſa legibus probatur, necnon aliæ vltimæ voluntates & contractus, per quos hæredes noſtri ad aliquid dandum vel faciendum obligantur, quamuis obligatio ab ipſis hæredibus incipiat, l. vni. C. vt actio. ab hæredibus & contra hæredes incip. Sed nos loquimur iam de pactis iſtis nudis, non autem in aliquem ſpecialem contractum tranſeuntibus, vel in donationem mortis cauſæ.

Nullam iuris rationem ſuppetere, qua iuuari poſſint, ex eo perſpicuum videtur; quoniam cum certi ſint modi iure introducti ſolenniter, ex quibus bona poſt mortem conferantur, nempè teſtamentum, Codicillus, Donatio mortis cauſa, Legatum, fideicommiſſum, & ſimilia iuris ratio poſtulat, vt non alios nobis propria autoritate fingamus, cum ſatis multi ac ſolẽnes à iure ſuppeditẽtur.

Denique non leuem eſſe coniecturã, eas pactiones legibus improbari, facilè colligitur ex l. licet, C. de pact. ex l. hæreditas, C. de pactis conuentis, & alijs ſimilibus.

Nec quenquam mouere debet illud argumẽtum, quo dicitur, ideo pacta iſta improbari, quia videntur auferre liberam teſtandi facultatem: & ideo quoties non de tota hæreditate, ſed de parte tantum, vel bonorum, vel hæreditatis diſponunt, ſeruanda eſſe; quoniam ratio, cur ea pacta improbentur, illa eſt præcipua: quia hæreditas pacto non datur, l. hæreditas, C. de pact. conuent. & alij ſunt modi ſolennes conſtituti, quibus de bonis ſuis quis poſt mortem rectè diſponat; quos ſequi proinde nos oportet, non aũt nouos, & autoribus legum ignotos excogitare.

CAPVT LXXXV.

Secunda controuerſia, quid ſi pactum fundetur in perſona promittentis, non autem bona, ſiue bonorum obuentionem reſpiciat, an valeat?

Ommuniter recepta eſt diſtinctio in hac materia pacti de futura ſucceſſione nuncupati; vt ſiquidem fundetur in perſona paciſcentis, valeat, ſi verò bonorum obuentionem contineat, non valeat. Exemplum prioris capitis. Promit-

A to tibi omnia bona mea præſentia poſt mortem meam valet eiuſmodi pactum. Poſterioris autem exemplum: Promitto tibi, quod poſt mortem meam bona mea ad te peruenient. Ita Bartolus, in l. ſtipulatio hoc modo concepta, ff. de verbor. obligat. in l. vltima, numero vndecimo, C. de pactis & in conſilio 204. Promitto tibi, & tu mihi. Oldradus, in conſilio 139. Curtius iunior, in conſilio decimoquinto, Decius, in conſilio 225. 236. 613. Cacheranus, deciſione Pedemont. 100. numero vigeſimoquinto, Berous, conſilio 30. numero 28. libro tertio, Celſus Vgo, in conſilio 100. Hieronymus Gabrielius, in conſilio 137. numero 16. Burſatus, in conſilio 136. num. ſeptimo, Purpuratus in conſilio 538. numero ſecundo, libro ſecundo, Simon Pretus conſilio 123. numero decimo.

Fundamentum eſt, quod attinet ad primum caput; quia iure cautum eſt, obligationes incipere poſſe ex perſona hæredis, l. prima, C. vt actiones ab hæredibus &
B contra hæredes incipiant. Cum ergo quis ita promittit bona ſua, vt in eius perſona fundetur promiſſio, tunc obligatio incipit eo mortuo, aduerſus hæredem, & is bona promiſſa reſtituere tenetur, niſi in pactum deducta eſſent tam bona præſentia, quam futura; tunc enim videretur pacto hæreditas dari; & ideo non valeret, & diceretur eſſe contra bonos mores, quia per illud pactum auferretur libera teſtandi facultas, ſi paciſceus nihil ſibi, de quo teſtari poſſet, reſeruaret. Cæterum, quando non in perſona paciſcentis fundatur pactum, ſed ad bona refertur, videtur ex eo hæreditas ac ſucceſſio dari, ac proinde pactum non valet, l. hæreditas, C. de pactis.

Sed, vt liberè dicam id, quod ſentio, non puto veram eſſe hanc doctrinam; ac proinde controuerſiam ipſe moueo hac in re, licet nemo forſan hucuſque mouerit. Exiſtimo enim neutro caſu pactum valere. Et quoniam omnis difficultas eſt in primo capite diſtinctionis, eo dirigam argumentum meum, vt fundamentum do-
C ctrinæ communis euertam. Aiunt Doctores, ideo pactum valere: quia obligatio tunc incipit ab hærede promiſſoris, ex quo apparet promiſſorem non voluiſſe hæreditatem pacto dare, ſed ſuum hæredem obligare ad bona promiſſa tradenda, quod permiſſum eſſe indicat l. 1. C. vt actio. ab hæred.

Sed contra oſtendam legibus improbari etiam illud pactum: quo non immediatè hæreditas datur, ſed hęres promiſſoris incipit ex pacto obligari. Oſtendam hoc ex l. hæreditas, C. de pactis conuentis. Ait textus: *Hæreditas extraneis teſtamento datur. Cum igitur adfirmes dotali inſtrumento pactum interpoſitum eſſe vice teſtamenti, vt poſt mortem mulieris bona eius ad te pertinerent quæ dotis titulo tibi non ſunt obligata: intelligis nulla te actione poſſe conuenire hæredes, ſeu ſucceſſores eius, vt tibi reſtituantur, quæ nullo modo debentur.*

Hic perpendunt Doctores illa verba, *vt poſt mortem mulieris bona eius ad te pertinerent.* Et quia ad bona, ſiue
D ad bonorum peruentionem referuntur, ideo putant pactum non valere. Ego contra perpendo ex hoc textu, illa verba, ac totum reſponſum Diocletiani, euertere eorum traditionem: quod ita planum facio. Si pactum valeret eo caſu, quo bona quis promittit poſt mortem ſuam, ita vt promiſſio fundetur in perſona eius, obligatio autem, ſiue actio contra hæredes incipiat, deberet etiam valere in ea ſpecie, de qua loquitur Diocletianus: quia etiam in ea ſpecie obligatio & actio incepit contra hæredes. Id patet ex illis verbis textus: *Intelligis nulla te actione poſse conuenire hæredes, vt tibi reſtituantur, quæ nullo modo debentur.* His enim verbis perſpicuum eſt, paciſcentem voluiſſe quidem ſuum hęredem obligare in ea ſpecie, & tamen pactum non valet. Si enim noluiſſet paciſcens ſuum hæredem obligare, ſed immediatè ſua bona ad eum peruenire, cui promiſerat, non erat, cur dubium eſſet, an hęres promiſſoris conueniri poſſet. Sed quia hæc erat vis pactionis, vt etiam hæredem obligaret, ideo quæſitum eſt, an hæres conueniri poſſet: & negat poſse conueniri: quia

Ee quæ

quæ promissa sunt, non debentur. ratio est; quia pactum non valet.

Et certè, si verum amamus, nullum videtur esse discrimen quoad rei substantiam; vtrum quis dicat, promitto tibi bona mea post mortem; vel promitto, quod bona mea post mortem meam ad te pertinebunt, vel peruenient. Vtroque enim in casu promissor videtur obligasse suum hæredem ad bona stipulatori tradenda. Sed non valet eiusmodi pactum; quia effectu inspecto, nihil aliud in eo continetur, quàm successio & hæreditas: Et notum est omnibus, leges verbis impositas non esse, sed rebus, l. 2. C. commu. de leg.

Tertiò inspiciamus diligenter fundamentum communis sententiæ. Sic ait Iustinianus in l. prima, C. vt actiones ab hæredibus & contra hæredes incip. *Cum stipulationes & legata, & alios contractus post mortem compositos, antiquitas quidem respuebat, nos autem pro communi omnium vtilitate recepimus: consentaneum erat etiam illam regulam, qua vetustas vtebatur, more humano emendare. Ab hæredibus enim incipere actionem, vel contra hæredes, veteres non concedebant, contemplatione stipulationũ, cæterarumque causarum post mortem conceptarum. Sed nobis necesse est, ne prioris vitii materiam relinquamus, & ipsam regulam de medio tollere: vt liceat & ab hæredibus, & contra hæredes incipere actiones, & obligationes, ne propter nimiam subtilitatem verborum, voluntates contrahentium impediantur.*

Hac lege non hoc statuit Iustinianus, vt generaliter & absolutè valeat, & seruandum sit ab hærede promissoris omne pactum, & præsertim illud, de quo nostra est disputatio; sed hoc voluit, vt licet olim actio, nec contra hæredem, nec ab hęrede incipere posset, quia stipulationes & obligationes, & contractus post mortem compositos antiqui respuebant, nunc actio incipere ab hærede, & contra hæredem possit; quia tales contractus & obligationes recepti sunt.

Post mortem suam nemo dari sibi stipulari poterat, non magis, quàm post eius mortem, à quo stipulabatur, inquit Imperator io §. post mortem, in Instit. de inutil. stipul. Hoc ergo ius antiquum est emendatum, quamobrẽ nũc licet stipulari sibi dari post mortem suam, & quis promittere potest se daturum post mortem suam, & tunc actio incipiet ab hærede, & contra hæredem; Ergo non inficior cuilibet licere, ita se obligare stipulando, contrahendo, legando: sed nego licere extra contractus causam, vel donationis causa mortis, vel legati aliamvè similem receptam causam, bona sua in pactum deducere, vt scilicet post mortem promissoris ea quis obtineat. Est enim hoc pactum futuræ successionis, pactum, quo hæreditas datur, si non quis ad verborum corticem attendat, sed rem ipsam penitius contempletur.

At inquiunt, in priori casu, cum quis promittit bona sua post mortem, refert suam promissionem post mortem, & tunc incipit obligatio & actio aduersus hæredem, quod est permissum. Sed contra idem accidit, & in posteriori casu, & tamen pactum non valet, dicta l. hæreditas, cum enim sic dico: Promitto tibi, quod bona mea peruenient ad te post mortem meam; nonnè obligo me ipsum ad hoc, vt bona consequaris post mortem meam? Consequenter nonnè & meum hæredem obligo, vt hoc ipsum adimpleat? Hæres enim obstrictus est omnibus obligationibus, quibus defunctus tenetur, l. 1. C. si certum pet. l. ex qua persona, de reg. iur. l. pro hæreditariis, C. de hæred. act.

Illam igitur distinctionem valere iubeo, & germanam solidamque traditionem amplector, eiusmodi pactiones non valere, Eruditorumq; Iurisconsultorum iudicium ac sententiam expecto.



CAPVT LXXXVI.

Pactum de futura successione reciprocum, an valeat.



Equitur tertia controuersia de pacto futuræ successionis an valeat, si reciprocum sit. Etenim multis placuit illud valere. ita Marsilius singulari 333. citans in hanc sententiam Oldradum 10 consil. 139. Ioan. And. ad Speculat. titu. de instrument. editione, §. Porrò, col. vlt. Alexand. in l. licet, C. de pact. Angelum in consil. 179. Iasonem in l. si pater puellæ, C. de inoffic. testamen. Eandem sententiam sequitur Mynsingerus Centur. 2. Obserua. 33. Viuius commu. opin. in verb. Pactum, 1. ou. 12. alios refert Tiraquell. de iure primogenior. q. 6. nu. 5.

Sed contrarium docuerunt Bartol. in dicta l. licet, C. de pactis. & in consil. 212. Alexand. in consil. 28. libro 3. Decius in cons. 225. num. 3. Iason consil. 87. num. 3. libro 1. Parisius in consil. 24. num. 77. lib. 2. Curtius iunior in consil. 15. Tiraquell. de iure primogeniorum, quæstio. 6. num. 24. Osaschus decisio. Pedemont. 100. num. 22. Bursatus in cons. 136. num. 13. Hieronymus Gabriel. in cons. 137. non procul ab initio. Petrus Pechius de Testamentis coniugum, lib. 1. cap. 7.

Eandem sententiam sequi videtur Andreas Geyll, lib. 2. Obser 126. sic enim ait: *Distinguendum esse, ne impingamus in hoc difficili articulo, vtrum sit promissio mutua de succedendo causa donationis inter viuos, an verò simplex promissio per pactum de successione reciproca. Primò casu valet promissio; quia non est pactum futuræ successionis: sed obligatio descendens ex contractu de præsenti inter viuos celebrato, licet effectum post mortem sortiatur, ideoq; valet, & tenet irreuocabiliter. Secundo casu promissio non valet, puta, si duo pluresvè paciscantur inuicem, vt alter alteri deficientibus liberis succedat.* Hactenus ille.

Idem latè concludit Simon Pretus in consil. 123.

Ego posteriorem hanc sententiam absque omni hæsitatione amplector, si quæstio sit inter priuatos; secus, si inter milites, autoritate l. licet, C. de pactis. vbi Diocletianus: *Licet inter priuatos huiusmodi scriptum, quo comprehenditur, vt is, qui superuixerit, alterius rebus potiatur, ne donationis quidem mortis causa gestæ efficaciter speciem ostendat: tamen cum voluntas militum, quæ super vltimo vitæ spiritu, deque rei familiaris decreto quoquo modo contemplatione mortis in scripturam deducitur, vim postremi iudicii obtineat, proponasq; te ac fratrem tuum ad discrimen prælii pergentes ob communem mortis fortunam inuicem esse pactos, vt ad eum, qui superstes fuisset, res eius, cui casus finem vitæ attulisset, pertinerent, existente conditione intelligitur ex fratris tui iudicio, (quod Principalium Constitutionum prompto fauore firmatur) etiam rerum eius compendium ad te delatum esse.*

Hac lege videtur mihi apertè decisa hæc controuersia, valere quidem eam conuentionem inter milites; inter priuatos autem non valere.

Huc accedat ratio legis; pacto videlicet hæreditatem dari non posse, l. hæreditas, C. de pactis conuentis, locum enim habet etiam, vbi pactum est reciprocum.

Nec difficile est ad argumentum Marsilij respondere, qui autoritate multorum abutitur in hoc articulo: Illud enim in eo positum est, quòd vicissitudo illa multa operari soleat, & ideo licet donatio inter virum & vxor. regulariter non valeat, tamen valet, si sit reciproca, vt tradit Iason in l. si pater puellæ, C. de inoff. testam.

Item licet donatio excedens quingentos aureos non valeat absque insinuatione, tamen valet, si sit reciproca. Angelus in cons. 179. & alij.

Sed omnibus illis exemplis vno verbo respondetur, dato, quod vera sint, longè esse dissimilia, nec ad hanc speciem rectè applicari, in qua & legis autoritas, & eius ratio apertè aduersantur, perspicuumq; est vicissitudinem nihil prorsus operari.

CA-

CAPVT LXXXVII.

Pactum de futura ſucceſſione in contractu matrimoniali adiectum an valeat.

COnuentiones de futura ſucceſſione pactis matrimonialibus adiectas, vt puta, quod ſolus primogenitus ex eo matrimonio ſuccedat, valere, autores ſunt plurimi; Guido Papæ, q. 267. & 505. & alij, quos refert & ſequitur Menoch. in conſ. 1. n. 162. lib. 1. Et prætermiſſis leuib. argumentis adducti io hanc ſententiam ſunt ex l. Diui Conſtantini, C. de naturalibus liber. io illis verbis: *Pactis, quæ matrimonii tempore ſuper dotibus, vel ante nuptias donationis rebus, ſubſecuta fuerint, etiam ad ipſorum perſonas pertinentibus: vt vna cum fratribus ſuis poſtea ex eiſdē parētibus fortè progenitis, aut ſoli (ſi nullus alius ſit procreatus) dotis & ante nuptias donationis pro tenore, legum, nec minus pactorum emolumenta percipiant.* Idem ferè probat l. ſi inter, ff. de pactis dotalibus.

Sed iſtis ego non aſſentior, imò contrariam ſententiam amplector, quam defendit poſt alios, quos adducit latè Tiraquellus, de iure primogeniorum, q. 6.

Et moueor ex claris legibus, quæ diſertè declarant, non valere huiuſmodi pacta, etiam in contractu matrimoniali, nempe, ex l. pactum, 25. C. de pactis. *Pactum*, inquit textus, *quod dotali inſtrumento comprehenſum eſt, vt ſi pater vita fungeretur, ex æqua portione ea, quæ nubebat cum fratre hæres patri ſuo eſſet: neque vllam obligationem contrahere; neque libertatem teſtamenti faciendi mulieris patri potuit auferre.* Et ex l. Hæreditas, C. de pactis conuentis. Diocletianus: *Hæreditas extraneis teſtamento datur. Cum igitur affirmes dotali inſtrumento pactum interpoſitum eſſe vice teſtamenti, vt poſt mortem mulieris bona eius ad te pertinerent: quæ dotis titulo tibi non ſunt obligata, intelligis, nulla te actione poſſe conuenire hæredes ſeu ſucceſſores eius, vt tibi reſtituantur, quæ nullo modo debentur.*

His legibus, quæ tamen ſatis perſpicuæ ſunt, & ad rē maximè pertinent, nullum à quoquam ex contrariæ ſententiæ autoribus allatum reſponſum legi. Contra vero ad leges contrariæ ſententiæ plana eſt reſponſio, eas loqui de pactis circa dotem, & donationem propter nuptias, vt patet ex ipſis verbis dictarum legum. Nemo autem negat ea pacta valere: ſed noſtra quæſtio eſt, an valeant extra dotis & donationis propter nuptias cauſam. Et ideo non ſine cauſa Diocletianus in d. l. Hæreditas, C. de pactis conuentis, addidit illa verba: *quæ dotis titulo tibi non ſunt obligata.* Sciebat enim pacta eiuſmodi circa dotem & donationem propter nuptias inter coniuges valere, & ſeruanda eſſe.

CAPVT LXXXVIII.

Excommunicatus an poſſit teſtari.

VEtus eſt controuerſia de excommunicato, an poſſit teſtamentum facere; & licet non dubium ſit, quin communior ſententia poteſtatem illi hanc faciat, excepto tamen hæretico & læſæ maieſtatis reo, vt in c. excommunicamus, §. credentes, de Hæreticis, in c. felicis, de pœnis, lib. 6. ſicuti teſtatus eſt olim Fridericus Senēſis in cōſil. 74. & non ita pridem Antonius Gabrielius, libro 4. commun. concluſ. tit. de teſtamentis, concl. 1. Couuar. ad Rubr. de teſtamentis, io 2. parte, num. 18 Clarus in §. teſtamentum, q. 14. tamen mihi videtur iuris rationi magis conſentanea contraria ſententia, quam Gloſ. ſequitur in c. decernimus, de ſentent. excommu. lib. 6. Hoſtiēſis in cap. pia, de except. in 6. Et quidam alij, qui citantur in locis annotatis. Nam ſi liceret excommunicato facere teſtamentum, liceret eidem etiam cum aliis communionem habere, & actus legitimos exercere. Neque

A enim teſtamentum quis facere poteſt, niſi teſtes adhibeat, & coram eis ſuam voluntatem enunciet. Adhiberi ſolet etiam Notarius, qui de teſtamento inſtrumentum conficiat, vt notum eſt. Sed quin hæc excommunicato interdicta ſint, dubium non eſt. ideo excommunicatus neque agere, neque patrocinari, neque teſtificari poteſt, dicto cap. decernimus, de ſenten. excommun. lib. 6. Ergo nec teſtari: Eſt enim par ferè ratio. Et iam conſtat teſtamenti factionem in ſuperioribus caſibus expreſsè interdictam, ſcilicet hæretico, & læſæ maieſtatis reo, qui ſunt excommunicati.

Nec difficile eſt ad argumenta communioris ſententiæ reſpondere; Illa enim diligenter à Friderico Senenſi commemorantur. Primum eſt; quia teſtamenti factio non eſt prohibita excommunicato, ergo intelligitur permiſſa, vt notat Gloſ. in l. ſi quæramus, ff. de teſtamē. Reſpondeo, etſi nominatim prohibita non ſit, tacitè tamen prohibitam cenſeri, ex eo, quod excommunicatus
B ab omni fidelium communione excluſus eſt, & præterea nominatim eſſe prohibitam io duobus caſibus, vt ſuprà.

Secundum argumentum eſt: quia excommunicatus retinet dominium bonorum ſuorum; ergo de illis ad libitum ſuum diſponere poteſt. Reſpondeo, non eſſe bonam conſequentiam, niſi eatenus diſponat, vt non cum fidelibus communionem habeat: hoc enim eſt ille beneficio priuatus; Et ideo teſtari non poteſt, quia ſic communicaret cum alijs.

Tertium argumentum eſt; quia ſi dicamus valere teſtamentum, eſt maior fauor eorum, ad quos bona excommunicati perueniunt, quàm ipſius excommunicati, ergo propter vtilitatem noſtram, debemus dicere teſtamentum valere. Reſpondeo, negando conſequentiam; quia immò ſi teſtari excommunicatus non poſſit, nihilominus bona eius ab inteſtato ad legitimos tranſeunt hæredes. Nec propter bona temporalia debemus
C concedere, vt excommunicato liceat cum alijs communicare, ſed tantum id licet propter ſalutem animæ ſuæ, vt io capitulo cum voluntatem, de ſententent. excommunicat.

Quartum argumentum: quia ſunt quidam ſpeciales caſus, in quibus excommunicatus teſtari non poteſt, nempe, propter hæreſim, & crimen læſæ maieſtatis, vt dictum eſt; ergo in alijs caſibus licebit excommunicato teſtari. Reſpondeo, non eſſe caſus ſpeciales illos. Neque enim dicitur ſpecialiter tantum in illis caſibus teſtamentiſactionem denegari excommunicato, in d. c. Felicis, de pœnis, in 6. & in cap. excommunicamus, §. credentes, de hæreticis.

Quintum argumentum eſt, quia ſequeretur abſurdum. Nam ſi iniuſta eſſet excommunicatio, nihilominus teſtari non poſſet excommunicatus; Ergo ſi abſolutus eſſet, quo caſu debent omnia ei iura reſtitui, capitu. qua de cauſa, ſecunda quæſt. quinta, tamen ſi deceſſiſſet,
D non valeret teſtamentum: & ſic ei teſtamenti factio non reſtitueretur. Reſpondeo, ſi excommunicatus abſoluatur eidem reſtitui quoque factionem teſtamenti, & ideo licet primum teſtamentum non valeat, quod fecit cum eſſet excommunicatus; valebit tamen aliud, quod facere poterit, cum erit abſolutus: quod ſi non fecerit, erit illi imputandum.

CAPVT LXXXIX.

Vtrum Clericus de fructibus bonorum eccleſiaſticorum teſtari poſſit.

HAec eſt antiqua, celebris, & non parui momēti controuerſia. Vtrum Clerici, & alij Eccleſiaſtici viri de fructibus beneficiorum & præbendarum Eccleſiaſticarum teſtari, tanquam veri eorum domini poſſint. Variæ ad diuerſæ fuere

olim, & inter recentiores etiam Doctorum tum canoniſtarum, tum Theologorum ſententiæ, vt videre licet ex interpretibus poſt Gloſ. ibi, in cap. præſenti, in verbo, *reſeruari*, de offic. ordin. in 6. in cap. vlt. de peculio cleric. in cap. cum in officijs, vbi latè Couuar. de teſtament. Claro in §. teſtamentum, quæſt. 27. verſ. Quartò videndum eſt, Martino Nauarro in tractatu & Apologia de reditibus eccleſiaſticis. Franciſco Sarmiento in libris de reditibus eccleſiaſticis, vbi triginta commemorat opiniones, nouiſſimè ex Reuerend. P. Gregorio de Valentia, Theologiæ hic profeſſore celeberrimo, quem omnes propter ſingularem eius doctrinam, ſanctitatem, & prudentiam cum primis veneramur. Tomo 3. comment. Theologicorum. diſputatione decima, quæſtio. 3. de ſtatu Epiſcoporum.

Ego breuiter ſententiam meam aperiam, eamque cõfirmabo, tum ad argumenta contrariæ ſententiæ reſpondebo, qui plura hac de re ſcire cupiet, ſupra dictos in locis annotatis conſulere poterit.

Exiſtimo clericos & alios eccleſiaſticos viros, teſtari poſſe de fructibus beneficiorum eccleſiaſticorum, quę illis ſuperſunt vltra neceſſitatem eorum, & moueor hoc argumento: De quacunque re teſtari quis poteſt, cuius dominus eſt, ſi nulla lege teſtari probibeatur: Sed clerici & alij eccleſiaſtici viri domini ſunt huiuſmodi fructuum, & nulla lege teſtari prohibentur, ergo teſtari poſſunt.

Maior propoſitio probatur, quia teſtamentum nihil aliud eſt, quam iuſta voluntatis noſtræ ſententia de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit, l. 1. ff. de teſtamẽ. Nemo autem diſponere poteſt, quid fieri velit niſi de eo, cuius eſt dominus, vt patet. quod autem de rebus ſuis quilibet teſtari poſſit, probatur, quia teſtandi facultas omnibus eſt conceſſa, exceptis ijs, quib. prohibita eſt. *Nihil eſt enim, quod magis hominibus debeatur, quàm vt ſupremæ voluntatis, poſtquam iam aliud velle non poſſunt, liber ſit ſtylus & licitum, quod iterum non redit, arbitrium.* l. prima, C. de SS. eccleſ. Et ideo rectè docet Accurſius in l. ſi quęramus, ff. de teſtament. quemlibet habere teſtandi facultatem niſi expreſsè prohibeatur, argument. l. ab ea, ff. de probat. & omnes Doctores communiter idem paſſim docent, nullaque eſt difficultas.

Minor autem propoſitio duas habet partes. Prima, clericos eſſe dominos eiuſmodi fructuum. Altera, nulla lege expreſſe de his prohibitos eſſe teſtari. Quod ad primam partem attinet, probatur multis argumentis.

Primum eſt ex cap. vni. de clericis non reſidentibus, libro 6. in illis verbis: *Qui vero aliter de diſtributionibus ipſis quicquam receperit (illis quos infirmitas, ſeu iuſta & rationabilis corporalis neceſſitas, aut euidens Eccleſiæ vtilitas excuſaret) rerum ſic receptarum dominium non acquirat, nec faciat eas ſuas, &c.*

His verbis Summus Pontifex dicit, clericos non reſidentes, non acquirere dominium, nec ſua facere, quę percipiunt ex diſtributionibus, quę vocantur quotidianæ, quæ ſine dubio nihil aliud ſunt, quam fructus: aut certè nulla eſt ratio differentiæ inter eas, & alios fructus beneficiorum eccleſiaſticorum. Ergò ſi clerici reſideant, faciũt fructus ſuos, & eorum dominium acquirunt.

Et de fructibus ipſarum præbendarum idem conſtitutum eſt in Concilio Tridentino, Seſſ. 23. cap. primo, de reformatione, vt nimirum eccleſiaſtici habentes curam animarum, qui non reſident, *non faciant fructus ſuos*. Ex quo ſimiliter argumentari licet, ſi reſideant, eos facere fructus ſuos; & per conſequens eorum dominium acquirere.

Secundum argumentum eſt ex c. peruenit, de fideiuſſor. in illis verbis: *Alioqui de reditibus eorum præſcripta debita faciatis exolui & damna eorum, quæ propter hoc pertulit, reſarciri, aut prædictos redditus ſibi aſſignetis tam diu ſine moleſtia detinendos, donec ipſa damna reſarcita, fuerint, & debita ſine diminutione ſoluta.*

Hoc mandat Summus Pontifex, vt creditoribus clerici ſatisfiat ex fructibus & reditibus beneficiorum: quod argumento eſt, clericum dominium habere ipſorum fructuum. Neque enim ex rebus alienis iuſtum eſſet ſatisfieri creditoribus.

Tertium argumentum eſt ex ratione, qua vtitur R. P. Gregorius. Nam miniſtri eccleſiaſtici non debent eſſe peioris conditionis, quam alij Reipubl. miniſtri: At alij Reipubl. miniſtri domini efficiuntur ſtipendiorum, quæ eis dantur; ergo eodem modo eccleſiaſtici miniſtri fiunt domini fructuum ſuarum præbendarum.

Quartum argumentum ego ſic adſero. Aut viri eccleſiaſtici ſunt vſufructuarij, & tunc fructus faciunt ſuos aut non ſunt, ſed adminiſtratores tantum, & tunc eos reſtituere tenentur; & conſequenter rationem adminiſtrationis reddere cogendi ſunt: ſed hoc nullo iure cauetur, vt reddere compellantur adminiſtrationis rationem, & loquor in foro hoc externo; Ergo fructus ſine dubio ſuos faciunt, alioqui cauendum erat aliqua lege, vt rationes reddere tenerentur.

Poſtremum argumentum eſt ex conſuetudine. Nam optima eſt legum interpres conſuetudo. l. ſi de interpretatione, ff. de legibus. Conſuetudine autem receptum eſſe in Hiſpania, in Gallia, & in Italia, vt clerici pro dominis exiſtimentur fructuum iſtorũ, ac proinde de eis liberè diſponant, teſtantur Couuar. & Sarmientus locis ſupraannotatis. Sarmientus inquam parte 4. de reditibus eccleſ. cap. 1. nu. 8.

Altera verò pars minoris propoſitionis, nulla lege prohibitum eſſe viris eccleſiaſticis de fructibus beneficiorum ſuorum teſtari, probatur; quia nullus ex iure canonico locus adferri poteſt, vbi contineatur huiuſmodi prohibitio. Notandũ eſt enim nos loqui de fructibus præbẽdarũ & beneficiorum, non autem de bonis mobilibus, vel immobilibus ex fructibus, vel aliunde per eccleſiam acquiſitis. Conſtat enim non licere clericis de eis teſtari ex cap. relatum, in 2. ex cap. cum in officijs, & ex capit. ad hæc, de teſtamentis. licet nonnulli res acquiſitas ex fructibus, & fructus ipſos confundentes, exiſtimauerint, memoratis in locis prohiberi etiam de ipſis fructibus teſtandi facultatem: ſed Decretales prædictæ non loquuntur de fructibus, ſed de bonis acquiſitis per eccleſiam. Sic enim ait textus in d. capit. Relatum: *Licet autem mobilia per eccleſiam acquiſita de iure in alios pro morientis arbitrio transferri non poſſint*, &c. Et in c. cum in officijs: *Quidam clerici cum ab eccleſiis ſuis multa beneficia perceperint, bona per eas acquiſita in alios transferre præſumunt*, &c. Et clarius in d. c. ad hęc. *Præſentibus innoteſcat, quod clerici de mobilibus, quæ per eccleſiam ſunt adepti, de iure teſtari non poſſunt.*

Quamobrem Iulius Clarus loco ſuperius annotato, rectè bona quæſita ex fructibus eccleſiæ diſtinxit ab ipſis fructibus; Et nos etiam diſtinguenda eſſe putamus. Ratio autem diuerſitatis illa poteſt adſerri, quod licet clerici etiam huiuſmodi bonorum acquiſitorum ex fructibus ſint domini, & ideo videantur poſſe de eis pro eorum arbitrio diſponere, tamen cum per eccleſiam ea acquiſiuerint, charitatis & gratitudinis ratio poſtulat, vt ea potius relinquant eccleſiæ, quam alijs. Et hoc eſt quod dicit textus in d. c. cum in officijs. *Cum in officiis charitatis, primo loco illis teneamur obnoxii, à quibus beneficium nos cognoſcimus recepiſſe; contra quidam clerici cum ab Eccleſiis ſuis multa beneficia perceperint, bona per eas acquiſita in alios transferre præſumunt. Hoc igitur quia antiquis Canonibus conſtat inhibitum, nos indemnitati eccleſiarum prouidere volentes, ſiue inteſtati deceſſerint, ſiue aliis cõferre voluerint, penes eccleſias eadem bona præcipimus remanere.*

Hæc ratio Charitatis non ita viget in ipſis fructibus, quoniam fructus ſunt ex rebus, quæ vſu conſumuntur, & ſicut ab ipſo clerico, vtpote eorum domino conſumi poſſunt, ita etiam ei licere debet eos teſtando in alios transferre, nec enim vt conſeruentur pro ipſa eccleſia, ita ratio ſuppetit, vt in aliis bonis mobilibus vel immobilibus, quæ iam ſunt acquiſita, puta ſi vaſa ſint au-

rea

rea vel argentea, ſuppellex & ſimilia, quæ ſeruando ſeruari poſſunt, neque tam facilè vſu conſumuntur.

Argumenta vero contrariæ ſententię, quæ clericos dominos non eſſe contendit, ad hæc omnia reuocantur, quod eccleſiaſtica bona dicuntur Domino Deo donata, cap. qui Chriſti, 12. quæſtio. 2. cap res eccleſiæ, 12. quæſt. 1. quod ad pauperes pertineant, c. Præcipimus, & cap. ex his, 12. q. 1. quod clerici ſint diſpenſatores, c. decimæ, 16. q. 1. c. quod autem, 23. q. 7. cap. 2. de donat. Sed iſtis & ſimilibus, quæ in eandem ſententiam latè adferri poſſunt; & à Nauarro & Sarmiento adſeruntur, optimè reſpondet Reuer. P. Gregorius loco annotato, bona eccleſiaſtica Deo data eſſe, hoc eſt, propter Deum, & eius cultum, data eccleſiaſticis. Ad pauperes pertinere, quia eleemoſinæ ex reditibus eccleſiaſticis impertiendæ ſunt. Clericos eſſe diſpenſatores, & non dominos ſcilicet bonorum ipſorum eccleſiaſticorum, mobilium vel immobilium; non autem fructuum, qui ex præbendis percipiuntur.

Ad probandum autem clericos non poſſe teſtari de huiuſmodi fructibus beneficiorum & præbendarum, adferuntur à Nauarro hæc iuris Canonici loca, cap. Epiſcopi, & c. ſint manifeſtæ, 12. q. 1. cap. 1. ca. quia Ioannes, cap. fixum, 12. q. 5. c. 1. c. ad hæc, c. quia nos, c. cum in officijs, c. relatum, in 2. de teſtam. Et præterea Auth. Licentiam, C. de epiſcop. & cler.

Reſpondeo, omnia hæc loca loqui & accipienda eſſe de bonis acquiſitis per eccleſiam, vel ex rebus & fructibus eccleſiæ, non autem de ipſis fructibus. Percurramus ſingula.

Adfertur primò c. epiſcopi, 12. q. 1. *Epiſcopi*, inquit, *de rebus proprijs, vel acquiſitis, vel quicquid de proprio habent hæredibus ſuis, ſi voluerint, derelinquant: quicquid vero de prouiſione ſua eccleſiæ fuerit, ſiue de agris, ſiue de fructibus, ſiue de obligationibus; omnia in iure eccleſiæ reſeruare cenſuimus.*

Reſpondeo, textum loqui de bonis, quæ conſtituta ſunt pro eccleſiæ prouiſione: nam ſiue agri ſint, ſiue fructus annui, ſiue oblationes, illa omnia Epiſcopus in iure Eccleſiæ reſeruare tenetur, non autem relinquere ſuis hæredibus poteſt, ſicut bona propria. Itaque non loquitur textus de fructibus perceptis ab ipſo Epiſcopo pro ſuo vſu ipſius, ſed de fructibus, & alijs, quæ pertinent ad prouiſionem ipſius eccleſiæ; quę merito reſeruanda ſunt eccleſiæ, non ad hæredes transferenda: ſed quo minus fructus iam perceptos, & quorum dominus eſt Epiſcopus factus, hæredibus relinquere poſſit, non rectè inferri poteſt.

Adfertur 2. text. in cap. ſint manifeſtæ, eadem cauſa, & quæſt. qui loquitur de rebus eccleſiæ, non autem de fructibus præbendarum & beneficiorum: *Sint manifeſta*, inquit, *res propria epiſcopi. ſi tamen habeat res proprias, & manifeſta dominica, vt poteſtatem habeat de proprijs rebus epiſcopus moriens, ſicut voluerit, & quibus voluerit derelinquere, ne ſub occaſione eccleſiaſticarum rerum, ea, quæ Epiſcopi eſſe probantur, intercidantur.*

Tertiò, adfertur text. in c. 1. 12. q. 5. qui loquitur de rebus mobilibus eccleſiæ, vt patet illis verbis: *Itaque fraternitatem tuam, tempore quo ad nos fuit, conqueſtam eſſe recolimus, quod quædam mobilia, quæ Conſtantinus deceſſor noſter teſtamenti ſerie legati titulo dereliquit, decreuiſſeque nos, vt ſi hoc conſtaret, nullum ex his eccleſia veſtra præiudicium pateretur*, &c.

Quartò, text. eadem cauſa, & quæſt. in c. quia Ioãnes. Sed loquitur de rebus eccleſiæ, non autem de fructibus, vt patet ibi: *Huius igitur Monaſterij, & collectarum illic rerum, quia in teſtamento, ꝙ condidit, feciſſe noſcitur mentionem, ſciendum nobis eſt, non nos ideo ea confirmaſſe, quoniã eius ſupremam ſequitur voluntatem*, &c.

Quintò, textus eadem cauſa, & quæſt. in c. fixum. Sed loquitur de rebus acquiſitis. Id patet ibi: *Poſtquam autem Epiſcopus factus eſt, quaſcunq; res de facultatib. eccleſiæ, aut ſuo, aut alterius nomine cõparauerit, decernimus, vt non in propinquorũ ſuorum, ſed eccleſiæ, cui præeſt, iura deueniant.*

Sextò, adferuntur cap. 1. cap. ad hæc, ca. cum in officijs, c. quia nos, c. relatum, in 2. de teſtam. quæ omnia loquuntur de rebus acquiſitis per eccleſiam, nullum verbum dè fructibus eccleſiæ. Tria ex his ſupra retulimus: reſtant duo, nempe. cap. 1. & c. quia nos, In c. 1. ſic dicitur: *Quicquid vero eccleſiæ, ante ipſius conſecrationem eſſe cognouerit, vel in Epiſcopatus ordine prædictum Epiſcopum acquiſiuiſſe, in eiuſdem eccleſiæ dominio conſeruetur.*

In c. quia nos, ſic habetur; *De iis tamen, quæ conſideratione eccleſiæ perceperunt, nullum de iure poſſunt facere teſtamentum.* Loquitur ibi Summus Pontifex de clericis, qui aliquid acquiſiuerunt occaſione eccleſiæ, quia ſcilicet eccleſiæ contemplatione eis datum fuit.

Denique textus in Auth. Licentiam, C. de epiſcop. & clericis, ſimiliter de rebus acquiſitis loquitur, vt patet ex illis verbis: *Cæteris rebus acquiſitis ab eo, dominio eccleſiæ reſeruatis*, &c.

CAPVT XC.

Teſtamentum an valeat, quod confectum eſt non adhibitis iuris ſolennibus, ſed ſtatuti eo in loco vigentis, vbi teſtamentum eſt conditum, ex quo tamen loco teſtator oriundus non eſt?

VEtus controuerſia eſt. Teſtamentum condidit aduena, exempli cauſa, Venetijs, ſecundum conſuetudinem, quæ ibi viget, coram duobus vel tribus teſtibus; vtrum etiam vbique vires obtinere debeat? Oldradus in conſil. 248. Pręſuppoſita conſuetudine reſpondit non valere. & eiuſdem ſententiæ dicitur olim fuiſſe Iacobus de Arena. Sed contrarium docuit Bartolus in l. prima, C. de ſumma Trinit. num. 24. quem cæteri magis communiter ſequuti ſunt, vt videre licet ex Iaſone ibid. num. 40. & in 2. lect. num. 82. vide Gabrielium libro 4. commun. concluſ. tit. de teſtamentis. concluſ. 4. & Andream Geyll, lib. 2. Obſeru. 123.

Argumenta Oldradi hæc ſunt: Primum ex l. ſed ſi accepto, ff. de iure fiſci. Martianus; *Sed ſi accepto vſu togæ Romanæ* (obſides) *vt ciues Romani ſemper egerint; Diui fratres procuratoribus hæreditatum reſcripſerunt, ſine dubitatione ius eorum ab obſidis conditione ſeparatum eſſe beneficio Principali. Ideoq; idem ius eis ſeruandum, quod haberẽt ſi à legitimis ciuibus Romanis hæredes inſtituti fuiſſent.*

Sed hoc ad rem, qua de agitur, non pertinet. Etſi enim id Martianus à contrario ſenſu velit, obſidés, qui vſu togæ Romanæ non accepto, Romæ fuerint, eodem iure non frui in bonis, quæ eis relinquuntur; quo cæteri fruuntur, qui à ciuibus Romanis hæredes inſtituti ſunt non tamen ex hoc quicquam inferri poteſt ad rem noſtram. Eſt res planè diuerſa, diſſimilis, aliena prorſus. Noſtra enim diſputatio eſt, an peregrinus & aduena teſtamentum faciens adhibitis ſolennibus ex conſuetudine loci, in quo teſtamentum fit, rectè id fecerit, vt proinde etiam alibi valeat, quæ res cum Martiani reſponſo nihil habet commune.

Secundum argumentum eſt ex l. ſi non ſpeciali, C. de teſtamen. Diocletianus: *Si non ſpeciali priuilegio patriæ tuæ iuris obſeruatio relaxata eſt, & teſtes non in conſpectu teſtatoris teſtimoniorum officio functi ſunt, nullo iure teſtamentum valet.*

Sed nihil vrget hoc argumentum. Nam textus loquitur de eo, qui teſtamentum fecit in patria ſua non ſeruatis ſolennibus, & ideo dicit illud non valere, niſi priuilegio ſpeciali patriæ ſuæ iuris ſolennitas relaxata ſit. Nos vero loquimur de aduena & peregino, qui eo in loco teſtamentum facit, vbi iuris ſolennitas relaxata eſt.

Tertium eſt ex l. vlt. C. de teſta. vbi conſuetudo teſtandi non adhibitis ſolennibus iuris approbatur duntaxat in locis ruſticorum, in quibus literatorum copia non eſt; Ergo in alijs locis adhibenda ſunt iuris ſolennia.

Sed nihil prorſus facit; quia noſtra q̃ſtio iã ſupponit

relaxatam esse iuris solennitatem in loco, in quo testamentum conficitur: sed in eo tantum est difficultas, an & peregrinus eodem iure potiatur in testamento ibi condendo, qua de re nihil in d. l. vlt.

Quartum argumentum est ex l. nummis, de legatis tertio, in illis verbis: *Si neque ex consuetudine patrisfamilias, neque in regione, vnde fuerit, neque ex contextu testamenti possit apparere.*

Nihil valet; quia hoc Iurisconsultus dicit: *Nummis indistinctè legatis hoc receptum esse, vt exiguiores relicti censeantur*, si neque ex consuetudine patrisfamilias, &c. quæ res longissimo distat à quæstione hac nostra interuallo, vt patet.

Argumenta verò Bartoli hæc sunt; Primum est ex l. 2. C. quemadmod. testam. aper. Valerianus: *Testamenti tabulas ad hoc tibi a patre datas, vt in patriam perferantur, affirmans, potes illuc perferre, vt secundum leges moresque locorum insinuentur.*

B Hoc argumentum nihil probat. Nihil enim aliud dicit Valerianus Imperator, nisi testamenta secundum mores & leges locorum publicanda & aperienda esse. Sed nostra disputatio est, an leges moresque locorum locum habeant in peregrinis, & aduenis; vtque adeò, vt testamentum quod ibi fit secundum leges, & mores loci à peregrinis & forensibus, alibi quoq; valere debeat, qua de re nihil respondit Imperator.

Secundum argumentum est ex l. 1. C. de emancipat. liberor. Diocletianus: *Si lex municipii, in quo te pater emancipauit, potestatem Duumuiris dedit, vt etiam alienigenæ liberos suos emancipare possint: id quod a patre factum est, suam obtinet firmitatem.*

Nihil probat, primò; quia non loquitur de solennitate actus; sed de potestate faciendi. secundò, quia requirit nominatim, datam esse potestatem Duumuiris, quæ etiã ad alienigenas extendatur.

C Tertium argumentum est ex l. vlt. ff. de milit. testamẽ. Vlpianus: *Rescripta Principum ostendunt, omnes omninò, qui eius sunt gradus, vt iure militari testari non possint, si in hostico deprehendantur, & illic decedant: quomodo velint, & quomodo possint testari: siue Præses sit prouinciæ, siue quis alius, qui iure militari testari non potest.*

Nihil probat: quia hoc Vlpianus dicit, eos qui in loco hostili deprehenduntur, si illic decedant, testari posse, quomodo velint iure militari: Est hoc speciale priuilegium, quod illis est concessum, ex quo non rectè quis argumentari potest, valere testamentum in omnibus locis a peregrino factum secundum loci consuetudinem.

Postremum argumentum est ex l. si fundus, ff. de euic. Caius: *Si fundus venierit: ex consuetudine eius regionis, in qua negocium gestum est, caueri oportet.* Ergò idem dicendum in testamentis, vt scilicet regionis, in qua celebrantur, seruanda sit consuetudo.

D Non multum vrget. Primò, quia non loquitur de consuetudine regionis circa solennitates actus, qui celebratur. Secundò, quia non loquitur de peregrino & forense. Tertiò, quia non loquitur, quando consuetudo iuri repugnat certas solennitates requirenti, quas consuetudo regionis non requirat. Quartò, quia inter contrahentes in spicitur semper quod actum est, quod si non appareat, in spici debet, quod ex moribus regionis frequentatur, l. semper in stipulationibus, ff. de regul. iuris: *Ea enim, quæ sunt moris & consuetudinis, in bonæ fidei iudicijs debent venire*, l. quod si nolit, §. quia assidua. ff. de ædilitio edicto.

Cum igitur nec argumenta Oldradi, nec argumenta Bartoli sufficiant ad controuersiam illam decidendam aliundè petenda est ratio eam decidendi. Et sanè, vt mihi videtur, ex eo potissimum loco, quo in quæstionẽ vocari solet, virum forenses gaudeant beneficijs Statutorum: Nam si gaudere debent etiam forenses & peregrini beneficijs statutorum loci, sequitur, vt etiam in testamentis & alijs eiusmodi actibus eis perfruentes, testamenta facere possint, eodem modo, quo & alij ciues & municipes; Si verò non eis gaudere debeant, respondendum est, non posse etiam testando eis perfrui. Hæc autem quæstio longè est facillima & clarissima. Nam si forenses munera Ciuitatis non subeant, neque municipum loco habendi sunt, l. prima, ff. ad municipalem, ac proinde, sicut onera Ciuitatis non sentiunt, ita nec commodis frui debent, l. secundum naturam, de regulis iuris. Bartolus in tractatu repræsaliarum in quarta quæstione, proinde, nec statutis ligantur alienæ Ciuitatis, nec eis perfruuntur. Decius in consilio 114. & 550. ad finem. Castrensis in l. omnes populi, ad finem, ff. de iust. & iure. Ruinus in consi. 150. nu. 7. lib. 5. Hippolytus Riminaldus in cons. 11. nu. 27. lib. 1.

Quare ex his concludo, in præsenti disputatione veriorem mihi Oldradi sententiam videri, nisi talis sit peregrinus, qui onera Ciuitatis subire sit solitus, ac proinde iure participare debeat commoda Ciuitatis & statutorum eius.

CAPVT XCI.

Testamentum à forense conditum seruatis solennibus loci, in quo illud condidit, an effectum habeat quantum ad bona alibi sita.



X his, quæ in præcedenti capite conclusa sunt, non est difficile intelligere, testamentum à peregrino conditum adhibitis non iuris, sed statuti solennitatibus eius loci, in quo conditum est, non posse executioni mandari, quoad bona alibi sita, vbi non est tale statutum. Conclusum est enim non valere eiusmodi testamentum; quia statuti beneficia municipibus, non autem alienigenis cõcedi debent, vt in præcedenti capite, quæ sententia fuit olim Iacobi Rauennatis teste Bartolo in l. prima, num. 36. C. de Summa Trinit. Sed quoniam Bartolus eo in loco, quem cæteri postea secuti sunt, vt patet ex Gabrielio libro quarto, commun. conclus. titu. de testamentis, conclu. 4. & ex Andræa Geyll, libro secundo. Obseruat. 123. existimauit, & testamentum valere, & effectum habere, etiam quoad bona alibi sita, faciendum esse putaui, vt argumentis, quibus ille, & alij sectatores eius nituntur, breuiter responderem. Respondebo autem præcipuis tantum, non leuibus.

Primum argumentum est ex l. omnium, C. de testam. Theodosius: *Omnium testamentorum solennitatem superare videatur, quod insertum mera fide precibus inter tot nobiles probatasque personas etiam conscientiam Principis tenet. Sicut ergo securus erit, qui actis cuiuscunq; iudicis, aut municipum, &c. Postremum publicauit iudicium, &c.*

Nihil probat: quia hoc est ius commune, & generaliter constitutum, vt testamentum valeat etiam sine solennitatibus alias requisitis, quoties, vel Imperatori, vel actis iudicis, aut municipum insinuatur; qua de re non stra non est disputatio.

Secundum argumentum est ex l. vlt. C. de testam. vbi testamentum ruri conditum absque solennitatibus iuris vbique validum est.

Nihil probat: primò, quia id ita iure communi constitutum est. Secundò, quia textus dicit validum esse testamentum rusticorum, de aliorum autem testamentis ruri conditis non loquitur. Verba hæc sunt: *Quod igitur quisque rusticorum, sicut prædictum est, pro suis rebus dispo fuerit, hoc omnimodo legum subtilitate remissa firmum validumque consistat.*

Tertium argumentum est ex eo, quod cum agitur de solennitate actus, inspicitur locus, in quo actus celebrari debet, & eius loci consuetudo, l. 1. in fine, ff. de ventre in spiciendo. Respondeo nihil obstare: non enim loquitur lex de peregrino & aduena; Nec de actu, qui ab eius solius voluntate pendeat, prout est testamentum.

Quartum argumentum est ex l. in hac, & ex l. lata, C. de donat. quas Iason attulit. Respondeo, ad rem non pertinere;

pertinere; quia non loquuntur de aliquo speciali Statuto Ciuitatis, aut Municipij; quod etiam peregrinum iuuet, & obliget, vt in quæstione nostra; sed ius generale continent, vt donationes actis insinuatæ valeant, etiam si res donatæ alibi sint positæ.

Postremum argumentum est ex eo, quòd acta in vno iudicio facta probent etiam in alio iudicio inter easdem partes, & actio competes pro rebus alibi etiam intentari potest, vbi res non sunt, l. vltima. C. de præscript. longi temporis.

Nihil probat; quia quæstio supponit valere testamentum, & eò tendit, vt probet etiam ad res alibi sitas extendi, & exequendum esse; sed præterquam, quod quę adferuntur, dissimilia sunt, illud fundamentum non est satis firmum, videlicet testamentnm ipsum valere: Contrarium enim iuri magis consonum videtur.

CAPVT XCII.

Vtrum valeat testamentum coram quinque testibus tempore pestis.

MAgna fuit & olim, & nunc controuersia inter Doctores; Vtrum testamentum tempore pestis conditum coram minori numero testium, quàm requiratur aliàs regulariter, puta coram quinque tantum testibus, valeat, vt videre licet ex Iulio Claro in §. testamentum, q. 56. & Rolando à Valle in consil. 81. lib. 1. Anton. Tesauro decis. Pedemon. 180. Mascardo lib. 3. de probationib. concl. 1351. num. 18. Ego sanè respondendum puto non valere, autoritate textus in l. 8. C. de testamentis, vbi Diocletianus ita dicit: *Casus maioris ac noui contingentis ratione aduersus timorem contagionis, quæ testes deterret: licet aliquid de iure laxatum est: non tamen prorsus reliqua testamentorum solennitas perempta est. Testes enim huiusmodi morbo oppressos eo tempore iungi, atque sociari remissum est: non etiam conueniendi numeri eorum obseruatio sublata est.*

Sententia legis est satis perspicua: Tempore pestis aliquid de solennitatibus relaxatū esse in testamentis. Relaxatum autem hoc esse, vt non conueniant simul testes ad audiendum vnico contextu testamentum: sed nō esse sublatam hanc solennitatem, quę pertinet ad testium numerum, atque adeo permissum, vt minor numerus eorū adhibeatur. Et ideo non puto legendum in d. l. 8. *Conueniendi numeri*, sed potius *conuenientis numeri*, quanquā & si legatur *conueniendi numeri*, sensus est; sublatam non esse solennitatem numeri testium conueniendi; id est, inueniendi numerum testium, scilicet legitimum. Septem ergo testes requiruntur; sed non est opus, vt omnes simul socientur, & iungantur, vt coram eis testamentum publicetur, siue insinuetur, & ab eis vel subscribatur simul, vel audiatur; sed sufficiet, si separatim testes singuli adhibiti sint: quod sanè & ad exequendum, & ad intelligendum in promptu esse videtur. Non ergo minor numerus, puta quinque testium, sufficere poterit in testamento tempore pestis condito ex hac lege Diocletiani.

Ad contrariæ sententiæ argumenta ita respondeo. Primum est huiusmodi: Tempus belli, & tempus pestis æquiparantur. Sed in bello valet testamentum minus solenne: ergo & pestis tempore valebit. Respondeo, negando illam absolutam comparationem belli, & pestis. Nam constat, omnem solennitatem militibus relaxatam esse in testamentis condendis, in Instit. de militari testamen. At pestis tempore aliquid tantum de iure relaxatū esse, nō omnem solennitatem relaxatam, vt in d. l. casus, C. de testamen.

Secundum argumentum est ex l. vlt. C. de testam. vbi in testamentis rusticorum minor numerus testium sufficit; quia scilicet maior haberi non potest. Idem igitur iuris erit pestis tempore; quia nec tunc maior numerus testium facile habetur. Respondeo, negando extensionē, quæ fit de testamentis rusticorum ad testamentum in Ciuitate conditum, in qua fit pestis; licet enim propter contagionem non tam facile testes iungi, & sociari possint, tamen seorsim adhiberi possunt. Quod si nec tam facile haberi possint, etiam seorsim septem testes, ita tamen visum est Imperatori, vt non valeat; quandoquidē nihil ex numero testium remisit. Et ratio illa adferri potest, quoniam circa testamenta versatur maxima falsitatis suspicio & periculum, resque est magni momenti. Et potest quispiam Codicillos facere, vel donationem causa mortis, legataque & fideicommissa relinquere, adhibitis quinque testibus: Et sic aliquo modo de rebus suis vltimam voluntatem, licet non sit testamentum, ordinare potest, si septem testium copiam habere non possit.

Tertium argumentum ex necessitate, & impedimento eius; quia videlicet tot testes peste sæuiente haberi nō possunt, sumitur, & multis exemplis confirmatur, necessitatem, & legitima, ac necessaria impedimenta eum excusare, qui non facit, quod ex lege tenetur: Sed durum est contra stimulum calcitrare, lege noua opus esset, quæ à Principe conderetur. Nam si legi iam conditæ parendum est, argumentnm nihil mouet; quoniam etiā Diocletianus non ignorauit hæc impedimenta, & has necessitates & difficultates, & tamen aperte sanxit, nihil de numero testium conueniendorum sublatum esse. Et nunc aliquis, & contendat necessitatem immunem esse ab hac lege; quia testes tot haberi non possunt, quot à iure requiruntur. Quid enim, si nec duo haberi possint, nunquid valebit testamentum coram vno teste? Et tamen argumentum ex necessitate probat, etiam in vno tantum adhibito teste valere, immo nullo etiam teste adhibito, si haberi non possit, valebit testamentum eadem patrocinante necessitate. Exemplum esto: ad confutandum ex necessitate petitum argumentum. Concedit Imperator, vt valeat testamentum à rusticanis conditum etiā quinque testibus solum adhibitis, si in eo loco plures haberi non possint: Iam fac nec quinque haberi posse: Dices valere necessitatis huius prætextu, & tamen non valet. Audi Iustinianum in l. vlt. C. de testam. *Sin autem in loco illo minimè inuenti fuerint septem testes: vsque ad quinque modis omnibus adhiberi iubemus: minus autem nullo modo concedimus.*

CAPVT XCIII.

Primum testamentum, quod posteriore reuocatum intelligitur, qua ratione reuiuiscat, si posterius incisum & reuocatum sit à testatore?

SCribit Papinianus in hæc verba in l. penult. §. testamento, ff. de bono. poss. secundum tabulas: *Testamento facto Titius arrogandum se præbuit, ac postea sui iuris effectus vita decessit. Scriptus hæres, si possessionem petat, exceptione doli mali submouebitur: quia dando se adrogandū testator cum capite fortunas quoque suas in familiam & domum alienam transferat. Planè, si sui iuris effectus, Codicillis, aut alijs litteris eodem testamento se mori velle declarauerit: voluntas quæ defecerat, iudicio recenti redisse intelligitur: non secus, ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, vt priores supremas relinqueret. Nec putauerit quisquam nuda voluntate constitui testamentum. Non enim de iure testamenti maximè quæritur, sed de viribus exceptionis, quæ in hoc iudicio, quanquam actori opponatur, ex persona tamen eius, qui opponit, æstimatur.*

Ex hoc Papiniani responso rectè colligitur; Primum testamentum, quod posteriore reuocatum est, reuiuiscere, si testator posterius inciderit aut reuocauerit. Sed controuersum est, quo modo id accipiendum sit: Vtrum primum testamentum vsque adeo reuiuiscat, vt etiam actio competat hæredi, qui in eo est institutus, per quam hæreditatem

ditatem petere, & vindicare possit: an verò exceptio tantum ei competat, per quam agentem ex testamento posteriori repellere possit. Quod magis succinctè & scholasticè idem valet, ac si quæratur, ac reuiuiscat iure actionis, vel exceptionis. Et Accursio ac Bartolo in Cōmentarijs d.§. testam & l. sancimus, C. de testamen. visum est exceptionis, non autem actionis iure reuiuiscere. Idem placuit Alberico, Salyceto, & Castrensi, in l. sancimus, C. de testamen. necnon Iasoni & Baldo ibidem. Quanquam Baldus & Castrensis dicant, iure ciuili ita reuiuiscere, quam postremam sententiam secuti sunt Menochius in consil. 176. num. 7. 8. & Marcus Anton. Eugenius in consil. 59. num. 19.

Fundamentum existimantium prius testamentum in re exceptionis reuiuiscere, non autem iure actionis, illud est; quia crediderunt hanc esse Papiniani sententiam in loco citato, propter illa vera: *Non enim de iure testamenti maximè quæritur; sed de viribus exceptionis. Exceptionis*, inquit Glos. *scilicet opponenda ex primo, contra agentem ex secundo*. Sed longè alius est sensus verborum Papiniani. Nam illa verba referri debent ad quæstionem initio propositam: *Testamento facto Titius arrogandum se prabuit: scriptus hæres, si possessionem petas, exceptione doli mali submonebitur: quia dando se adrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam, & domū alienam transferat.*

Hæc est illa exceptio, de cuius viribus est quærendum. Nam hæres institutus ex priore testamento petit bonorum possessionem. Exceptio est, testamentum ruptum esse propter capitis diminutionem. Iam exceptio ista infirmatur & nullas habet vires, *Si sui iuris effectus testator Codicillis, aut alijs literis eodem testamento se mori velle declarauerit: voluntas enim* (hoc est primum testamentū) *quæ defecerat, iudicio recenti redisse intelligitur*: quia scilicet sui iuris effectus declarauit, se mori velle cum illo testamento. Exemplum adfert Papinianus, si quis aliud, hoc est, primum testamentum fecisset, deinde posterius; & posterius hoc incidisset, vt prius valeret, tunc enim prius testamentum valeret, ac prorsus reuiuisceret, sublato iam posteriore ad hunc finem, vt primum valeret. Nec ex his obijcere quis potest, inferri posse, testamentum nuda voluntate constitui in ea specie, quæ de arrogato proponitur; neque enim nuda voluntas testamentum constituit, sed hoc operatur ipsius adrogati, qui postea sui iuris effectus est, voluntas, qua declarauit se decedere velle cum primo testamento, vt non amplius hæredi instituto in ipso testamento obsit illa exceptio, quod propter capitis minutionem ruptum esset, sicut nec hæredi agenti ex primo testamento obstaret exceptio, quod posteriore ruptum esset, si posterius incisum esset à testatore ea mente, vt prius, quod condiderat, testamentum valeret. Hæc est vera & plana huius responsi interpretatio, quam nullo modo suffragari eorum sententiæ, qui exceptionis iure testamentum prius conualescere, non etiam actionis existimarunt; sed potius contrariæ, quæ scilicet actionem etiam tribuit ex primo testamento, ex dictis satis, vt arbitror, perspicuum est.

CAPVT XCIV.

Filiusfamilias an testari possit de his rebus, quarum vsusfructus parenti non acquiritur.



Xplodamus semel in disputatione controuersiarum iuris, quam in manibus habemus, (licet antea locus erat opportunior) eorum sententiam, qui dixerunt, filiumfamilias testamentum facere posse de bonis aduentitijs, quæ patri non acquiruntur, etiam quantum ad vsumfructum. Nam non deesse, qui eam tueantur, perspicuè apparet ex Decio ad l. Senium, num. 13. & ad l. penult. C. qui testamentum facere possunt. & ex Anton. Tessauro decis. Pedemont. 150. Prosternamus eorum argumenta. Fundamentum prius figentes communis & veræ sententiæ ex l. penult. C. qui testament. facere possunt. *Nemo ex lege*, (sunt Iustiniani verba) *quam nuper promulgauimus in rebus, quæ parentibus adquiri non possunt, existimet aliquid esse innouandum: & permissum fuisse filiisfamiliarum cuiuscunque gradus, vel sexus testamenta facere: siue siue patris consensu bona possideant secundum nostræ legis distinctionem, siue cum eorum voluntate. Nullo etenim modo hoc eis permittimus; sed antiqua lex per omnia conseruetur, quæ filiusfamiliarum, nisi in certis casibus testamenta facere nullo modo concedit: & in his personis, quæ huiusmodi facultatem habere iam concessa sunt.*

Non posset esse clarior sententia ex l. vlt. C. de bonis, quæ liberis. existimari poterat Iustinianum testandi facultatem filijsfamil. permisisse in iis rebus, quarum vsusfructus patri non acquiritur. Sic enim ille loquitur: *Filiis autem familiarum in iis duntaxat casibus, in quibus vsusfructus apud parentes constitutus est, donec parentes viuūt, nec de iisdem rebus testari permittimus*. Ex quibus verbis rectè inferri poterat, permissum eis id esse in ijs casibus, in quibus vsusfructus apud parentes constitutus nō est: Et ideo Iustinianus id præcauens, aliam legem edidit, & declarauit neminem ex hac sua lege existimare debere, in rebus, quæ parentibus acquiri non possunt, aliquid esse innouandum, & permissum esse filijsfam. testamenta facere.

Ex quo primum argumentum eorum, qui existimant filiosfamil. & in iis casibus, permissum esse testari, euidenter confutatur ab ipso Iustiniano. Sumitur enim ex d. l. vlt. §. filijs, ac proinde nullius est planè momenti.

Secundum argumentum est ex Nouella. Vt liceat matri & auiæ, &c. in illis verbis: *Res autem ita relictas siue donatas positis sub potestate personis. siquidem perfectæ sint ætatis, licet sub potestate sint, licentiam habeant, quo volunt modo disponere*, &c.

Respondeo, generalia illa verba, *quouis modo disponere*, accipienda esse cum temperamento, scilicet, quatenus iure permissum est. Neque enim credibile est illis verbis, Iustinianum voluisse legem suam immutare, qua testamenti factio personis huiusmodi sub potestate constitutis inhibita est. Et sanè, nullum est infirmius argumentum, quàm quod ex verbis generalibus desumitur ad legem particularem corrigendam & tollēdam; Cum nemini obscurum sit, qui in iure versatus est, & in text. legendis, maximè eam esse Iustiniani consuetudinem, vt suas vel antiquiores leges, non nisi præfatione aliqua, aut certè clara mentis significatione abrogare, & tollere solear.

Tertium argumentum est, quia huiusmodi aduentitia bona, in quibus pater nullum habet vsumfructum, castrensi peculio comparantur, l. Imperator, ff. ad Treb. Constat autem filiumfamil. de castrēsi peculio testari posse. Respondeo, quantum ad hoc, comparata esse, quo filio actio competat. Sic loquitur textus in d. l. Imperator, ibi: *Post decreti autem autoritatem in ea hæreditate filio militi comparari debuit, si res à possessoribus peti, vel etiam cū debitoribus agi oporteret*. Non ergo, si in aliquibus militi in his bonis filiusfamilias comparatur à lege, in omnibus comparandus erit à nobis.

Quartum argumentum est ex eo, quod filiusfam. testari potest in quibusdam alijs casibus, in quibus vsusfructus bonorum parenti non acquiritur. Nam ex pluribus casibus particularibus rectè constitui videtur regula generalis. Casus vero particulares sunt, vt in l. cum multa, C. de bonis, quæ liber. in Auth. Presbyteros. & in l. sacrosanctæ, C. de episcop. & cleric.

Respondeo, generali regulæ obstare Iustinianum in dicta l. penult. C. qui testam. facere possunt. & ideo in claris non est opus coniecturis. Scio ad l. penult. varias accommodari responsiones; sed piget eas referre, quoniam ineptæ sunt & friuolæ nimis.

CAPVT XCV.

Quanta sit legitimæ filiorum portio, cùm de bonis patris, quæ propter delictum ad fiscum peruenerunt, detrahi debet in casibus, in quibus ex Statuto, vel consuetudine confiscationi locus est.

VT nihil fere circa filiorum legitimã, quòd in controuersiam vocari soleat, omittamus, Placet adhuc aliqua subijcere, & in primis illud, cum Statuto seu consuetudine inducta est bonorum patris confiscatio ob delictum eius, etiam filijs existentibus contra Authen. Bona damnatorum, C. de bonis damnatorum. (Illa consuetudo passim viget in Italia) filiorum legitimam detrahendam esse, illamque dimidiam partem bonorum patris esse, si vnus sit filius, vel duo: Cæterùm, si plures sint, totũ Assem continere; atque adeo confiscationem tunc euanescere. Qamobrem repudiata sententia Clari, in §. fin. q. 78. vers. videndum est etiam, communiorem amplector, quam latè tuetur Rolandus à Valle, in consil. 97. lib. 2. & post eum Anton. Tessaurus decis. Pedemont. 104. & latè Peregrinus, de iure fisci, lib. 5. tit. 1. num. 38. Ecce fundamentum. Olim bona confiscabãtur ob delictum patris, & tamen filiorum portio reseruanda erat: & illa erat dimidia: Ergo & nunc eadem vigente confiscationis lege, eadem erit adhibenda moderatio, vt sua filijs portio assignetur. Callistratus: *Etiam ii, qui ante cõcepti, & post damnationem nati sunt, portionem ex bonis patrum damnatorum accipiunt: liberis autem ita demum portio tribuitur, si iustis nuptiis nati sint*. l. 1. ff. de bonis damnator. Paulus: *Cùm ratio naturalis, quasi lex quadã tacita liberis parentum hæreditatem addicat, velut ad debitam successionem eos vocando, propter quod & in iure Ciuili suorum hæredum nomen eis indictum est*, &c. *Aequissimum existimatum est eo quoque casu, quo propter pœnam parentis aufert bona damnatio, rationem haberi liberorum*, &c. *Vt qui ad vniuersitatem venturi erant iure successionis, ex ea portiones concessas haberent*. l. cum ratio, ff. eodem titulo.

Theodosius: *Quando quis quolibet crimine damnatus capitalem pœnam, deportationemue sustineat: siquidem sine liberis mortuus sit, bona eius ad fiscum perueniant: si verò filii, vel filiæ, vel nepotes ex defunctis filiis relicti erunt: dimidia parte ærario vindicata, alia eis reseruetur*. l. vlt. C. de bonis damnatorum.

Quod dixi; quãdo plures sunt liberi; omnia bona eis esse reseruanda, probo ex d. l. cum ratio, vbi paulò infra Paulus ita subdit: *Si plures liberos damnatus habeat, feruntur exẽpla, per quæ pluribus liberis omnia bona damnati concessa sunt. Sed & D. Adrianus in hanc sententiam rescripsit. Fauorabilem apud me causam liberorum Albini filiorum numerus facit: cùm ampliari imperium hominum adiectione potius, quàm pecuniarum copia malim.*

Ausim dicere, si duo sint tantum liberi, omnia eis bona damnati patris cõcedenda esse propter verba illa Pauli: *Si plures liberos damnatus habeat*. Nam pluralis ea locutio duorum numero contenta est. l. vbi numerus, ff. de testib. c. pluralis, de regul. iur. Bartolus ad l. si gemina, ff. arborum furtim cæsarum. Angelus Arenn. de maleficijs, in verbo, plurib. & plurib.

Sed quoniam recepta est interpretatio, vt plures accipiantur liberi, cùm sunt tres, vel quatuor, id quod etiam indicant verba sequentia Adriani: *Fauorabilem apud me causam filiorum numerus facit*. Ideo subsisto, præsertim, cùm neminem habeam huius interpretationis autorem.

A

CAPVT XCVI.

Sitne aliquis modus iuri consentaneus, quo restitutioni legitima filiorum subijci queat.

REstat vna tractanda nobis cõtrouersia circa Legitimam: Sitne iuri consentaneus aliquis modus Legitimam oneri fideicõmissi subijciendi. Et placet eum esse, quem Doctores attulerunt: Si pater filio hærede instituto vniuersali, eundem sub conditione (si absque liberis moriatur) rogauerit totam hæreditatem restituere, etiam compreheñsa ipsius filij legitima, ea tamen adiecta Clausula, vt si filius non acquiescat voluntati paternæ, restitutioni etiam legitimam subijcienti, in sola legitima purè institutus sit hæres. Ita docuit Ioannes Dilectus de arte testandi, titu. 5. cap. 31. num. 6. adducens Decium in consil. 687. quod responsum Decij probatunt Soci-

B

nus iunior in consil. 122. lib. 1. Curtius iunior in consil. 159. Alciatus in consil. 497. Marzarius de fideicommissis, quæst. 50. Sed Decius & alij loquuntur in ea specie, qua filius patris voluntatem approbauit: maiorem autem difficultatem esse Marzarius scribit in ea specie, qua filius simpliciter se paternæ hæreditati immiscuisset, sed & in filio, qui patris voluntatem approbauerit, contrarium respondit Ruinus in consil. 149. num. 13. lib. 3.

Ego verò ita rem hanc planam esse existimo, vt nihil prorsus adferri posse credam, quod vel probabilem dubitationem inijcere debeat. Principio enim pater in proposita specie filium hæredem instituit in vniuersa hæreditate; Hic nullus est querelæ locus: Deinde rogat eum per fideicommissum hæreditatem restituere: hucusque nulla fit iniuria; quia conditio adijcitur, & suo iure pater vtitur. Tertio, legitimam quoque oneri obligat restitutionis. Hic incipit esse causa querelæ; quia legitima nullum recipit onus, l. quoniam in prioribus. C. de in-

C

offic. testam. Et quia legitima excipi debet de restitutione, vt in Nouella de restit. & in ea, quæ parit, &c. §. quãobrem. Sed occurritur huic querelæ ea Clausula, vt si filius non consentiat, legitimam purè consequatur absque omni onere & cõditione, scilicet institutionis iure. Si filius in legitima sola hæres institutus esset purè, & absque conditione, sine dubio testamentum patris impugnare nõ posset: ita enim cautum est Nouella. Vt cum, de appell. cognos. §. aliud. Ergo nec in casu proposito illud impugnare poterit; quia in legitima est institutus, & potest eam consequi ab omni onere liberam, & immunem, si nolit consentire fideicommisso.

Huc accedat, quod constitutum est in l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. testamen. vt legitima nullum recipiat grauamen, intelligendum esse, quando querela de inofficioso aliàs testamentum rescindi potest; tunc enim ne rescindatur, cautum est, vt onus & conditio legitimæ adiecta non valeat, & pro non scripta habeatur, vt aliàs

D

clarè demonstraui.

Sed testamentum rescindi per querelam in proposita specie non potest. Nam filius institutus est hæres vtroque casu, siue acquiescat patris voluntati, siue non acquiescat. Primo quidem casu in vniuersa hæreditate. Secundo autem casu in legitima.

Quare Marzarij scrupulus in eo casu, quo filius patris voluntatem non approbauerit, sed simpliciter immiscuit se hæreditati, non me offendit; Et multo minus argumentum Ruini ex l. Seius, & Augerius, ff. ad legem Falcidiam, Scæuola: *Seius & Augerius, si intra diem tricesimum mortis meæ Respublica nostra cauerint, contentos se futuros tot aureis legis Falcidiæ beneficio omisso, hæredes mihi sunto; quos inuicem substituo: quod si voluntati meæ non consenserint, exhæredes sunto. Quæsitum est, an hæredes instituti hæreditatẽ adire possint si conditioni parere nolint, cum habeant substitutos eadem conditione præscripta? Respondi, Seium, & Augerium primo loco institutos perinde adire posse, ac si ea conditio, quæ fraudis causa adscripta non esset.*

Respondeo,

Respondeo, in specie nostra non dixisse testatorem, si A filius meus voluntati meæ non paruerit, exhæres esto: sed hæres esto in legitima portione. Sunt igitur hęc dissimilia, ibi fraus meritò damnatur, hic nulla fraudis suspicio oritur. Debita enim filio portio honorabili titulo hic relinquitur, ibi autem adimitur.

CAPVT XCVII.

Vtrum auus hæredem instituere possit nepotem ex filio spurio?



VLgata est apud veteres, ac recentiores iuris interpretes controuersia; Vtrum auus nepotem ex filio spurio hæredem instituere possit. Tres autem sunt Doctorum sententiæ; Vna institui non posse. Ita Cynus olim docuisse fertur in l. vltima, C. de naturalibus liberis, & Baldus docet in l. Gallus, §. quidam rectè, ff. de liberis & B posthumis, & multi alij, quos commemorat Antonius Gabrielius lib. 4 communium conclusionum, titulo de hæred. instit. conclus. 3. nu. 10. vers. Contrarium. Secunda est opinio, distinguendum esse, vtrum nepos sit in potestate patris sui, an verò sui iuris effectus. Priore casu institui non posse: posteriori autem posse, ita Speculator, titulo de Successionibus ab intestato, §. 1. versic. quid si habens Spurium. & ita intelligit Angelus, Paulus Castrensis in l. Gallus, §. quid si is, ante num. 7. ff. de liberis & posthumis.

Tertia est opinio Bartoli in d. l. Gallus, §. quid si is, distinguendum esse hoc modo. Aut constat auum instituisse nepotem filij contemplatione, vt illi acquiratur hæreditas, & tunc non potest: Aut certum est auum hæredem instituisse nepotem, non contemplatione patris; quia noluit patri eius aliquid acquiri, & tunc valet institutio: Aut res est in obscuro; quia videlicet non constat, an contemplatione filij auus nepotẽ instituerit nec C ne, & tunc institutio valet; nulla scilicet legitima sobole existente. Hanc sententiam cæteri magis communiter secuti sunt, vt patet ex Gabrielio dicta conclus. 3. titulo de testamentis, & eandem secutus est Illustrissimus, & Reuerendissimus Cardinalis Paleotus in Cõmentarijs de nothis & spurijs, c. 53. & nouissimè Andreas Geyll, qui testatur in Spirensi Auditorio recepta, lib. 2. Obseruation. 115. num. 5.

Prioris sententiæ, quæ negat institutionem valere, fundamentum est; primo, quia eiusmodi nepotes originem habent ex radice infecta, hoc est, ex filio spurio, cui pater nihil potest relinquere, §. vltimo, in Authent. quibus modis natur. eff. sui. Secundo, quoniam filio spurio nil relinqui à patre potest, nec recta via, nec per mediam personam. l. 1. C. de naturalib. lib. Ergo nec institui nepos ex eo poterit; quia pater eius vsumfructum acquireret, iuxta l. cum oportet. C. de bonis quæ lib. Tertio, quia filij spurij ideo hæredes institui prohibentur, vt fa- D cilius paterna libido reprimatur. Commune enim parentum votum est ad filios suos facultates transmittere, l. rescripto, ff. vnde lib. quæ ratio in nepotibus æque viget. Quarto, quia quicquid nepoti relinquitur, id filij contemplatione relictum videtur, l. dotem dedit, ff. de collat. bonor. Quinto, quoniam absurdum videtur, nepotem melioris esse conditionis, quàm filius sit, argum. l. si viua, §. in nepotibus. C. de bonis matern.

Secundæ autem opinionis fundamentum est in l. quęritur, ff. de bonis libertor. Terentius Clemens: *Quæritur, an filio exhæredato etiam nepotes ex eo à bonorum possessione liberis excludantur, quod vtique sic dirimendum est, vt viuo filio donec in potestate eius liberi manent, nõ admittantur ad bonorum possessionem: ne qui suo nomine a bonorum possessione submouentur, per alios eam consequantur. Si autem emancipati à patre fuerint, vel alio modo sui iuris effecti; sine aliquo impedimento ad bonorum possessionem admittantur.*

Sic igitur & in proposita specie respondendum videtur, ne filius spurius, in cuius potestate nepos est, acquirat hæreditatem, saltem quoad vsumfructum; iuxta leges posteriores, nepotem institui non posse.

Tertiæ autem opinionis fundamentum est in l. vlt. C. de natura. lib. in illis verbis: *Liceat eis* (scilicet nepotibus) *quãtum voluerint sua substantia in eos conferre, scilicet nulla legitima sobole subsistente. Filiis enim naturalibus relinqui constitutiones, quantum voluerint, ideo prohibuerunt: quia vitium paternum refrenandum esse existimauerunt. In nepotibus autem non eadem obseruatio in præfatis speciebus custodienda est, vbi legitima soboles minime facit impedimentum.*

Huic legi accedit alia ratio. Nam patris vitium & calamitas non nocet filio in ijs, quæ aliunde, quàm ab ipso proficiscuntur, l. 3. ff. de interd. & relegat. l. 1. §. vlt. l. 3. §. si emancipatus, ff. de bonor. possess. contra tab. l. si necem, §. si deportatus, ff. de bonis libert. l. cognouimus, cum Authen. sequenti. C. de hæreticis:

Ego & his argumentis, quæ fortissima sunt, & autoritate tantorum patrum hanc sententiam Bartoli amplector. Etsi enim Iustinianus in d. l. vlt. non loquatur de nepotibus ex filijs spurijs, sed ex filijs naturalibus; Eadẽ tamen est ratio in nepotibus ex filijs spurijs, & cùm nulla lege prohibeantur institui hæredes ab auo, illique nati sint ex legitimo matrimonio, & nullam prorsus culpam admiserint, certè contra rationem iuris videtur eos excludere ab aui hæreditate relicta, vbi nulla subest auo legitima proles, sicut loquitur ipse Iustinianus.

Nec difficile est ad argumenta respondere, quibus cõtraria nititur sententia: responderi enim ad primum potest, negando consequentiam illam: Oriuntur nepotes ex radice infecta, hoc est, ex eo, qui hæres institui nõ potest: ergo nec ipsi possunt hæredes institui. Destruit hãc consequentiam Iustinianus in d. l. vlt. C. de naturalib. lib. ibi: *Filiis enim*, &c. vbi rationem adfert, cur filijs relinqui non possit, nepotibus autem possit.

Ad secundum respondeo, patri hoc in casu vsumfructum non acquiri, licet nepos in eius potestate sit. Nam non acquiritur vsusfructus bonorum relictorum parenti, inuito eo, qui filium eius hæredem instituit, vt in Authent. excipitur, C. de bonis quæ liberis. Hoc autem in casu auus præsumitur nolle vsumfructum parenti acquiri; quia non potest. Nemo enim id voluisse præsumitur, quod legi repugnat, & nullam reddit suam dispositionem, argum. l. 3. ff. de militari testamen. Ad tertium argumentum, nego eandem rationem vigere in nepotibus vnà cum Iustiniano, in d. l. vlt. C. de naturalib. lib. in versic. *Filiis enim.*

Ad quartum, nego filij contemplatione relictum videri, quia nemo præsumitur elegisse viam, ex qua testamentum suum impugnetur, d. l. 3. ff. de militari testamen. Et si ratio hæc valeret, illa valeret etiam contra d. l. vlt. C. de naturalib. lib. quod tamen nemo dixerit. Ad vltimum, nego absurdum esse, si filius sit incapax hæreditatis, nepotem esse capacem. Id enim iuri consentaneum est: nec contrarium probat lex adducta, quia de hac specie illa non loquitur.

Ad argumentum secundæ opinionis respondeo, textum, qui adfertur, locum habere potuisse secundum leges veteres, cum videlicet, quicquid filius acquirebat, parenti acquireret. Hodierno iure non acquiritur etiam quantum ad vsumfructum inuito eo, qui relinquit, vt in Authent. excipitur, C. de bonis quæ liberis. Hac autem in specie meritò præsumimus, auum nil acquiri voluisse filio suo: quia sciebat acquiri non posse, leges id prohibere, nullam eo in casu futuram eius dispositionem. Nemo enim præsumitur id velle, quod iure aduersatur, l. meritò, ff. pro socio. quod valet ad impugnandam eius dispositionem, l. 3. ff. de militari testamen. quod in fraudem legis tendit, l. vltima, ff. de his, quibus vt indignis.

CA-

CAPVT XCVIII.

Utrum nepotes ex filio nato ex incestu, hæredes institui possint ab auo.



Sed alia oritur controuersia, si filius ex incestu natus sit, an auus instituere possit hæredem natum ex eo nepotem. Respondit Baldus non posse, in l. si quis incesti, C. de incestis nup. At Iason posse, in d. l. Gallus, §. quid si is, num. 25. ff. de lib. & postum. Baldi autem sententia communiter recepta est, vt patet ex allegatis à Gabrielio lib. 4. commun. conclus. tit. de hæred. instit. conclus. 3. nu. 2. quibus adde Illustrissimum Paleotum de nothis & spurijs, cap. 53. num. 9. quibus & ipse assentior.

Fundamentum Baldi satis firmum mihi videtur in d. l. si quis incesti, C. de incestis nupt. illis verbis: *Testamento suo extraneis nihil relinquas, sed siue testato, siue intestato legibus ei, & iure succedant, si qui forte ex iusto, & legitimo matrimonio editi faciunt: hoc est de descendentibus, filius, filia, nepos, neptis, pronepos, proneptis; de ascendentibus autẽ pater, mater, auus, auia: de latere, frater, soror, patruus, amita.*

His verbis lex Arcadij & Honorij prohibet ei, qui incestas contraxerit nuptias, testamento quidquam relinquere extraneis, & potestatem concedit relinquendi certis dumtaxat personis ibi expressis, nempe, descendentibus ex iusto, & legitimo matrimonio: ascendẽtibus, &c.

Sed nepos ex filio nato ex incestu, non est ex illis, vt patet: Neque enim est ex descendentibus ex legitimo matrimonio; quia parens eius ex incestis nuptijs est procreatus, ergo ei nihil ab auo relinqui potest, reputaturq; extraneus, & ideo exclusus ab omni successione, siue testati, siue intestati aui.

Sed argumenta Iasonis sunt dissoluenda. Primum est ex Authent. ex complexu. C. de incestis nupt. dum dicit: *Ex complexu incesto nati*, illa dictio, *ex*, denotat causam immediatam; & sic ad filium ipsum natum ex incesto referenda est, non autem ad nepotem. Respondeo, illum textum non obstare: neque enim aliud dicit, quàm filios ex complexu nefario, & incesto natos, paternæ substantiæ indignos esse.

Secundum argumentum est ex l. vlt. C. de naturalib. lib. vbi ratio legis est generalis; quæ proinde extendi potest etiam ad nepotes ex filio nato ex incestu: illa nempe, quod vitium paternum refreuandum fuit, &c. Respondeo, maius esse delictum, & maiorem pœnam eius, qui incestas nuptias cõtraxit, vt patet ex d. l. si quis incesti. Et ideo à minori ad maius argumentum ita sumptum non valere.

Tertium argumentum est ex rationibus, quas adfert Bartolus in quæstione de nepote nato ex filio spurio: Sed respondeo non rectè illas huc applicari, vbi maius est crimen, maiorque pœna constituta.

Postremum argumentum est; quia odium est irrationabile in hac specie contra nepotem, qui nihil peccauit; sed durum est contra legẽ calcitrare, quæ non ipsum nepotem odio prosequutur, sed eum, qui crimen incestus admisit, quem ita puniendum existimauit, vt nec liberè posset de suis bonis testari, ac proinde intelligeret prolem ex nuptijs turpibus susceptam, & natos natorum, & eos, qui nascentur ab illis, omni solatio destitutos fore, quod ex successione & hereditate percipitur, egenos perpetuo futuros, quæ maxima parentis procul dubio pœna & afflictio erit. arg. §. vlt. Nouella, quib. modis nat. effic. legit. ac proinde causa eiusmodi libidines coercẽdi, ad quod respexit probus legislator.

A

CAPVT XCIX.

De facultate testandi à Summo Pontifice concessa personis Ecclesiasticis, an ad unum duntaxat testamentum coarctanda sit.



Testandi faculatem personis Ecclesiasticis cõcessam à Pontifice Maximo, ad vnum duntaxat testamentum coarctandam esse, iuris interpretatione, autores sunt Decius in consil. 512. Socinus iunior in consil. 89. lib. 1. Curtius iunior in consil. 178. nu. 27. Couuar. in c. cum in officijs, num. 8. de testamentis, Tiraquellus ad leg. Boues, §. hoc sermone, num. 128. de verb. signif. Bursatus in consil. 30. num. 56. lib. 1.

B Fundamentum est in d. l. boues §. hoc sermone, ff. de verbor. signific. *Hoc sermone dum nupta erit, prima nuptia significantur.* Ex quibus verbis regula quædam generalis sumitur; quamlibet dispositionem accipiendam esse de primo actu. Secundo in textu cap. non potest, de præbendis, lib. 6. *Illud autem Apostolica Sedis indultum, vt quis duo beneficia curam animarum habentia, si alias Canonicè conferantur eidem, possit recipere; ac simul licitè retinere, intelligitur de duobus primis beneficijs, quæ cum cura post dictum indultum obtinere contigit eundem.* Ex quibus verbis illa infertur generalis propositio ac regula: Indultum, siue priuilegium, & concessionem odiosam, & contra Iuris Regulas pugnantem, restringendam esse ad primum actum. Est autem hæc testandi facultas de bonis Ecclesiasticis contra Iuris Regulas, quibus constitutum est, Prælatos & Ecclesiasticos viros, testari non posse de bonis Ecclesiasticis, cap. relatum, cap. ad hæc, de testament. cum similibus.

C Verùm istis nil morantibus contrariam sententiam amplector, eam testandi facultatem non esse restringendam ad primum testamentum: immo verò eum, cui talis est concessa facultas, testari posse, & rursus aliud testamentum facere primo reuocato, & toties testamentum mutare, quoties ei libuerit. Hanc sententiam secuti sunt Franciscus Sarmientus, de reditibus Ecclesiasticis, parte 4. cap. 4. num. 3. Martinus Nauarrus de reditibus Ecclesiasticis, quæst. 3. in noua impressione, § nono moneo, & multi alij, quos refert, & sequitur Rota Romana in decisionibus nouissimis, parte 1. decisione 47. vbi hanc sententiam latè defendit.

Et sane, hæc sententia firmissimum habet fundamentum. Nititur enim Lege, & Ratione. Lege enim constitutum est, vt quoties testamentum à Principe confirmatur, & approbatur, id de postremo intelligatur testamento, ex quo sequitur primi testamenti, quod posteriore reuocatum est, nec rationem habendam esse, &

D præsupponi post primum conditum testamentum aliud condi posse, & testamentum id verè dici in hoc proposito, quod est postremum, l. omnium, C. de testam. ibi: *Voluntates etenim hominum audire volumus, non iubere, ne post sententiam nostram inhibitum videatur commutationis arbitrium, cum hoc ipsum, quod per supplicationem nostris auribus intimatur, ita demum firmum sit, si vltimum comprobetur.* Huc accedat textus in l. 1. § testamentum, ff. quemadmod. testamen. aperiau. ibi: *Testamentum autem illud proprie dicitur, quod iure perfectum est, & quod continet supremam voluntatem.*

Rursus Lege constitutum est, vt cùm quis habet à Principe liberam testandi facultatem, intelligatur habere legitimam, & consuetam testandi facultatem, l. si quando, C. de inoffic. testamen. Hæc est autem legitima, & consueta testandi facultas, vt testamentum factum reuocari possit, mutari, & tolli posteriore testamento.

Ratio autem illa est perspicua: quoniã quælibet dispositio debet intelligi secundum subiectam materiam, l. si vno, ff. locati, l. insulam, ff. de præscript. verb. cum similibus.

libus. Subiecta verò materia hoc exigit, vt mutari possit A testamentum vsque ad supremum vitæ exitum; Ergo eodem modo accipi & interpretari debet testandi facultas à Principe concessa.

Non obstant argumenta. Nam ad primum nego rectè sumi generalem illam Regulam, præsertim vbi natura rei aliud suadet, veluti testamentum, quod sua natura tolli potest, & mutari alio testamento. Aliud est enim, si conditio aliqua adiiciatur: *Dum nupta erit*; quia illa rectè in primis nuptijs verificatur. Sunt enim primæ nuptiæ veræ, validæ, efficaces, quas dissoluere ac dirimere in potestate eius, qui contraxit, non est. Aliud est testandi facultatem concedere; quia illa debet esse libera, & consequenter primum testamentum ita validū est censendum, nisi posteriore fuerit reuocatum; ac posterius ipsum valere debet, & in eo effectum habere concessa testandi potestas. B

Ad secundum argumentum ex c. non potest, respondeo, speciem illam longè dissimilem esse, & diuersam habere rationem. Nam aliud est factio testamenti, aliud est collatio beneficiorum curam animarum habentium, vt patet. Est ratio longè diuersa; quia testamentum est actus, qui pendet ex voluntate testantis, nec perfectum dicitur, nisi sit postremum, & contineat vltimam voluntatem defuncti: ac beneficiorum collatio perfectionem habet, si legitima facta sit, & non pendet ex voluntate vnius, sicut testamentum, quasi ad arbitrium eius ea mutari possit, immò consistit, & effectum suum obtinet statim, non expectata morte eius, cui facta est. Itaque meritò indultum in duobus primis beneficijs verificatur, & de illis intelligitur; quia in illis indultum siue gratia suam obtinet firmitatem, effectumque sortitur. At in primo testamento effectum non sortitur testandi licentia, quoties posteriore reuocatum est, nec illud reuocandi iustè facultas adimitur, cum *ambulatoria sit hominis voluntas vsque ad vltimum vitæ spiritum*, vt nostri loquuntur Iurisconsulti. C

CAPVT C.

Vtrum testandi facultas concessa personis Ecclesiasticis morte Pontificis Maximi expiret.


Xpirare testandi facultatem morte Pontificis Maximi re integra, respondit Socinus iunior in consilio 89. libro primo. Primò, quia ea facultas videtur habere mandati naturam, quod morte mandantis reuocatur, re integra, l. mandatum; C. manda. Secundò, quia ea gratia est odiosa valdè, & contra Iuris Regulas, ideo expirat morte concedentis, licet alias non soleat expirare. Tertiò, quia post mortem concedentis non durat causa concessionis talis gratiæ. Quartò, quia quod ex gratia Se- D dis Apostolicæ simpliciter prouenit, morte Pontificis expirat, si is, qui recepit, nondum cœperat vti priuilegio.

Sed iam explosa hæc sententiæ est, vt patet ex Nauarro de reditibus Ecclesiast. quæst. tertia, §. Octauo moneo. Sarmiento de reditibus Eccles. parte quarta, capit. quarto, Bursato in consil. 29 Natta in consil. 647. & ex alijs, quos refert & sequitur Rota Romana nouissimè, in 1. parte, decis. 47.

Fundamentum est præclarum: quia gratia morte Pōtificis concedentis non expirat, c. si cui, de præben. lib. 6. c. Si super gratia, de offic. deleg. lib. 6.

Ad primum argumentum negatur esse mandatum. Est enim gratia & facultas testandi, non autem mandatum.

Ad secundum, nego consequentiam; quia etsi gratia sit contra iuris Regulas, valet tamen; consequenter secundum iuris regulas morte concedentis non extinguitur.

Ad tertium nego ueram esse propositionem, quæ adfertur, nec ad rem pertinet autoritas Rotæ, quam Socinus adducit in antiquis decisio. 580. vt videri potest. Nec probatur causam cessare post mortem Pontificis, ob quā gratia concessa est. Neque enim vita Summi Pontificis fuit gratiæ causa, sed alia, quæ ipsum mouit ad concedendam testandi facultatem.

Ad vltimum nego illam assertionem; quoniam iuri repugnat, quo planum est, gratiam morte concedentis non expirare.

CAPVT CI.

Ius accrescendi an transeat in emptorem hæreditatis?

INsignis hæc controuersia est. Titius est hæres à Caio institutus in semisse. Vendidit B suam hanc portionem hæreditatis; Post factam venditionem deficit portio cohæredis, quæritur vtrum ei accrescat, an vero emptori. Duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ: Altera emptori accrescere, altera venditori. Prioris autores sunt Bartolus ad l. re coniuncti, de legat. tertio, Curtius iunior, & Sebastianus Sapia, ad l. vnicam, C. quando non petent. partes. Duarenus de iure accrescendi, libro secundo, cap. 6.

Posterioris autem Iason, Ripa & Crotus, in dicta l. re coniuncti, Salycetus in l. vnica, C. quando non petent. partes. Vasquius de tacitis substitut. seu iure accrescendi, libro tertio, §. vigesimoprimo, numero 65. versicu. *Illud autem dubium est*. Antonius Gomez. tomo primo, titu. de iure accrescendi, capitulo decimo, numero quadragesimoquarto, Cuiacius libro 12. Obseru. cap. 13.

C Prioris sententiæ argumenta hæc sunt. Primum, quia in emptorem hæreditatis transeunt omnia iura vtilia, & habetur per omnia loco hæredis, l. 2. §. cum quis, ff. de hæred. vel actione vend. ibi: *Emptorem hæreditatis vicem hæredis obtinere.*

Secundum, quia vendita hæreditate ad emptorem spectant omnia quæ ad hęredem peruenerunt, vel peruentura sunt, dicta l. secunda, ibi: *Vt nec amplius, nec minus iuris emptor habeat, quam apud hæredem futurum esset*, & in §. non tantum, eadem lege, illis verbis: *Et non solum quod iam peruenit, sed etiam quod quandocunque peruenerit, restituendum est.*

Tertium est ex l. Papinianus, ff. ad Trebellia. vbi portio deficiens accrescit ei cui ex Trebelliano restituta est hæreditas, quia in eum omnia iura hæreditaria transeūt restitutione facta.

Quartum sumitur ex l. si totam, ff. de acquir. hæred. Vlpianus: *Si totam hæreditatem aut partem, ex qua* D *quis hæres institutus est, tacite rogatus sit restituere, apparet nihil ei debere accrescere, quia rem non videtur habere.*

Accrescit ergo fisco, cui defertur portio eius, qui de restituendo incapaci tacitè fidem suam accommodauit, non autem ipsi cohæredi, qui fidem accommodauit, quia nullam portionem hæreditatis habet.

Sic & in specie nostra venditori non debet accrescere quia nullam portionem hæreditatis amplius habet, venditione facta, sed emptori, in quem omnia iura transierunt, & qui iam portionem emptam habet.

Vltimum argumentum est, quia ius accrescendi sequitur rem & portionem, non autem personam l. si Titio, ff. de vsufruct. ibi: *Quoniam portio fundi portioni*, &c.

Ergò accrescit emptori portio hęreditatis deficiens, quia ille portionem aliam possidet, non autem venditori, qui nullam habet portionem.

Posterioris autem sententiæ argumenta hæc sunt. Primum, quia venditor hæreditatis cum sit hęres, retinet iura directa, & consequenter ius accrescendi. Illud enim ad cohæredem transit, non ad extraneos. Immò vēditor

hære-

hæreditatis uidetur eam possidere, l.4. §.vlt. ff. si quis omissa causa testam. ibi: *Si quis vendiderit hæreditatem, possidere videtur*.

Secundum argumentum est, quia inter succedētes diuerso iure, non habet locum ius accrescendi, l.sed cum patrono, ff. de bonorum possessione. Sed hic succedtitur diuerso iure. Hæres ex testamento. Emptor hæreditatis ex venditione, ergo inter eos cessat ius accrescendi.

Tertium argumentum ex l.ex facto, §. Iulius Longinus, ff. de vulgar. & pupill. vbi ad eum cui portio hæreditatis aufertur, & fisco applicatur, pertinet portio deficiens, ex substitutione, eueniente casu substitutionis, non autem pertinet ad fiscum, qui aliam portionem habet.

Sed nihil valet hoc argumentum, quia non ibi agitur de iure accrescendi, sed de substitutione expressa à testatore, qui substituit cohæredem & non fiscum: Cohæres autem *satis est in eo punitus*, in quo fecit contra legem, vt inquit ibi. I. C. nimirum, vt portionem suam amittat propter tacitam fidem accommodatam de ea restituenda incapaci.

Quartum argumentum est, quia uendita hæreditate ratio habenda est quantitatis bonorum, quæ sunt tempore venditionis l.2. §.1. ff. de hæred. vel actione vend. Sed portio quæ accrescit non est in hæreditate tempore venditionis, quia post uenditionem defecit, ergo non pertinet ad emptorem hæreditatis.

Hæc posterior sententia mihi probabilior uidetur, ex primo & ultimo hoc argumento. Aut enim volumus portionem deficientem emptori accrescere, quia Lex ita constituit, & hoc non possumus affirmare, quia legem non habemus ad constituentem. Aut ex uoluntate defuncti testatoris, & hoc uerisimile non est, quia is emptorem hæreditatis forte non nouerat, nec ei prospectum voluit, sed hæredibus suis. Aut ex uoluntate contrahentium, quia scilicet actum esse uideatur, vt portio deficiens emptori accrescat, & hoc uerisimile non est, quia actum est inter contrahentes de portione hæreditatis, non de tota hæreditate. Cohæres uendidit suam, non autem cohæredis portionem, quam non habebat, nec verisimile est sperasse se habiturum, nec cum precium constituit, eius rationem habuit, sed quantitatis eius quæ erat tempore venditionis: Aut quia emptor habet iura vtilia hæreditatis, & hoc nihil iuuare potest, quia venditor habet iam directa, hoc est, nomen & titulum hæredis, cuius vigore ius accrescendi habere & retinere potest. Aut denique accrescere portionem deficientem emptori dicimus, propterea, quod portio accrescat portioni, & hoc absurdum est, quia sequeretur, cuicunque possessori accrescere, licet is non emisset hæreditatem, & nullum ius in ea haberet.

Ad primum & secundum argumentum respondeo, verum esse quod asseritur, emptorem loco hæredis esse, & omnia iura hæreditaria obtinere, scilicet, in hæreditatis portione, quam emit, non in altera portione, quam non emit. Illa enim spectat ad alium cohæredem: Et si defecerit, venditori qui cohæres est accrescit: quia licet is portionem suam hæreditatis vendiderit, retinuit tamen iura directa, & titulum, ac nomen hæredis, non se eo abdicauit, nec illud in emptorem transtulit: Quare si quæ portio deficiat, ei, non autem emptori accrescere debet.

Ad l. Papinianus. placet mihi Cuiacij interpretatio & responsio lib. 12. Obseruat. cap. 12. & 13. cum loqui de hærede qui coactus adiuit, non autem sponte, ac proinde iure suo merito priuatur. quod aliàs obtineret, si sponte adiuisset. Amittit inquam talis hæres, qui coactus adiuit, Falcidiæ beneficium, & præceptiones & substitutionem factam sub conditione, si patri hæres esset, & mortis causa capionem, & alia, l. ita tamen, §. qui suspectam, & §. si præceptis, l. si patroni, §. adeo, ff. ad Trebellian. quia scilicet hæc non haberet, si hæres non esset: Ergo amittit etiam ius accrescendi, quia illud non haberet si hæres non esset.

Ad quartum & quintum respondeo, quod dicitur, portionem portioni accrescere, & ideo si quis nullam habeat portionem, ei non accrescere portionem deficientem, vt habetur in d. l. si totam, & in d. l. si Titio, hunc habere sensum, si quis nullam portionem obtineat à principio, vt in specie d. l. si Titio, vbi uni vsusfructus fundi, alteri proprietas relicta fuerat: Et defecit portio vsufructuarii, illa non accrescit hęredi, quia nullam is portionem habuit in ea re, cuius vsusfructus vni, & proprietas alteri relicta fuerat. Accrescit ergo personæ hoc, ei cui proprietas relicta erat. Idem dicendum, cum quis portionem suam amisit, veluti qui fidem accommodauit de restituendo incapaci, vt in d. l. si totam: Quo enim pacto is qui sua portione indignus est, alterius portionem lucrari poterit ex iure accrescendi.





ANDREAE FACHINEI
I. C. FOROLIVIENSIS, &c.
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER SEXTVS.

CAPVT PRIMVM.

Utrum filius legitimatus per Rescriptum, excludat à successione parentum filias fœminas, vbi Statutum Ciuitatis mandat, vt existentibus filijs masculis, legitimis, & naturalibus, fœmina excludantur?

A EXORDIAMVR hunc librum à nobili quæstione inter Doctores, & olim, & nunc controuersa; vtrum filius legitimatus excludat filias fœminas à successione parentum, quoties ita Statuto cautum est, vt existentibus filijs masculis, legitimis, & naturalibus, filiæ fœminæ excludantur? Autores adseramus tum affirmantis, tum negantis sententiæ. Deinde argumenta: Tandem sententiam nostram.

Affirmantem sententiam amplexi sunt primo Bald. in l. eam quam, nu. 7. C. de fideicom.

Castrensis in l. sed si hac, §. patronum, ff. de in ius voc.
B & in l. si ita quis, §. vlt. de leg. 2. in Rubr. C. de iure annulor. autcor. & in cons. 226. Dicendum est, lib. 1.

Antonius Rosellus de legitimatione, lib. 1. ti. de causa finali legitimationis, nu. 4.

Aretinus ad l. liberos, C. de collat. & ibid. Corneus.

Alex. consi. 2. nu. 11. lib. 1. & 94. eod. lib.

Socinus senior in consi. 63. nu. 9. lib. 3. & in l. cũ auus, nu. 57. ff. de cond. & demonstr.

Iason ad l. cum acutissimi, col. 2. C. de fideicom. vbi dicit se ita bis consuluisse, & iudicatum fuisse.

Decius in cons. 316. nu. 8. & 365. nu. 7.

Brunus tracta. quod stantibus masculis fœminæ non succedant, art. 12. num. 70.

C Barbatia cons. 68. col. 4. lib. 4.

Curtius iunior in consi. 153. num. 10.

Gozadinus cons. 6. nu. 38. & 85. num. 26.

Berous in consi. 14. nu. 2. & 174. nu. 10. lib. 2. qui testatur ita iudicasse Rotam Bononiensem.

Socinus iunior in consi. 142. num. 35. lib. 1.

Alciatus ad l. si is, qui pro emptore, num. 91. ff. de vsuc. & in responso 307. nu 2.

Parisius consi. 55. num. 10. lib. 3.

A Didacus Couuar. de Sponsal. in 2. par. c. 8. §. 8. nu. 3.

Roland. cons. 83. nu. 2. & num. 14. lib. 3.

Bursatus consi. 85. nu. 12. & 98. nu. 21.

Dom. meus Decianus cons. 3. nu. 86. lib. 1.

Eugenius consi. 57. nu. 76.

Menoch. consi. 227. nu. 35. 266. nu. 9. lib. 3. & de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 39. nu. 3. & 687. nu. 57. lib. 7. vbi testatur secundum hanc opinionem iudicatum sic fuisse Mediolani anno 1571. & 1585.

Negantis autem sententiæ Autores sunt Bald. in cap. per tuas, nu. 2. de maior. & obed. in cons. 214. lib. 2. in consil. 102. lib. 4.

Angelus in consi. 76.

B Antonius Butr. in c. tanta, nu. 10. & in c. per venerabilem, nu. 16. qui filij sint legitimi.

Castren. in l. vlt. nu. 5. 6. C. de his, qui veniam ætatis impetrar. in l. cum autissimi, nu. 3. C. de fideicom. in consil. 180. lib. 1. 251. & 343. lib. 2.

Alexand. ad l. necessarijs, nu. 12. ff. de acq. hæred.

Ias. in l. si is, qui pro emptore, nu. 286. ff. de vsuc.

Curtius sen. in consi. 13. & in cons. 16. & in consi. 35. & in cons. 74. vbi dicit, ita iudicatum fuisse Mediolani.

Soc. senior in l. Gallus, §. Et quid si tantum, nu. 27. ff. de lib. & postum. & in consi. 246. lib. 2.

Ludouicus Bologninus in cons. 58.

Dec. in l. liberos, in fi. C. de collatio. in cons. 52. & 155.
C 275. 316. 383. 392.

Tiraquellus ad l. si vnquam, in verbo, susceperit liberos, nu. 98. C. de reuoc. donat.

Dom. meus Cephalus in cons. 78. lib. 1.

Prosper Pasetus cons. 71.

D. Guidus Pancirolus consi. 59. nu. 68.

Portius Imolensis consi. 106. nu. 89.

Ludou. Mol. lib. 3. de Hispaniarum primogenijs, c. 2. num. 7. & c. 5. nu. 75.

Mi-

Michael Graſſus ti.de ſucceſs.ab inteſtato,q.19.nu.12.

Illuſtriſs. Cardinalis Albanus in lucubrationibus ad Bartolum,in l. Gallus,§.& quid ſi tantum,num.22.ff.de lib.& poſtumis.

Mynſingerius cent.3.obſeruat.26. vbi teſtatur cameram Imperialem ſequi ſolere hanc ſententiam.

Andreas Geyll,lib.2.obſeru.140.nu.6.vbi ſimiliter teſtatur Imperialem Cameram ita ſeruare.

Berous in conſ.177.nu.49.lib.1.

Guillelmus Benedictus in c.Rauinucius,in ver.Duas habens vxores,nu.148.de teſtam.

Ruinus conſi.84.num.3.lib.3.

Hactenus Autores vtriuſque ſententiæ recenſuimus.

Nunc argumenta in medium afferenda ſunt. Affirmãtis igitur ſententiæ illud eſt fundamentum; quia Statutum excludit filias fœminas exiſtentibus filijs maſculis defuncti ab inteſtato legitimis & naturalibus. Sed filij ſic legitimati dicuntur eſſe legitimi, & naturales; ergo filias fœminas excludunt.

Minor propoſitio probatur ex Nouella. Quibus mod. natur.effic.ſui,§.reliqui, ibi: *Semel enim efficientes eos legitimos, damus habere etiam ſucceſſiones illas,quas habent ii,qui ab initio legitimi ſunt.* Et in §.ſit igitur,ibi: *Nihil à legitimis differentes*, &c. Et in §.& quoniam variè, ibi: *Nihil diſſimilis legitimis*. Et in §.filium,ibi: *Factum legitimum ipſi ſoli genitori legitimum facimus*. Et in Nouella. quibus mod.natur.effic.legitimi. §.ſit igitur licentia,ibi: *Nihil à legitimis filiis differentes.*

Poſterioris autem ſententiæ,quæ negat huiuſmodi legitimatos filias fœminas excludere: Fundamentum eſt primò; quia tales filij non dicuntur propriè legitimi; dicit enim tex.in §.filium,in Nouella.Quibus mod.natur. effic.ſui: *Facimus eum veluti ex quadam machinatione cognatum.* Verba autem Statutorum propriè ſunt accipienda. Secundò, quia verba illa Statuti, *Exiſtentibus filiis legitimis & naturalibus maſculis*, videntur eſſe accipienda de legitimis, qui naſcuntur ex legitimo matrimonio;nõ autem de his,qui fiunt à Principe, argumento l.vlt. C. de his,qui veniam ætatis impetrauerunt.Tertiò,ex §.Et quoniam variè. d. Nouella. Quibus mod.nat.effi.ſui. in illis verbis: *Si quis igitur naturalis ſecundum hoc ſchema oblationis fiat Curialis, erit patri, & ab inteſtato ſucceſſor, & ex voluntate nihil diſſimilis legitimis, & ex donatione percipere poterit patris; ita tamen, vt non amplius habeat vno eorum,qui ab initio legitimi ſunt, & inter omnes minus habente.*

Et licet textus loquatur de ijs, qui per oblationẽ Curiæ legitimi fiunt, eadem tamen ratio eſt in legitimatis per reſcriptum; præſertim,quia in legitimatis per reſcriptum nulla extat conſtitutio,vt plus habeant.

Hactenus,& quod ſecundo loco pollicitus ſum, præſtiti. Reſtat, vt ſententiam meam ſubijciam. Ego igitur in hac quæſtione valere iuſſis autoritatibus hinc inde Doctorum,propoſitam quæſtionem rectè ex lege Iuſtiniani & clarè decidi poſſe cenſeo. Etſi enim Doctorum ſententias & placita magni facienda eſſe putem, mihi tamen in toto hoc opere propoſitum non eſt ex eis, ſed ex textibus iuris ſententiam meam formare atque fundare. Igitur ſi controuerſia ſit ſecundum ius noſtrum Iuſtiniani, quid reſpondendum ſit in hac quæſtione, ſic ſtatuo: non ſolum filium reſcripto legitimatum non excludere filias legitimas & naturales; ſed nec filium ipſum ſic legitimatum conſequi ius legitimorum filiorum. Moueor hoc argumento; quia exiſtentibus filijs legitimis,nõ poſſunt illegitimi reſcripto legitimari, hoc eſt, ius legitimorum filiorum conſequi; ſed tantum per oblationem Curiæ, vel per ſubſequens matrimonium. Hoc probo ex d. Nouella.Quib.mod.nat.effic.ſui in §.ſi quis ergo,§.ſit igitur licentia,& §.omnino enim.In §.ſi quis ergo. ita dicit Imperator: *Si quis ergo filios legitimos non habens, ſed tantũmodo naturales, ipſos quidẽ legitimos facere voluerit*, &c. *hoc agat per noſtrum reſcriptum*. Et paulo poſt: *Sit igitur licentia patribus prædictis caſibus Imperio preces offerre,hoc*

A *declarantes*, &c. Et tandem ſubdit hæc verba: *Omnino enim legitimis exiſtentibus; deinde naturalibus prouenientibus nequaquam ius legitimorum eis adiicitur,niſi omnino, aut per Curiam,aut per noſtras conſtitutiones, quæ dotaliũ inſtrumentorum introduxerunt modum.* Ex quibus verbis patet,tunc per reſcriptum filios legitimos effici, cum alij legitimi non exſtant; ſi vero extent, legitimos fieri poſſe per oblationem Curiæ,vel per matrimonium; non autem per reſcriptum.

Si ergo ius legitimorum filiorum iſti non habent per reſcriptum; ergo non poſſunt fœminas excludere, quas ſoli filij legitimi,& naturales excludunt.

Si dicatur fieri poſſe,vt etiam exiſtentibus filijs legitimis ab Imperatore legitimentur filij naturales,vel à Comite Palatino poteſtatem habente, quod & ſæpè fieri videmus; ergo tunc argumentum locum non habebit; & ſic filiæ excludentur. Reſpondeo,in primis me prædixiſſe ſententiam meam niti tantum legibus Iuſtiniani ſcri- B ptis,non autem iis, quæ de facto ſeruantur. Deinde putarem,talem legitimatum hoc quidem conſequi,ut legitimus efficiatur Imperiali beneficio,non tamen plus iuris conſecuturum in dubio,quàm is conſequatur,qui per oblationem Curiæ legitimus efficitur. Et ideo nõ plus habiturum,quàm unum ex filiis legitimis,qui minus habet,vt in d.§ & quoniam variè. Neque enim rationem differentiæ uideo vllam.

Huc accedat,quod ſi legitimatus per oblationem Curiæ non poteſt plus habere,quàm vnus ex filijs legitimis multo minus plus conſequi poterit is,qui per reſcriptum eſt legitimatus. Nam per oblationem Curiæ illegitimi conſequuntur iura legitimorum, etiam exiſtentibus aliis filiis legitimis: At per reſcriptum id non conſequuntur. Si dicatur legitimatum per Curiæ oblationem nõ habere plus iuris in ſucceſſione quolibet ex filiis legitimis,ſecundum ius commune; ſed noſtra quæſtio eſt de iure municipali,quo tota defertur maſculis legitimis ſuc- C ceſſio; iſti autem ſunt legitimi. Reſpondeo, cum Iuſtinianus prohibuerit eos plus habere quolibet ex legitimis, non poſſe Statutum illud contra legem Iuſtiniani ad legitimatos pertinere, & iuſtam eſſe interpretationẽ, quæ hoc in caſu Statutum ceſſare docet,ne duplex ſic legitimati priuilegium obtineant; vnum, quod iura legitimorum conſequantur; Alterum,quod etiam legitimis contra legem præferantur. Neque enim ex priore poſterius neceſſario infertur, cum rectè intelligi poſſit, filium eſſe iura legitimorum conſecutum,etiam ſi non cõprehendatur in Statuto filias legitimas excludente. Erit enim legitimus ſecundum leges Cæſaris,cuius beneficio factus eſt,non ſecundum leges municipii,ad quas in præiudicium legitimorum non putatur Imperator reſpexiſſe legitima iura concedens illegitimo. Voluit enim legitimum eſſe, ſed ſub iſta moderatione, ne plus, quàm legitimi haberent: immò ne plus haberent quàm vnus ex legitimis minus habens, vt in d.§. & quoniam variè.

D Dices,quid ſi in legitimationis reſcripto illa inſeratur clauſula,vt legitimatus comprehendatur in omni Statuto,ac diſpoſitione loquente de filiis legitimis & naturalibus,nunquid hoc efficiet, vt comprehendatur in Statuto,de quo agitur,fœminas filias excludente?

Reſpondeo, contraria eſſe hac de re Doctorum Reſponſa. Nam comprehendi reſponderunt. Ruinus in cõſil.68.lib.3.Berous in conſi.174.lib.2. Non comprehendi reſponderunt idem Ruinus in conſi.82. num.8.lib.3. Decius in conſil.393. nume.9. ſequitur Dominus meus Cephalus in conſi.278. num.63.lib.2. Syluester Aldobrandin. inter conſilia Riminaldi ſenioris lib.4. conſil. 717.num.81.

Et hæc poſterior ſentẽtia mihi uidetur æquior & probabilior. Primò, quia per eam minus læditur ius commune,quo conſtitutum eſt, ut legitimatus non plus conſequatur iuris,quàm unus ex legitimis,qui minus habet vt in d.§.& quoniam variè. Secundò, quia per hanc ſententiam iniuria non infertur ex reſcripto filiabus legiti-

FF 2 mis

mis & naturalibus, quod Regulis iuris magnoperè consentaneum esse, patet ex l.2.& 4.ff.de naturalib.restit. Et ex regula generali rescriptum Principis ita esse accipiendum, vt aliis non præiudicet, l.2. §.meritò, ff. ne quid in flum.publ.Iason in l. vlt.nu.19.& 20.ff.de Const. Princ. Rum.in consi.93.num.5.lib.3.& 82.num.9.eo.lib. licet verba eius superflua redderentur, vt declarat Alc. reg.3. præsumpt.11.nu.8. Decius in c.super eo,col.2. vers.Prædicta concl.de offic. deleg.

Tertiò, quia illa clausula locum habere potest in aliis Statutis multis, quæ non excludunt filias legitimas, ita vt legitimatus multis in casibus frui possit beneficiis Statutorum de legitimis loquentium, licet non hoc beneficio fruatur, vt filias excludat. Et sufficit priuilegium aliquid operari, licet non in omnibus operetur, vt docet Alciatus d.reg 3.præsumpt.11.nu.9.

CAPVT II.

De celebri controuersia in successione Regni & Principatus, vter sit præferendus, Patruus, an nepos ex filio primogenito?

Celeberrima est controuersia; vter in successione præferendus sit Regni & Principatus patruus, an nepos ex filio primogenito; quã copiosè tractat Tiraquellus de iure primogeniorum, quæst.40.& post eum F.H. in disputatione de controuersia successionis Regiæ, inter patris & fratris præmortui filium. Nullum me operæprecium facturum putaui, si argumenta, quę pro nepote, vel pro patruo adferuntur, & simul Doctorum autoritates huc adferrem; quoniam Tiraquellus & F.H. anteuerterunt. Non abs re autem fore existimaui qualecunque iudicium interponere meum. Hac igitur in re tria mihi occurrunt, quæ ex iuris nostri præceptis adferri posse solidis argumentis & rationibus videntur. Primum est, Iustiniani iure neutrum alteri pręferendum esse in ea successione, sed vtrumque concurrere: sic enim iure ciuili constitutum est, vt nepos simul cum patruo succedat auo, §.1.in Auth.de hæred.ab intestato venientibus, §.cum filius, in Instit.eodem ti. Quamobrem, quod F.H. loco superius citato, in exordio disputationis pro fratris filio dixit, consuetudinem illam, vt Rege mortuo filius ipsius, vel hoc præmortuo, nepos ex eo susceptus Regi suus hęres existat, iuri Romano consentaneam esse, nihil ad rem nostram pertinere potest; quia non est quæstio, vbi solus exstat ex filio nepos; sed etiam patruus, hoc est, alter ex defuncto filius secundo genitus, qui procul dubio iure Romano concurrit cum nepote in successione. Quamobrem ex hoc efficitur hanc controuersiam Iustinianæo iure definiri non posse, in alterutrius fauorem, scilicet vel patrui, vel nepotis. Et quoniam alter eorum solus debet succedere, ita enim consuetudine receptum est, nam firmius videtur esse Regnum, si penes vnum remanserit, nec diuidatur, c.Imperialem, §.præterea ducatus, de proh.alienat.feudi per Fridericum. Et hæc consuetudo in dubiũ iam non reuocatur; ideo alia ineunda est ratio, quæ controuersiæ dirimendæ magis sit idonea. Ego igitur sic statuo; consuetudinem particularem Regni, de quo erit controuersia, pro lege habendam, ac proinde, si illa pro nepote militauerit, nepoti adiudicandum esse regnum; si pro patruo, ipsi patruo: *De quibus enim causis scriptis legibus non vtimur, id custodiri oportet, quod moribus & consuetudine inductum est*, l.de quibus, ff. de legib. *Quod si hoc defecerit*, inquit Iulianus, *tunc quod proximum & consequens ei est; Si ne id quidem appareat; tunc ius, quo vrbs Roma vtitur, seruari oportet.* Quid ergo si consuetudo defecerit, necnon id, quod proximum & consequens ei est? Seruandum puto illud ius, quo Imperium Romanum in simili casu vtitur. In Imperii autem legibus, & Bulla Aurea Caroli IV. hoc continetur: *Decernimus, vt postquam idem Principes Electores secula-res, & eorum quilibet, esse desierint, ius, vox, & potestas electionis huiusmodi ad filium suum primogenitum legitimum laicum; illo verò non existente, ad eiusdem primogeniti primogenitum similiter laicum liberè, & sine contradictione cuiuspiam deuoluatur. Si vero primogenitus huiusmodi absque hæredibus masculis legitimis laicis ab hac luce migraret, virtute præsenti Imperialis edicti, ius, vox & potestas electionis prædicta ad seniorem fratrem laicum per veram paternam lineam descendentem, & deinceps ad illius primogenitum laicum deuoluatur; & talis successio in primogenitis & hæredibus Principum eorundem iure, voce, & potestate præmissis, perpetuis temporibus obseruetur: ea tamen conditione & modo, ut si Principem Electorem, seu eius primogenitum, aut filium seniorem laicum mori, & hæredes masculos & legitimos laicos defectum ætatis patientes relinquere contigerit: tunc frater senior eiusdem primogeniti tutor eorum, & administrator existat, donec senior ex eis legitimã ætatem attigerit; quam in Principe Electore 18. annos completos censeri volumus, & statuimus perpetuo haberi; quam dum attigerit, ius, vocem & potestatem, & omnia ab ipsis dependentia tutor ipsi cum officio totaliter teneatur protinus assignare.*

Hactenus verba Bullæ Aureæ, quæ nepoti ex filio primogenito successionem defert, vt patet. Huic consentanea est lex Taurina, quam Hispanicè Didacus Couarr. edidit, & Latinè sic sonat: *Maiora feuda, quorum successio ad primogenitos pertinet, si primogenitus moriatur, viuo feudi possessore relicto filio, vel nepote, aut alio legitimo recta linea descendente, descendentes isti legitimi proferentur pro gradus prærogatiua secundogenito possessoris feudi.* His adstipulantur & aliarum gentium mores & consuetudines, præiudicia, & alia, quæ latissimè Tiraquellus commemorat. Cui sententiæ & nos quoque assentiri par est. Argumentis, quæ pro patruo adferri solent, sufficienter occurrit F. H.

CAPVT III.

Fratrum filij vtrum succedant patruo in stirpes, an verò in capita?

HAec est antiqua, & celebris controuersia inter Azonem & Accursium. Azo existimauit filios fratrum patruo succedere in capita, Accursius in stirpes. Azonem secuti sunt Iacobus Butrig. Cynus, Odofredus, Albericus, & Castrensis, in Auth. Cessante, C.de legit. hæredibus. Baldus in l.1.§.vlt.ff.si pars hæred.petat. Aretinus in §.cum filius, in Instit.de hæred.quæ ab intest.deferuntur. Hostiensis in Summa, de success. ab intest.§.viso igitur, col.vlt. Raynerius ciuis meus, vt refert Bald. in c.1. de success. feudi. Fortunius Garzia ad l.Gallus, §. idem credendum, col.19. ff.de lib. & postum. Zasius Sing. intell.c.7.& in consi.4.lib.1. Couuar. de success. ab intest. nu.8. Rebuff.in prooemio Constit. Regiar. Glo.5.nu.81. F. H. Illustrium Quæstionum lib. c.14. Ioan.Spiegelius in Lexico Iuris. in verb. *In capita succedere.* Vasquius de success.§.13.nume.13.lib.2.Iac.Cuiacius lib.2. de feudis, tit.12.& in Fragmenta Vlpiani, ti.26 §.4. vbi etiam citat Constantinum Hermanopulum, lib.5. Epitomes. Duarenus in consuet. feudor. c 8.Mynsingerius cent.3. obseruat.95. Maturinus Montanus de hæred. ab intestato venientib.reg.29. Michael Grassus commu. opinionum lib.§.successio ab intestato, q.30.num.4. D.meus Cephalus in consi.431.lib.3. Anto.Tessaurus decis. Pedem.162. quibus accedit Caroli V. Decisio expressa anno 1529. in Comitiis Imperii Spiræ habitis.

Accursium vero secuti sunt Io.Andr. ad Speculat. de success.ab intest.§.1.vers.Sed an filii, Bartolus in l.secunda, §.hæreditas, ff.de suis & legitim.hęred.& in l.1.§.vlt. ff.si pars hæred.petat. & in consil.173. Bald. in consi.66. lib.1.293.437.lib.2.Dynus, Angelus, Corneus, Iacobus de Arena in Auth.Cessante, C.de legit.hæred. Io.Faber

in

in §.cæterum, num.4. Instit. de legitim. agnator. success. Mathesilanus de success. ab intestato. artic. 3. versic. 2. Guido Papæ decis.134. Nicolaus Vbaldus de success. ab intestato, parte 3. Petrus Ferrarius in forma libelli ab intestato, in verbo, nullisque superstitibus, col.14. Vlterius quæritur. Gulielmus Benedictus in c. Rainucius, in verbo, & vxorem, num.651. Iacobinus de S. Georgio in tractatu feudorum, in verbo, præsentes, col.3. versic. sed vlterius. Io. Oldendorpius in Epitome de Success. ab intestato. num. 20. Sonsbechius tractatu feudor. parte 9. conclus.6 num.100. Viuius lib.2. commun. opin. nu.25. Alexander in consil.29. lib.5. 55. num.4. lib.4. Iason in consil.173. num.2. lib.4. Bertrandus in consil. 2. lib. 2. Ruinus consil. 8. in fine, lib. 1. Parisius consil. 25. num.9. lib.2. Boerius consil.1. Socin. iunior consil.74. num.7. & cons.104. nu.29. lib.1. Fulgosius cons.12. Aretinus cons. 164. Cassanæus cons.47. col.7. Franciscus Becius in cons. 16. Alba cons.19. Crauetta cons. 966. lib.5. Simon Pretus in cons.37. nu.14. Bursatus cons. 67. Hippolytus Riminald. cons.31. nu.47. lib.1. Fridericus Scotus cons.18. libro 2.

Ego, ne diu suspensus animus lectoris sit, sententiam Azonis verissimam esse iudico, quod vbi demonstrauero, tum argumenta contrariæ sententiæ confutabo.

Azonis igitur sententiam veram esse sic demonstro. Si antiquo iure, quod ante Nouellas Iustiniani constitutum fuit, filij fratrum in capita succedunt, & illud ex Nouellis Constitutionibus mutatum non est, consequens est, vt firmum maneat, & suum obtineat vigorem: Sed verum est prius; ergo verum & posterius: & sic fratrũ filij nunc etiam in capita succedent, sicut olim.

Maior propositio clara est; quia quod non mutatur, cur stare prohibetur? l. præcipimus, C. de appell. Minor autem, quod iure antiquo ita fuerit constitutum, probatur primò Vlpiani testimonio in fragmentis apud Cuiacium, tit.26. §.4. *Agnatorum*, inquit, *hæreditates diuiduntur in capita, velut: si sit frater filius, & alterius fratris duo pluresue liberi, quotquot sunt ab vtraque parte personæ, tot fiunt portiones, vt singuli singulas capiant.*

Secundo, id probo testimonio Caij lib.2. Instit. tit.8. *Item si moriatur quis* (ait Caius) *& de duobus germanis fratribus dimittat filios, duntaxat masculos, & ex vno fratre dimiserit duos, & ex alio quatuor similiter masculos: omnes quidem fratrum filii patruo suo intestato succedunt, sed non in stirpes, sed in capita.*

Tertio, testimonio ipsius Iustiniani l. penul. C. de legitimis hæred. sic dicentis; *Illo procul dubio obseruando, vt successio non ad stirpes, sed in capita diuidatur.* Et loquitur de successione filiorum fratrum, vt patet ex verbis præcedentibus ibi: *Et mortuo eo, qui patruus quidem est*, &c.

Quod autẽ ex Nouella Iustiniani Constitutione, quæ habetur in tit. de hæred. ab intestato venien. hoc ius antiquum immutatum non sit, patet; quia in ea Constitutione nihil habetur, quod pertineat ad successionem in stirpes filiorum fratrum; nisi quando ipsi filij fratrum succedunt vnà cum patruis suis, quod vt planum fiat, & simul intelligatur nullam vim habere argumenta Sonsbechii, quæ adfert ex dicta Nouella pro contraria sententia, ego referam ipsius Nouellæ verba, vt ea ob oculos lector habens, facile nulla distractione alia impeditus, rem percipiat, atque dijudicet. Verba hæc sunt, quod attinet ad rem nostram.

Si igitur defunctus neque descendentes, neque ascendentes reliquerit, primum ad hæreditatem vocamus fratres, & sorores ex eodem patre, & ex eadem matre natos, quos etiã cum patribus ad hæreditatem vocauimus. His autem non existentibus in secundo ordine illos fratres ad hæreditatem vocamus, qui ex vno parente coniuncti sunt defuncto, siue per patrem solum, siue per matrem. Si autem defuncti fratres fuerint, & alterius fratris aut sororis præmortuorum filii, vocabuntur ad hæreditatem, isti cum de patre, & matre Theois masculis aut fœminis: & quanticunque fuerint, tantam ex hæreditate percipient portionem, quantam eorum parens futurus erat accipere, si superstes esset. A *Vnde consequens est, ut si fortè præmortuus frater, cuius filii viuunt, per vtrãque partem nunc defuncta personæ iungebatur, superstites autem fratres per patrem solum forsitan, aut matrem ei iungebãtur: præponantur istius filii propriis Theois, licet in tertio sint gradu, siue à patre, siue à matre sint Theoi, & siue masculi, siue fœminæ sint, sicut eorum parens præponeretur, si viueret. Ex diuerso, siquidem frater superstes ex vtroque parente coniungitur defuncto, præmortuus autem per vnũ parentem iungebatur: huiusmodi filios ab hæreditate excludimus, sicut ipse si viueret, ab hæreditate excludebatur. Huiusmodi verò priuilegium in hoc ordine cognationis solis præbemus fratrum masculorum, & fœminarum filiis, aut filiabus, vt in suorum parentum iure succedant. Nulli alii omnino personæ ex hoc ordine venienti hoc ius largimur. Sed & ipsis fratrum filiis tunc hoc beneficium conferimus, quando cum propriis vocantur Theois, masculis, & fœminis, siue paternis, siue maternis sint. Si autem cum fratribus* B *defuncti etiam ascendentes, sicut iam diximus, ad hæreditatem vocantur: nullo modo ad successionem ab intestato fratris, aut sororis filios vocari permittimus, neque si ex vtroque parente eorum pater, aut mater defuncto iungebatur: quandoquidem fratris, & sororis filiis tale priuilegium dedimus, vt in propriorum parentum succedentes locum soli in tertio constituti gradu, cum iis, qui in secũdo gradu sunt, ad hæreditatem vocentur. Illud palam est, quia Theois defuncti masculis, & fœminis, siue à patre, siue à matre præponuntur, si etiam illi tertium cognationis similiter obtineant gradum. Si verò neque fratres, neque filios fratrum, sicut diximus, defunctus reliquerit: omnes deinceps à latere cognatos ad hæreditatem vocamus, secundum vniuscuiusque gradus prærogatiuam, vt viciniores gradu ipsi reliquis præponantur. Si autem plurimi eiusdem gradus inueniantur, secundum personarum numerum inter eos hæreditas diuidatur: quod in capita nostra leges appellant.*

C Iam igitur in hac constitutione nullum verbum continetur, quo filios fratrum in stirpes succedere significetur, præterquam eo in casu, quo succedant simul cum patruis suis: ergo si soli succedant, non succedent in stirpes, sed in capita, sicut antiquo iure constitutum est.

Respondet Sonsbechius, & probare conatur, filios fratrum ex ea Nouella in stirpes succedere, & repræsentare parentem defunctum, etiam si non cum patruis suis concurrant. Et primò inducit textum in vers. *Vnde consequens est.* vbi dicitur, si non extent fratres vtrinque coniuncti defuncto, sed ex vno latere tantum, & simul extent filij alterius fratris defuncti, qui ex vtroque latere erat coniunctus, filios fratris defuncti repræsentare patrem suum defunctum; & ideo excludere fratres defuncti superstites ex vno latere tantum, sicut eos parens ipsorum, si viueret, tanquam ex vtroque latere iunctus excluderet. Ex quo sequitur filios fratrum tunc in stirpes succedere, & tamen soli succedunt, non autem vnà cum D patruis suis, quia nulli extant ex vtroque latere iuncti, sed tantum ex vno latere, quos ipsi filij excludunt.

Respondeo, in eo casu proculdubio filios fratrum in stirpes succedere, quia succedunt iure repræsentationis patris sui defuncti, alioqui excludere non possent fratres defuncti ex vno latere tantum. Et de hoc singulari casu nos non disputamus. Sed nostra disputatio est, cùm soli extant filij fratrum, & nullus frater defuncti prorsus, neque vtrinque coniunctus, neque ex vno latere tantum: tunc enim vt ipsi filij succedant, nulla opus est repræsentatione patris sui; & consequenter cùm ex persona propria vocentur ad successionem, illa in capita diuidetur secundum ius antiquum.

Et licet infra textus dicat, ipsis fratrum filijs, tunc hoc beneficium collatum, quando cum proprijs vocantur patruis, tamen id non repugnat præcedenti sententiæ, quia etiam eo in casu, quo extant frater defuncti ex vno latere, & filij fratris præmortui ex vtroque latere coniuncti, potest aliquo modo dici eos vocari cum patruo, scilicet cum fratre defuncti ex vno latere iuncto, sed

tamen eum excludunt, quia repræſentant patrem præmortuum, qui defuncto, de cuius ſucceſſione agitur, ex vtroque latere iunctus erat. Hoc enim dicere Imperator voluit, fratrum filios non habere hoc beneficium, quando nullus extat patruus ipſorum, cum quo concurrere, vel cui præferri in ſucceſſione debeant: vel quoties extant quidem patrui, ſed ſimul etiam alij puta aſcendentes defuncti, qui ſimul ad hæreditatem vocantur; tunc enim filij fratrum non concurrunt, vt ſubdit Imperator ſtatim in §. ſi autem.

Secundò, Sonsbechius adſert, ac perpendit textum in verſ. *Illud palam*, vbi dicitur, fratris vtrinque coniuncti filios excludere patruum magnum, qui ſimiliter in tertio gradu eſt, quod non alia ratione contingit, niſi quia patrem ſuum repræſentat, qui ſine dubio, ſi viueret, patruū magnum excluderet, quoniā vno gradu anteire ipſum: Et ſic filij fratrū ibi ſuccedunt neceſſariò in ſtirpes. Reſpondeo, etiam eo in caſu in ſtirpes ſuccedere, quia veniunt ad excluſionem patrui magni, ſed noſtra quæſtio eſt, quando non veniunt ad excluſionem alterius, ſoliq; extant, & ſucceſſionem ſoli obtinent.

Tertiò, Sonsbechius ponderat textum in verſ. *Huiuſmodi verò*, vbi dicitur ſolis conceſſum eſſe fratrum filijs, & non vlterioribus, vt in parentum ſuorū iure ſuccedant. Ex quo patet generaliter hoc beneficium conceſſum eſſe filiis fratrum, ſiue ſint ſoli, ſiue cum patruis ſuccedant.

Reſpondeo, hanc interpretationem corruere ex verbis ſequentibus, quibus dicetur: *Sed & ipſis fratrum filiis hoc beneficium tunc conferri, quando cum patruis ſuccedunt.*

Reſpondet Sonsbechius, illa verba, *ſed & ipſis*, contrarium probare; quia hoc Imperator vult, non ſolum filios fratrum, quando ſoli ſunt, in ſuorum parentum iura ſuccedere: ſed etiam quando ſimul cum patruis vocātur ad ſucceſſionem patrui defuncti, quod probatur, inquit, ex copulatiua illa, (*Et*,) quæ ſine cauſa ibi poſita non eſt, immò habet emphaſim. nam ſi voluiſſet Imperator id obtinere ſolum in caſu, in quo cum ſuis patruis ſuccederent, & tunc demum in locum parentum ſuorū ſuccedere, non dixiſſet, *ſed & ipſis*, ſed dixiſſet, *ipſis fratrum filiis*, neglecta copulatiua, (*Et*,) tunc hoc beneficium conſerimus: aliàs Iuſtinianus culpandus eſſet, tanquam ſuperflua dixiſſet. Nam idem ſuprà dixerat in verſic. *Huiuſmodi.*

Reſpondeo, nihil eſſe ſuperflui, quia in verſ. *Huiuſmodi*, Iuſtinianus hoc ſtatuit, vt huiuſmodi priuilegium ſolis filiis fratrum, & non vlterioribus concedatur. In verſ. *Sed & ipſis*, aliud ſtatuit, vt nempe ipſis quoque fratrum filiis tunc illud beneficium competat, cum ad ſucceſſionem cum patruis vocantur: Et ſic cum diuerſa vtrobique ſtatuerit, non poteſt ſuperfluus videri. Et quod attinet ad diſtinctionem illam, (*Et*,) illa non malè poſita in hoc ſenſu, quia hoc vult Imperator ſolis fratrum filiis priuilegium illud competere, & non aliis, ſed & ipſis tunc ſolum competere, cum ad ſucceſſionem cum propriis patruis vocantur, quo ſermone reſtringit illud beneficium, quod antea videri poſſet abſolutè filiis fratrum competere: qui modus loquendi, & vſitatus, & congruus eſt.

Ex his patet reſponſio ad id, quod quarto loco Sonsbechius adſert.

Quintò idem Sonsbechius perpendit textum in §. ſi verò neque fratres, vbi dicitur, poſt fratres, & fratrum filios cæteros in capita ſuccedere: ex hoc infert filios fratrum ſuccedere in ſtirpes, & non in capita. Reſpondeo, non rectè illud inferri, quia Imperator in præcedēti parte textus, locutus eſt de filiis fratrum ſuccedentibus cum patruis ſuis, uel ad excluſionem uenientibus patrui magni, aut fratris defuncti, ex uno latere tantum coniuncti, qui illis in caſibus in ſtirpes ſuccedunt, non autem in capita; quare poſtea ſubdit ſumma ratione, ſi nec fratres extent, nec filij fratrum, *ſicut diximus*, reliquos cogna-

A tos in capita ſuccedere. Quid aūt ſit iuris ſi ſoli fratrum filij exiſtant, nec ad alterius excluſionem veniant, non declarauit Iuſtinianus vllibi in dicta Nouella, & ideo manet ius antiquum in ſuo robore, & efficacia.

Sextò idem autor pependit in eodem §. ſi verò neque fratres, verſ. ſi autem plurimi, anxiè Imperatorem decidere, ſi vltrà fratrum filios plurimi ſint eiuſdem gradus, tunc ſingulos in capita ſuccedere, non in ſtirpes: quod tamen indubitatum erat, & antea conſtitutum. Ideo igitur putandus eſt Imperator id ita conſtituiſſe, ne quis crederet priuilegium fratrum filijs conceſſum, vt in locū parentis ſuccederent, & ſic in ſtirpes ſucceſſio diuideretur, extendi ad nepotes, vel pronepotes quoque præmortuorum fratrum.

Reſpondeo, Iuſtinianum in ea parte idem ſtatuiſſe, ꝙ antiquo iure conſtitutum erat, & id non eſt abſurdum: quia in tota illa conſtitutione multa innouauit, & correxit, & de vniuerſa ſucceſſione ſtatuit. Quare neceſſe fuit B exprimere quid innouaret, & quid cōuenienter antiquis legibus ſtatueret, & non fruſtrà de vlterioribus cognatis id decreuit: quia forſitan exiſtimari potuiſſet, aliquando iure repræſentationis locum futurum ſucceſſioni in ſtirpes. Non tamen inde argumentari licet hoc Iuſtinianū voluiſſe, vt filij fratrum in capita ſuccederent. Et ſanè probabilis coniectura nulla eſt; quoniam cum Imperator ſciret antiquis legibus ſucceſſionem eis in capita deferri, ſi noluiſſet eas obtinere, certè id dixiſſet, ſicut dixit, & expreſſit illis in caſibus, in quibus filij fratrum cōcurrunt cum ſuis patruis, vel ad excluſionem patruorum aliquorum veniunt.

Ex quibus patet poſtremum argumentum, quod idē autor vrget, ſi Iuſtinianus noluit filios fratrum in ſtirpes abſolutè ſuccedere, nihil noui ſtatuiſſet in d. § ſi verò neque fratres. Etſi enim nihil ea in parte noui ſtatuiſſet, inutilis tamen Conſtitutio non fuit; quoniam ex ea intelligimus, quid Iuſtinianus iuris antiqui abrogauerit, & C quid iuri antiquo conuenienter ſtatuerit. Neque enim vlla neceſſitas eſt, vt omnia iura vetera correcta eſſe putemus ex noua Conſtitutione, ſed ſatis eſt, ſi in aliquibus correcta fuerint, in aliquibus declarata, in aliquibus etiam confirmata.

CAPVT IV.

Quomodo aſcendentes in pari gradu exiſtentes ſuccedant filijs vita functis nullo condito teſtamento.



TRes ſunt Doctorum ſententiæ hac de re. Prima, aſcendentes hoc modo ſuccedere filiis inteſtatis defunctis, vt in bonis, quæ ex paterna linea ad filios peruenerunt, pater ſuccedat, matre excluſa, & mater contrà patre excluſo in bonis, quæ ad filium ex linea materna peruenerunt, in cæteris bonis aliundè quæſitis æqualiter ſuc- D cedant. Ita Bartolus in Authent. Itaque, C. commun. de ſucceſſ. & multi alij, quos referr Andreas Tiraquell. de retractu conſang. §. 34. num. 12. & poſt eum Couuarr. de ſucceſſ. ab inteſtat. num. 2.

Fundamentum eſt primò in l. 3. C. de bonis, quæ lib. ibi: *Sin autem idem nepos ſuperſtitibus tam patre, quam auo paterno diem ſuum ſine liberis obierit, eorum dominiū, quæ ad ipſum ex matre, vel ab eius linea peruenerunt, non ad auum, ſed ad patrem eius perueniat.* Secundò in §. 1. Inſtitut. Per quas perſonas nobis acquir. ibi: *Quæ enim inuidia eſt, quod ex patris occaſione profectum eſt, hoc ad eum reuerti?* Tertiò, quia idem videtur receptum in ſucceſſione fratrum, vt frater vterinus in bonis illis ſuccedat, quæ ad defunctum fratrem ex linea materna peruenerunt: in his vero, quæ ex paterna linea, ſuccedat frater conſanguineus, l. de emancipatis, C. de legitimis hæred.

Secunda eſt ſententia nonnullorum, quos commemorat Couuar. loco annotato, ſolum patrem ſuccedere in lucris nuptialibus, quæ ad filium peruenerūt ex linea paterna:

paterna: & contra, matrem ſolam in lucris acquiſitis ex linea materna. Ita enim loquuntur l.2.& 3. C.de bonis quæ liberis.

Tertia ſententia, quæ mihi veriſſima videtur, patrem & matrem cæteroſque aſcendentes in pari gradu exiſtentes filijs ſuis æqualiter ſuccedere nulla bonorum diſtinctione adhibita, vnde peruenerint ad filium. Ita Baldus in Authent. defuncto, C.ad Tertyll. & alij multi, quos refert, & ſequitur Couuar. loco ſupra citato, de ſucceſſ. ab inteſtato, num.2. & nouiſſimè Valentinus Forſterus de ſucceſſ. ab inteſtato, lib.3. de ſucceſſione aſcendentiũ, concluſ.4.

Fundamentum eſt ſolidum in text. Nouellæ, de hæred.ab inteſtato. *Si autem plurimi aſcendentium viuunt: hos præponi iubemus, qui proximi gradu reperiuntur, maſculos & fœminas, ſiue paterni, ſiue materni ſint. Sin autẽ eundem habent gradum, ex æquo inter eos hæreditas diuidatur, vt medietatẽ quidem accipiant omnes à patre aſcendentes, quanticunque fuerint: medietatem verò reliquam à matre aſcendentes, quantoſcunque eos inueniri contigerit.*

Hic nullam vides fieri diſtinctionem bonorum, vnde filijs peruenerint, quæ tamẽ diſtinctio, ſi neceſſaria erat, exprimi debuiſſet. Non ergo licet nobis eam inducere ſine aliqua legis autoritate. Nam quod habetur in l.3.C. de bonis, quæ liberis, non pertinent ad rem prorſus: quia ibi, dicitur patrem auo præferri in ſucceſſione. Nam illa verba: *Non ad auum, ſed ad patrem eius perueniat*, non ſunt accipienda de patre matris; & ſic de auo materno, ſed de patre ipſius filij defuncti. Nam facti ſpecies loquitur de patre, & auo paterno ſuperſtitibus; non autem de auo materno, vt patet ex verbis præcedentibus, ibi: *Sin autem idem nepos ſuperſtitibus tam patre, quàm auo paterno, diem ſuum ſine liberis obierit*, &c. Necnon ex verbis ſequentibus, ibi: *Vſufructu videlicet in huiuſmodi caſibus auo, dum ſupererit, reſeruando*: quæ verba intelligi non poſſunt de auo materno, ſed de paterno; quia ille vſumfructum habere debet, non auus maternus.

Quod autem ſecundo loco adſertur ex Inſtitutionibus, nihil offendit; quia loquitur de bonis à patre profectis, quod ſcilicet æquum ſit, ea patri acquiri, quod à quęſtione noſtra longè eſt alienum.

Denique id, quod tertio loco adſertur de fratre vterino & conſanguineo, dubito, vt verum ſit; Ego enim in ſequenti capite falſum eſſe oſtendam. Sed vt maximè verum eſſet, quod uerum inficior, non inde ſequitur, idem etiam in ſucceſſione aſcendentium ſtatuendum eſſe, quã à ſucceſſione fratrum longè differre conſtat: Præſertim cùm videamus Iuſtinianum nulla bonorum diſtinctione facta, parentes æquo iure ad filiorum ſucceſſionem vocaſſe.

CAPVT V.

De ſucceſſione fratris vterini, & conſanguinei controuerſia.



Xiſtimo fratrem vterinum, & conſanguineũ æqualiter ſuccedere fratri inteſtato defuncto nullis proximioribus ſuperſtitibus, nulla diſtinctione adhibita bonorum, vtrũ ex linea paterna, vel materna ad defunctum peruenerint. Et moueor autoritate textus in Nouella. De hæredibus ab inteſtato venient. §.ſi igitur, vbi Iuſtinianus ita ſcribit: *Si igitur defunctus neque aſcendentes, neque deſcendentes reliquerit, primum ad hæreditatem vocamus fratres, & ſorores ex eodem patre, & ex eadem matre natos: quos etiam cum patribus ad hæreditatem vocamus. Hic autem non exiſtentibus in ſecundo ordine illos fratres ad hæreditatem vocamus, qui ex vno parente coniuncti ſunt defuncto. ſiue per patrem ſolum, ſiue per matrem.*

Vides clarum textum nullam differentiam bonorum comminiſcentem, ſed æqualiter vocantem fratres uterinos & conſanguineos ad ſucceſſionem. Autores eiuſdẽ

A ſententiæ habeo Fulgoſium & Corneum in Auth. itaque, C.commu.de ſucceſſ.

Communior ſententia docet vterinum ſuccedere in bonis, quæ à matre conſecutus eſt defunctus: Conſanguineum autem in illis bonis, quæ à patre habuit; in cæteris autem bonis æqualiter ſuccedere. Bart.in Authen. Itaque, C.commu.de ſucceſs. Iaſon in l.poſt dotem, ff.ſoluto matr. alios refert & ſequitur Conuar.de ſucceſſionibus ab inteſtato, poſt num.8. verſ. Tertiò eſt animaduertendum. quibus adde Iacobum Cuiacium in conſultatione 13.

Fundamentum eſt in l.de emancipatis, C.de legitimis hæredibus. in illis verbis: *Exceptis maternis rebus, in quibus, ſi de eadem matre fratres, vel ſorores ſint, eos ſolos vocari oportet.*

Reſpondeo, Iuſtinianum ibi non loqui de fratre vterino, ſed de fratre, qui ex latere etiam matris coniunctus eſt defuncto, vt is alteri fratri conſanguineo præferatur **B** in bonis, quæ defunctus frater à matre conſecutus eſt. Nam hæc eſt ſententia legis: Emancipato defuncto fratres & ſorores ei ſuccedere in dominio bonorum, patrẽ vero in vſufructu: fratres autem & ſorores, ſcilicet ex vtroque latere, vel ex latere patris: ita tamen, vt is, qui nõ ſolum ex latere patris, uerum etiam matris iunctus eſt, præferatur alteri conſanguineo, quoad bona, quæ defunctus habuit à matre.

Hæc veriſſima interpretatio confirmatur quia eo tẽpore frater uterinus ad ſucceſſionem non admittebatur in ordine fratrum, ſed in ordine aliorum cognatorum. Primum enim ad ſucceſſionem uterini ſunt admiſſi, ex l. meminimus, C.eodem titu. quæ lex eſt poſterior. Nam edita eſt Iuſtiniano IV. & Paulino Conſulibus. Altera uerò, nempe, l.de emancipatis, poſt Conſulatum Lampadij & Oreſtis, anno ſecundo.

Et in dicta l.meminimus, ita ſtatuit Iuſtinianus: *Sed nec fratrem, nec ſororem vterinos concedimus in cognationis* **C** *loco relinqui; Cum enim tam proximo gradu ſint; merito eos ſine vlla differentia, tanquam ſi conſanguinei fuerant, cum legitimis fratribus & ſororibus vocandos eſſe, ſancimus, vt ſecundo gradu conſtituti, & legitima ſucceſſione digni reperti alijs omnibus, qui ſunt vlterioris gradus, licet legitimi ſint, præcellant.*

Non igitur eſt veriſimile, Iuſtinianum in d.l.de emancipatis, locutum eſſe de vterinis fratribus, qui uidelicet tantum ex latere matris ſunt coniuncti; quia eo tempore illi non erant in ordine fratrum. Præterea, ſi Iuſtinianus ibi loqueretur de fratribus uterinis, eoſque præferret in bonis, quæ à matre defunctus habuit, ratio poſtulabat, ut & conſanguineos præferret ſimiliter uterinis in bonis, quę frater defunctus habuit à patre. quod eſt alterum membrum communis ſententiæ & diſtinctionis bonorum, qua tamen de re nullum eſt uerbum in tota illa lege: Immò, nullum uerbum de uterino, uel conſanguineo fratre; ſed de fratribus & ſororibus generatim **D** textus loquitur. Quare uerba illa: *Exceptis maternis rebus*, &c. hunc ſenſum habent, quem dixi, ut uidelicet frater ex eadem matre ſolus bona illa conſequatur, qui tamen frater ſit etiam ex eodem patre, non autem, qui ſit ex eadem matre tantum: quia ille non admittebatur in ordine fratrum, ut dixi.

Et ſanè, ſi talis diſtinctio bonorum eſſet adhibenda ex illa lege, æquum erat, ut idem Iuſtinianus in Nouella Conſtitutione id aliquo modo ſignificaret. Sed nihil hac de re dicit in dicta Nouella, quare argumentum euidens eſt nihil etiam in d.l.de emancipatis. ſtatutum fuiſſe; ſed generaliter & indiſtinctè fratres uterinos æqualiter ſuccedere cum fratribus uterinis, nulla ratione habita bonorum fratris defuncti, unde illa prouenerint, ut in d. Nouella, de hæredib. ab inteſt. uenientibus. §.ſi igitur.

CA-

CAPVT VI.

Si pater, & mater, vel auus paternus, & maternus simul succedant filio, vel nepoti intestato defuncto, qui erat in potestate, an vsumfructum pater, vel auus paternus habeat in portione matris, vel aui materni.



EXistimo patrem, vel auum paternum intestato filio defuncto, vel nepoti in potestate existentibus succedentem vnà cum matre, vel auo materno præter suam portionem, quã pleno iure consequitur, iure etiam vsumfructum obtinere, donec vixerit, eius portionis, quæ matri, vel auo materno delata est. Moueor autoritate textus in l.vlt. C.ad Tertyll. vbi Iustinianus ita scribit: *Sin verò defuncta persona in sacris patris constituta decesserit: pater quidem vsumfructum, quem & viuente filio habebat, teneat, donec viuat incorruptum, mater verò, quia hunc vsumfructum habere viuente patre non potest, totum apud* B *patrem constitutum: vnà cum fratribus defuncta persona ad proprietatem vocetur.* Ita docet Paulus Castrensis in Authent. Defuncto, C.ad Tertyll.

Sed aliter pronunciatum est in Senatu Pedemontano apud Anton. Tessaurum deci. 156. Dubitatione iniecta ex Nouella Iustiniani de hære. ab intestato venient. Cuius hæc sunt verba: *Si autem pater, aut mater fuerint, diuidenda inter eos quippe hæreditate secundum personarũ numerum vti, & ascendentium, & fratrum, singuli æqualem habeant portionem, nullum vsum ex filiorum, aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare, quoniam pro hac vsus portione hæreditatis ius, & secundum proprietatem per præsentem dedimus legem.*

Sed, bona tantorum patrum venia, ratio dubitandi non erat magna, quia Iustinianus satis disertè vsumfructum patri aufert ex filiorum portione, non autem matris, & caussam adfert, quia scilicet vocatur ad successionem, ad quam aliàs non erat vocatus secũdum antiquas C leges. De matris autem portione nullum verbum; Cum tamen loquatur etiam eo in casu, quo mater adest, & succedit, vt patet ex verbis illis: *vt & ascendentium*, & fratrum, quæ significant non vnius patris, sed plurium ascendentium successionem. Et ideo merito subdit, *nullum* vsum ex filiorum portione patrem sibi vindicare. Idem & de portione matris dicturus, si voluisset. Ergo non derogatur l.vlt. C.ad Tertyll. quatenus ex portione matris vsumfructum patri assignat, sed tantum quatenus ex portione fratrum. Atque ita sentio, & satis id mihi perspicuum videtur.

CAPVT VII.

An frater vtrinque coniunctus defuncti præferatur, an verò simul cum eo succedat?



NIgros iam diu meritissimo iure tulit calculos D Iacobi Beluisij sentẽtia, in §. si verò, in Nouella, de hæred. ab intesta. venient. existimantis fratrem vtrinque coniunctum auo præferendum esse in successione defuncti, eo argumento, quod frater vtrinque coniunctus vna cũ patre ad successionem vocetur; Pater autem vti gradu proximior auum excludat. Etsi enim Cassanæus eam secutus fuerit sententiam in Consuetudine Burgundiæ, Rub. 7. §. 6. versic. sed aduerte, cæteri tamen eam repudiarunt, Bartolus, Castrensis, Salycetus, Corneus in Authen. Defuncto, C.ad Tertyl. Couuar. de success. ab intestato, num. 5. Isti docent, simul auum, & fratrem succedere, autoritate textus in dicta Nouella de hæredibus ab intestato venientibus, in illis verbis: *Si verò cum ascendentibus inueniuntur fratres, aut sorores ex vtrisque parentibus coniuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur.*

Proximus autem gradu is dicitur, quem nemo ante-A cedit, l. proximus, 92. ff. de verb. sig. Quare, si ex ascendẽtibus solus extet auus, cum eo frater vtrinque coniunctus succedet, non autem eum excludet; quia auus erit tunc gradu proximus.

Ad argumentum respondetur, auum hoc in casu idẽ iuris habere, quod pater defuncti haberet: Est enim patre deficiente proximior, ideo à fratre excludi non potest, quemadmodum neque pater posset.

CAPVT VIII.

Vtrum fratres ex vno tantum latere coniuncti succedant simul cum parentibus defuncti.



REspondit Cassanæus in consil. 9. & in Consuetudine Burgundiæ, Rubr. 7. §. 6. vers. dictum est hic fratres, vel sorores ex vno latere tantum iunctos succedere defuncto vnà cum patre, vel matre, autoritate motus B l. vltima, C. ad Tertyll. vbi Iustinianus ita dicit: *Si quis, vel si qua, matre superstite, & fratre, vel legitimo, vel sola cognationis iura habente intestatus, vel intestata decesserit, non excludi à filii successione matrem, sed vnà cũ fratre mortui, vel mortua, si superstet, vel filius, vel priuignus ipsius sit ad eam peruenire ad similitudinem sororum mortui, vel mortua, ita tamen, vt siquidem sola sorores agnata, vel cognata, & mater defuncti, vel defuncta supersint, pro veterum legum tenore dimidiam quidem mater, alteram verò dimidiam partem omnes sorores habeant.*

Sed contrarium responderunt alij magis communiter, vt videre licet ex Couuar. de success. ab intestato, numero 5. Quibus Nouella Iustiniani adstipulatur de hæred. ab intestato, in illis verbis: *Si igitur defunctus descendentes quidem non relinquat hæredes, pater autem, aut mater, aut alii parentes eis supersint: omnibus ex latere co-* C *gnatis hos præponi sancimus, exceptis solis fratribus ex vtroque parente coniunctis defuncto, sicut per sequentia declaratur.*

Hæc Constitutio præponit parentes defuncti omnibus ex latere cognatis, exceptis solis fratribus vtrinque coniunctis, ergo eos præponit fratribus & sororibus, ex vno tantum latere coniunctis, & cum sit posterior, priori est meritò præferenda. Quare communem sententia amplector repudiata Cassanæi opinione.

CAPVT IX.

Ad l. si infanti, C. de iure deliberandi. Controuersia.



THeodosius, &c. *Si infanti, idest, minori septem annis in potestate patris, vel aui, vel pro aui constituto, vel constituta hæreditas sit derelicta, vel ab intestato delata à matre, vel linea,* D *ex qua mater descendit, vel aliis quibuscunque personis: licebit parentibus eius, sub quorum potestate est, adire eius nomine hæreditatem, vel bonorum possessionem petere: Sed si hoc parens neglexerit, & in memorata ætate infans decesserit: tunc parentem quidem superstitem omnia, ex quacunque successione, ad eundem infantem deuoluta iure patrio, quasi iam infanti quæsita, capere,* &c.

Sed nunquid soli patri acquiretur hodierno iure, si mater, vel fratres, aut sorores extent vtrinque coniuncti? variatum sententijs est. Aiunt Angelus, Salycetus, Castrensis, & Alexander eo in loco, quasi illud specialiter constitutum fuerit in fauorem patris, vt indicare vidẽtur illa verba: *Iure patrio, quasi iam infanti quæsita capere.* Negant Bartolus ad l. ventre, ff. de acq. hæred. & ibidem etiam Aretinus, Iason in d. l. si infanti, post nu. 8. Dec. in cons. 87. quibus & ipse subscribo. Nam si hæreditas fingitur iã infanti acquisita, sequitur, vt non ad solum patrem deferatur, sed & ad alios, qui vna cũ eo vocan-

vocantur ad successionem, iuata Nouellam, de hæredibus ab intestato venient. Quod enim dicitur, illud specialiter in fauorem patris constitutum esse, locum habere potest, secũdum ius antiquum, quo pater iure patrio, & iure peculij, omnia filiorum bona acquirebat, sed cũ iam in aduentitijs rebus eis succedat, vt hæres, iuxta Nouellam illam, De hæred. ab intest. venient. non procul à principio, hinc efficitur, vt ius peculij, & patrium illud, iam cesset, & locum habeat ius successionis, & hæreditatis; quod cum non solius patris sit, sed aliorũ quoque, qui cum patre vocantur ad hæreditatem, non soli patri conferendum sit; sed etiam cæteris communicandum, quibus communis est hæreditas atque successio.

CAPVT X.

Nati ex coitu damnato, & nefario, an sicut ascendentibus non succedunt, ita etiam excludantur ab intestati successione transuersalium.

NAtos ex nefario, & damnato coitu ascendentibus non succedere certum est, §. vlt. in Auth. Quib. modis natur. effic. leg. & in §. ult. Quib. modis natur. effic. sui. Sed controuersia est; an etiam excludantur à successione transuersalium, & contrà, transuersales ab eorũ successione, siue ex eodem nati sint coitu, siue non; sed vnus saltem eorum scilicet, vel is, qui defunctus est, & de cuius successione agitur; vel is, qui debet succedere. Et quidem excludi etiam ab huiusmodi trãsuersalium successione responderunt Alexander in cons. 174. lib. 5. Decius in cons. 311. Ioan. de Anania in cons. 95. & alij, quos refert & sequitur Cagnolus in l. si qua illustris, C. ad Orficianum, nu. 44. quibus adde Valentinum Forsterium de successionib. ab intestato. tit. de successionibus eorum, qui ex damnato coitu, &c. concl. 5.

Cæterùm, non excludi, responderunt Corneus, & Io. Petrucius Perusinus, in d. l. si qua illustris, Curtius iun. in consil. 123. & alij apud Afflictum decis. 96. alios citat Peregrinus de iure fisci, lib. 3. tit. 18. nu. 43.

Fundamentum prioris sententiæ est, quia nati ex tali coitu damnato, & punibili, sunt odibiles, & nulla eis participanda clementia est, vt inquit Imperator in d. §. vlt. Nouella, Quib. modis natur. effic. legitimi, nec filij nominantur naturales, nec patri, aut matri vllo gradu coniunguntur; & ideo nec inter fratres, aut consanguineos reputandi sunt, siue persona patris, siue matris consideretur, sicut colligere licet ex d. Nouella: *Eos enim*, inquit textus, *qui semel ex odibilibus nobis, & propterea prohibitis nuptiis procedunt, neque naturales vocari, neque participanda eis vlla clementia est, sed sit supplicium etiam hoc patrum, vt agnoscant, quia neque quicquam peccatricis concupiscentiæ eorum habebunt filii.* Et rursus Nouella, quib. mod. natur. effic. sui, §. vlt. *Primum quidem*, inquit, *omnis, qui ex complexibus, (non enim hoc vocamus nuptias,) aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur, neque alendus est à parentibus, neque habebit quoddam ad præsentem legem participium.*

Posterioris autem sententiæ argumenta hæc sunt. Primum ex l. si Spurius, ff. vnde cognati. Vlpianus: *Si Spurius intestato decesserit, iure consanguinitatis, aut agnationis hæreditas eius ad nullum pertinet: quia consanguinitatis, itemque agnationis iura à patre oriuntur. Proximitatis verò nomine mater eius, aut frater eadem natus bonorũ possessionem eius ex edicto petere potest.*

Secundum ex l. hac parte, ff. eod. tit. ibi: *Item ipsi fratres inter se ex hac parte bonorum possessionem petere possunt; quia sunt inuicem sibi cognati.*

Tertium est; quia inter illos videtur esse quædam saltem naturalis cognatio, l. quarta, §. & cognationis, ff. de gradibus.

Quartum est; quia licet à parentum successione repellantur, nulla tamen est lex, quæ à successione fratrum, & A aliorum transuersalium eos excludat. Nec ratio legis cõtra eos locum habere videtur; quia transuersales non peccarunt, sed parentes ex quibus tales procreati sunt filij.

Nec obstat illud argumentum, quod sint exclusi à successione patrum, & nullam cum eis habeant consanguinitatem; quia non inde efficitur eos non succedere alijs, & non esse alijs coniunctos. Nam & aliàs coniunctus ex latere patris succedit, licet pater non succedat, l. 2. §. si sit consanguinea, ff. ad Orficianum. Rursus si pater reus sit perduellionis, filij non succedunt, & tamen nemo negabit eos inter se succedere, quia remanent agnati. Sic & nepos post mortem aui conceptus, auo non succedit, l. Titius, Litem prætor, ff. de suis, & legitim. & tamen nemo negabit, quin succedat filio aui.

Ego sanè iuris rationi magis consentaneam existimo priorem sententiam. Nam si tales nati ex coitu damnato, & punibili nullum habeant ius consanguitatis siue B agnationis ex parte patris, & nullum ius proximitatis ex parte matris; consequens est, vt nec vllo sint in gradu, per quem succedere possint cæteris transuersalibus: Sed verum est prius, verum igitur, & posterius.

Maior propositio probatur, quia Vlpianus de Spurijs loquens sic argumentatur; eos videlicet non posse iure consanguinitatis, vel agnationis ad aliquem hæreditatẽ transmittere; quia ius consanguinitatis, & agnationis à patre oritur, & ipsi patrem nominare non possunt, vnde si nec matrem nominare possent, ex qua iura proximitatis oriuntur, sine dubio, nec iure proximitatis eis quempiam succedere posse Vlpianus respondisset, eadem ratione. Minor autem probatur, quia tales nati ex nefario & damnato coitu, nec patrem, nec matrem appellare possunt, quia nec sunt digni filiorum naturalium nomine, nec parentibus succedere possunt; sed omni prorsus auxilio, & omni clementia destituti sunt, vt patet ex Nouellis suprà dictis; Igitur non habent iura cõsanguinita- C tis seu agnationis, nec proximitatis. Et ideo rectè infertur, nec eos alijs succedere transuersalibus, nec transuersales eis.

Nec difficile est ad argumenta respondere. Nam quod attinet ad l. si Spurius, & ad l. hac parte, ff. vnde cognati, nihil obstant, quia loquuntur de Spurijs, qui non sunt nati ex damnato coitu; sed dicuntur vulgo quæsiti, iuxta l. vulgo concepti, ff. de statu homin. & §. vulgo, in Instit. de successión. cognator. Id patet, quia textus dictarum legum supponit eos matri succedere posse, quod in Spurijs, qui nati sunt ex damnato coitu, prohibitum est. Similiter & de vulgo quæsitis loquitur textus in l. 4. versic. & cognationis, ff. de gradibus.

Quod autem expresse non excludantur aliqua lege à successione transuersaliũ nil mouere debet, primò, quia Iustinianus eos indignos pronunciauit, & nomine filiorum naturalium, & omni clementia. Deinde, quia pater & mater sunt fontes, & origines, ex quibus iura consan- D guinitatis, & proximitatis oriuntur: qui fons cum eis desit, nullum habent medium, ex quo gradum deducere cognationis valeant.

Et licet fratres, & alii transuersales non peccauerint, tamen peccauerunt parentes, qui proinde sunt digni hac pœna, vt filios omni iure sanguinis destitutos esse intelligant. Et quamuis non malè dicatur ex eo, quod filii à successione parentum excludantur, non rectè inferri, quod etiam à mutua inter seipsos successione arceantur; tamen, quando filii à parentum successione ideo excluduntur, quoniam iura prorsus eis desunt consanguinitatis, & cognationis, non malè infertur, eos etiam omni iure, & gradu, ex quo successio defertur, etiam inter sese spoliatos, & destitutos censeri.

CA-

CAPVT XI.

Titulus pro hærede in suis hæredibus, veluti sunt filij in potestate, an proficiat ad vsucapionem?

S*Vi hæredes ideo apellantur, quia domestici hæredes sunt, & viuo quoque patre quodammodo domini existimantur*, inquit Iustinianus in §. sui, in Institut. de hæredum qualit. & differ. Domestici hæredes, id est, proprij, vt declarat Franciscus Connanus lib. 10. cap. 5. nu. 7. Quamobrem cum sint veri & proprij, hæredes, cæterisque fauorabiliores, vt notum est, non uideo rationem vllam, cur non, sicut cæteri hæredes, titulo pro hærede vsucapiant. Proinde sequor Viglium in §. sui, in Instit. de hæredum qualit. & diff. Forcatulum Dialogo 36. Cumanū in l. 2. §. filium, ff. pro hærede. Fulgosium in l. 1. C. eod. tit. Pinellum ad Rub. C. de bonis mater. in 2. parte, post nume. 38. docentes æquè suos, atque alios hæredes titulo B pro hærede posse vsucapere.

Contrarium docuerunt Accursius, Bartolus, Paulus, Alexand. Alciatus, & alij antiquiores, ac recentiores interpretes, quos refert & sequitur Couuar. ad c. possessor, in 2. parte, §. 5. de reg. iuris, lib. 6. & latius à Pinello commemorantur, quorum argumentis facilè responderi potest.

Primum est ex l. 2. §. filium, ff. pro hærede: *Filium quoque*, inquit Iulianus, *donatam rem à patre pro hærede negauit vsucapere, Seruius scilicet, quia existimabat naturalem possessionem penes eum fuisse viuo patre, cui consequens est, vt filius a patre hæres institutus res hæreditarias à patre sibi donatas pro parte cohæredem vsucapere non posse*.

Respondetur, vsucapionem ex titulo pro hærede, meritò locum non habere in re donata filio, quia illam viuo patre possidet ex causa, siue titulo donationis. licet enim donatio non valeat, tamen naturalem possessionē C transfert, sicut cum uir vxori donat, l. 1. §. si vir vxori, ff. de acq. possess. Et ideo filius non potest rem donatam ex alia causa, nempe titulo pro hærede possidere. Nemo enim causam sibi mutare possessionis potest, l. 2. §. 1. ff. eo. l. 3. §. illud, ff. de acquir. possess. Consequenter nec vsucapere potest pro hærede.

Et sane, vt Pinellus acutè animaduertit, ex hoc loco potius argumentum sumi potest, filium regulariter posse vsucapere, quia si nō posset vsucapere pro hærede, nulla erat ratio, cur quæreretur, an in ea specie posset vsucapere, in qua illud obstabat, quod nactus erat filius possessionem ex alia causa, quàm pro hærede.

Secundum argumentum est ex l. nihil, C. pro hęrede; *Nihil pro hærede posse vsucapi*, inquit textus, *suis hæredibus existentibus obtinuit*.

Respondetur, non eam sententiam legis esse, suos hæredes vsucapere non posse. Neque enim verba hoc significant; Sed suis hæredibus existentibus, nullum aliū D posse vsucapere. Cuius rei ratio adferri potest ex l. in suis, ff. de lib. & postum. vbi Paulus inquit: *In suis hæredibus continuationem dominij eò rem perducere, vt nulla videatur hæreditas fuisse, quasi olim hi domini essent*, &c. Ex quo apparet in suos hæredes, & rerum dominium, & possessionem mortuo patre transfundi, & quamuis possessionem non apprehenderint, tamen eosdem intelligi possidere, vt si alius ex testamento fortè quod vitiosum erat, hæreditatem adierit, vsucapere non possit; quia non possideat. Præcedit enim eius aditionem ea possessio, quam suis hæredibus lex tribuit.

Postremum argumentum est ex d. l. in suis, ff. de lib. & postumis. Nam si filij patre mortuo dicuntur potius possessionem continuare, quàm hæreditatem adquirere, testimonio Pauli in d. l. ex hoc infertur, eosdem nec possessionem ex titulo pro hærede adipisci, nec ex eo titulo pro hærede (quem non habent) vsucapere posse.

Respondeo, filijs optimè, ac præ cæteris conuenire titulum hæredis; A quia sunt veri, & proprij hæredes, & consequēter vsucapere titulo pro hærede posse, licet hoc amplius, quàm cæteri hæredes habeant, quod viuente patre quodammodo domini existimantur, & ideo videantur potius liberam bonorum administrationē mortuo patre consequi, quàm hæreditatem percipere. Sed non impedit hæc res titulum hæredis, & non facit, quominus filij hæredes dicantur. Erant quidem viuente patre existimatione quadam domini; Sed & mortuo patre verè sunt domini, verè sunt hæredes. Continuatio illa dominij ex legis interpretatione rei veritatem non immutat, atque adeò filij ius, & titulum hæredis non aufert.

CAPVT. XII.

Vtrum pater Monachus effectus amittat vsumfructum, quem habet in bonis aduentitijs filij?

SI pater filium habēs in potestate Monachus efficiatur, vtrum vsumfructum bonorum filij aduentitiorum, siue maternorum amittat; an verò saltem, donec ipse viuit, Monasterium habeat, pugnantes sunt Doctorum sententiæ. Multi docuerunt vsumfructum manere debere apud Monasterium, donec pater vixerit. Accursius in Authent. Idem est, C. de bonis, quæ liberis. Baldus, Paulus Castrensis, & Corneus in Commentarijs dicti loci. Decius in c. in præsentia, nu. 66. de probat. & alij, quos refert & sequitur Pinellus ad l. 1. C. de bonis maternis, in 1. parte, num. 49. Caualcanus de vsufructu, pag 421. nu. 241.

Cæterum, alij etiam non pauci existimarunt vsumfructum ad Monasterium non transire, sed statim professione secuta ad proprietatem redire. Ita olim docuit Martinus Silimanus, Salycetus in Authent. Idem est, C. de bonis, quæ liberis, & in Authent. Ingressi, quæstio. 7. C. de Sacrosanct. Eccles. & ibid. Iason, col. vlt. Cynus & Albericus in d. Authen. Idem est, C. de bonis quæ liberis. Hippolytus Singulari 668. Couuar. in cap. 2. nume. 8 de Testam.

Alij denique dixerunt dimidiam vsusfructus partem apud Monasterium manere debere: alteram uerò dimidiam ad filium pertinere. Ita Bartolus, & Angelus in d. Authent. Idem est. Panormitanus in cap. in pręsentia, num. 57. de probat. Syluester Pierius in Summa, in verbo, Religio, 6.

Prioris sententiæ fundamentum est; quia si vsusfructus hoc in casu amitteretur, & ad proprietatém transiret, id eam ob causam contingeret, quia filius patria potestate solutus esset, quæ patria potestas est causa, vt patri acquiratur vsusfructus. Sed hæc causa non obstat; quia vsumfructum semel acquisitum pater retinet, licet patria potestas sit sublata; Ergo in casu proposito vsumfructum pater non amittit. Probatur assumptio ex l. vltima, C. ad Tertyl. & ex l. 3. C. de vsufructu.

Secundæ opinionis fundamentum est; quia per ingressum Religionis, & professionem, tollitur patria potestas, quæ fons est, & origo acquisitionis vsusfructus patris. Nam cum Monachus ipse in potestate sit Abbatis, non potest alium in potestate habere, & mortuus dicitur mundo, consequenter non potest talia secularia munera obire & exercere, legitimusque administrator esse bonorum filij, actiones mouere, & excipere, bonaque administrare, vt paterfamiliàs debet filiorum, quos in potestate habet, sed orationi vacare debet, & in Monasterio manere secundum regulas Religionis.

Tertiæ autem opinionis illud est fundamentum; quoniam ita constitutum est in patre filium emancipante, vt dimidiam partem vsusfructus retineat ac lucretur, l. cū oportet, §. cum autem, C. de bonis, quæ liberis. Videtur autem pater Monasterium ingrediens filium emancipare, quia seculo renunciat, seque & sua omnia offert, & dedicat Deo.

Ego

Ego puto vsumfructum extingui, & ad proprietatem redire, hoc nouo argumento. Nam certum est patrem ipsum Monachum effectum, vsumfructum, de quo agitur, non retinere, cum nihil proprij iuris habeat: Ergo si apud Monasterium manere debeat, iusta aliqua causa interueniat, necesse est: At nulla potest esse iusta causa. Nā si vlla esset causa, illa esset ex eo, quod pater Monachus effectus sua omnia bona, & iura transferret in Monasterium; Sed vsusfructus transferri non potest; quia extraneo cedi non potest, sed proprietatis domino tantum, §. finitur, in Institut. de vsufructu. Et licet ius percipiendorum fructuum vendi, locari, aut gratis concedi possit, vt in §. 1. in Institut. de vsu & habitatione, tamen hoc non fit in præsenti specie. Nam cum aliquis concedit alteri ius percipiendi fructus, retinet ipse sine dubio ius vtendi, & fruendi, & quasi per alium videtur vti frui. Sed nullum ius apud Monachum esse potest; quia, vt inquit Iustinianus in Auth. de Monachis, §. si quis autem. *Ingredientem simul sequuntur omnino res; licet non expressim, qui introduxerit eas dixerit, & non erit dominus earum vlterius vllo modo.* Ergo non potest in Monasterium ita transferri; consequenter extinguitur, & ad proprietatem reuertitur.

Ad argumentum contrariæ opinionis respondeo, leges, quæ adferuntur, loqui, quando patria potestas soluitur, morte filij; tunc enim pater vsumfructum non amittit; sed nos loquimur cum viuente filio, patria potestas soluta est: tunc enim, quia filius sui iuris effectus, pro patrefam. habetur, non videtur esse consonum rationi, vt rerum suarum vsufructu careat. Præsertim, quia, vt in sequenti capite ostendemus, ipse filius statim patre Monasterium ingresso, & Religionem professo, ius habet legitimæ portionis consequendæ, perinde, ac si naturaliter mortuus esset. Et quia filio emancipato certum est vsumfructum cessare, licet tunc in præmium emancipationis dimidia pars detur patri, l. cum oportet, §. cum autem, C. de bonis, quæ liberis.

Ad argumentum tertiæ opinionis respondeo, illud habere locum, vbi pater filium emancipando liberat eū à potestate; tunc in præminm factæ emancipationis consequitur, vt dictum est, dimidiam partem vsusfructus: Sed in proposita specie pater non habet animum emancipandi filium, sed Religionem profitendi; Ex qua professione ius patriæ potestatis legis dispositione, non patris beneficio perimitur. Quare nullum inde præmium consequi debet; quia principalis intentio spectanda est.

CAPVT XIII.

Possitne filius patre Monasterium ingresso, & Religionem professo, adhuc viuente, legitimam portionem petere?

Ffirmant Corsetus in Sing. in verbo Legitima, num. 3. Ioan. Anan. in cap. 2. de delictis puerorum. Baldus Nouellus de dote, parte prima, in principio. num. 3. Couuar. in capit. 2. nu. 7. de Testam.

Negant Glos. & Bartol. in Authen. Si qua mulier, C. de Sacrosanct. Eccl. & ibid. Salycet. & Iason. Decius in c. in præsentia, nu. 67. de probat. & ibid. Felyn. num. 56. Abbas in c. cum simus, de regul. Alex. ad l. si cum dotem, num. 13. ff. sol. matrim. Ascanius Clemens de patria potestate, cap. vlt. nu. 77.

Affirmantis fundamentum est in c. cum simus, de Regularib. in illis verbis: *Et bona paterna, quæ ipsi ex successione proueniunt, postulare.*

Huc accedat, quod dicitur in d. Authen. Si qua mulier, C. de Sacrosanct. Eccl. scilicet permissum esse patri Religionem professo, portiones legitimas filijs assignare. Id enim non permitteretur, si viuente patre portiones auferri Monasterio non possent.

Negantis fundamentum est: quia filio legitima non

A debetur patre viuente, l. 1. §. si impubere, ff. de collat. bonorum. Nec contrarium est in præsenti specie constitutum: immò non posse legitimam peti viuente patre, indicare videtur textus in d. Authen. Si qua mulier, illis verbis: *Sed si post ingressum Monasterii moriatur: ante, quàm inter eos diuidat? filij legitimam percipient: reliqua substantia Monasterio competente.* Et ad text. in d. c. cum simus, respondent, illa verba accipienda esse de successione per mortem patris.

Ego priorem sententiam veriorem puto tribus argumentis. Primum est §. si quis autem, versic. si verò filios, in Authen. de Monachis, vbi Iustinianus ita dicit: *Si verò filios habuerit: siquidem contigerit eum res aliquas donasse eis, aut per antenuptialem donationem, aut per dotis occasionem contulisse, & faciunt hæc quartam ab intestato eius substantiæ: nullum in reliquis habeant participium filij. Sin autem nihil eis donauerit, aut minus quarta, postquam abrenuncians conuersatus fuerit inter Mona-*
B *chos, nihilominus quarta debeatur filijs, aut supplementum, si contigit iam eos aliquid accepisse, aut etiam quatenus totum eis detur.*

Hoc in loco Iustinianus indicat legitimam filiis deberi, aut eius supplementum, postquam pater Monachus effectus, renuncians seculo professionem fecit, indicat inquam statim deberi, non expectata morte patris, ibi: *nihilominus quarta debeatur filijs,* &c.

Secundum argumentum; quia omnia bona Monasterio acquiruntur, vt patet ex Nouella supradicta; Ergo Monasterium tenetur filiis suam portionem statim assignare, ex qua se alere possint, aut lege cauendum erat Monasterinm teneri ad suppeditanda filiis alimenta, quod factum non est, nec iuris rationi conuenit; quia posset fieri, ut legitima portio, vel non sufficeret ad alimenta, vel vt inde onus sentiret Monasterium maius, quàm si legitimam portionem filio assignaret.

Tertium argumentum; quia patris Monachi effecti,
C & professi nulla potest esse successio, quia nihil habet. Nam omnia bona transtulit ad Monasterinm, Authent. Ingressi, C. de Sacrosanct. Eccles. Ergo frustrà expectari debet mors eius, vt filij in portionem legitimam succedant.

Ex his responsio patet ad contrariæ sententiæ argumentum, quia licet regulariter filius non possit legitimā petere viuente patre; summa tamen æquitate, & ratione videtur excipiendus casus iste, ne vel filius legitimo bonorum subsidio careat, uel Monasterium onus habeat alendi, & quod attinet ad textus in d. Authent. Si qua mulier, nihil obstat; quia non dicit, filium petere non posse legitimam viuente patre Monacho; sed dicit, si non fuerit ante patris mortem assignata, patre mortuo assignandam esse. Interim non negat textus peti posse. Quod autem peti possit, & debeatur etiam patre viuente, satis luculenter colligi potest, ex argum. supradictis.

D

CAPVT XIV.

Testamentum factum ante ingressum Religionis, an per ingressum reuocetur, secuta scilicet professione.

Estamentum antea conditum rumpi ex eo, quod testator postea fuerit Religionē professus, autores sunt multi. Accursius in Authent. Si qua mulier, C. de Sacrosanct. Eccles. Fridericus Senensis in consil. 165. Iason in dicta Authent. Si qua mulier, nume. 17. & 18. & quidam alij. Fundamentum verò est, quia Monasterium sit habendum loco filij; Et ideo, sicut agnatione postumi rumpitur Testamentum, si præteritus sit, ita & Monasterij præteritione rumpi. Quod sanè fundamentum ideo firmum non est; quia iure non probatur Monasterium esse loco filij. Etsi enim à multis id dicatur, à nullo tamen probatur. Et quæ adfertur Authent. Nisi rogati, C. ad Trebellianum, non hoc dicit, vt

ex

CAPVT XV.

Testamentum factum ante professionem positne monachus post factam professionem reuocare?

TEstamentum ante professionem factum à monacho mutari & reuocari posse post factam professionem respódit Bart. in Auth. Si qua mulier.nu.14.C.de sacrosanct.Eccl. Aretinus in l. 1. nu.5. vers.Circa articulum secundum.ff.de Testam.Antonius Butrius in cons.79 & in c.In præsentia.nu.34.de probat. Guilhelmus Benedictus in cap. Raínutius. vers. Mortuo itaque testatore. in primo,num.300.

Sed contrarium responderunt Decius in c.In præsentia.nu.68.de probat & ibid.Augustinus Berous,nu.537. & alij, quos refert & sequitur Couuar. in cap.2.nu.9.de Testam.

Alij dixerunt, testamẽtum post factam professionem mutari posse in fauorem Ecclesiæ,inter liberos & Ecclesiam diuidendo hæreditatẽ.Ita post Baldum,Fulgosium, Castrensem docet Iason in d.Auth.Si qua mulier,nu.33.

Prioris sententiæ fundamentum est in l. Sed si mors. §.1.ff.de donat.inter vir.& vxor.ibi. *Humanum est donationem causa mortis,quæ ab initio facta est, tali exitio subsecuto confirmari, tanquam si mortuo marito rata habeatur; ita tamen, vt non adimatur licentia marito eam reuocare,&c.* Idem habetur in l.Res vxoris.C.eod.tit.

Addit Aretinus hoc argumentum, quia scilicet ratio, cur monachus testari non possit post factam professionem,illa sit, quod non sit dominus rerum, vt in §.Illud. in Authent.de Monachis:sed hęc ratio non habet locũ tempore mortis monachi, quia si tunc rerum dominus non esset, nec hęredem habere posset ex testamento antea cõdito; quia dominium rerum ipso iure transit à defuncto in hęredem.l.Cum hęredes.ff.de acq. possess. Cũ igitur hæredem habeat,videtur esse dominus rerũ mortis tempore, & cõsequenter testamentum antea factum reuocare potest.

Ad extremum affert Ioan.Andr. doctrinam in c.Non potest.de præben.lib.6.quoties aliquis ex priuilegio redditur habilis ad faciendum testamentum,in consequentiam eidem permissum videri, testamentum reuocare.

Fundamentum verò sententiæ negantis posse testamentum reuocari, illud est, quia professione facta nó licet amplius testari.c.Quia ingredientib.19.q.3.in Auth. de Monachis.§.Illud. Ergo nec reuocare licet testamentum,quia reuocari non potest,nisi per aliud testamentũ. §.Ex eo.in Instit.Quib.mod.testamen.in fi.

Huc accedat ratio.Nã facta professione monachi non sunt vlterius rerum suarum domini,vt in d.§.Illud.& in Authen.Ingressi. C.de sacrosanct.Eccl. Ergo nec de illis poterunt aliquo modo disponere.

Tertiæ opinionis fundamentum est in d.Authent. Si qua mulier.C.de sacrosanct.Eccl.vbi dicitur post ingressum monacho permissum esse, vt inter liberos testetur, ibi:*Liceat ei postea inter eos diuidere.* Et infrà:*Sua persona filijs connumerata partem sibi retineat, quę monasterio competere debet.* Si enim licet ei testari,ergo multò magis testamentum reuocare.

Ego sententiam, quæ negat reuocari posse testamentum, veriorem esse existimo, & pro eius confirmatione perpendo verba Iustiniani in Nouella. Hæc constitutio interpretatur priorem constitutionem,&c. *Et quoniam,* inquit, *nostra pietatis lex vult,eos, qui se monasterijs dederint, seu viros seu mulieres antequam ingrediantur monasterium,eo quo voluerint modo,quæ sua sunt, disponere: nec posse, postquam ingrediuntur monasterium, vlterius agere quidquam de proprijs, vtpotè domini rerum non existentes vlterius eo, quod nos sanciuerimus eiusmodi viros & mulieres, cum corpore & anima ipso ingressu ad monasterium*

A *dedicare se suasq; substantias, &c.*

Ad primum argumentum cõtrariæ sententiæ respondeo, hęc esse dissimilia; quia maritus deportatus restitui potest,& sic restitutus donationem mortis causa factam reuocare: Sed monachus effectus non potest facta professione restitui ad pristinum statum, vt sic res suas recuperet,quæ iam monasterio sunt acquisitæ: tenetur enim eas relinquere monasterio, vt in c. Statutum.18.q.1.

Ad secundum argumentum respondeo,negando monachum mortis tempore dominum esse: omnes enim substantias transtulit in monasterium. Quod si dicatur hoc verum esse,si prius monachus testatus non sit,vt inquit textus in Auth. Nunc autem.C. de sacrosanct.Eccl. respondeo, si monachus prius testatus sit,in monasteriũ bona non transire,quantum ad hoc, vt ijs personis auferantur, quibus in testamento relicta sunt: nam auferri non possunt,sed bona apud monasteriũ manere debent, donec vixerit monachus, & post eius mortem debentur

B hęredibus institutis; sed non inde sequitur,ipsum monachum adhuc dominum esse bonorum, & ius testandi, ac de illis disponendi habere. Nã omne ius disponendi amisit professione facta, salua dispositione antea facta.

Non obstat, quod dicitur, si non sit dominus mortis tempore,dominium in hęredem transire nó posse: quia licet dominus non sit, lex tamen cõseruat ius hęredibus institutis, quasi monachus tunc mortuus naturaliter fuerit, cùm testamentum condidit. Non enim vult lex, vt per ingressum, & professionem fiat pręiudiciũ illis, quibus bona relicta sunt.

Quod verò dicebat Aretinus ex Ioan. Andrea locum habere potest, quando impedimentum medij temporis non obstat. Potest enim is,qui priuilegium testandi habuit,testamentum reuocare, nisi medio tempore,scilicet post conditum testamentum,impeditus fuerit,puta religionis ingressu & professione,quę omnem de rebus proprijs disponendi facultatem adimit.

C Fundamentum denique sententiæ vltimæ non est satis firmum;quia textus in Auth.Si qua mulier: nó dicit, testamentum antea factum reuocari posse in fauorẽ Ecclesiæ,& liberorum;sed dicit,licere monasterium ingresso inter liberos bona diuidere, si antea non disposuerit: *Sed si persona,* inquit, *liberos habens, antequam de rebus suis inter eos disponat, monasterium intret, liceat ei postea inter eos diuidere,&c.* Ratio est, quia non potuit pater ijs vnquam præiudicare, quoad legitimam debitam.

CAPVT XVI.

Vtrum hæreditas delata monacho, immediatè monasterio deferatur,vt eam adire valeat absque facto monachi; an verò ex persona ipsius monachi, vt proinde necessaria sit eius aditio.

D IN hac iuris quæstione in contrarias sententias abierunt Canonistæ & Legistæ, vt videre licet ex commentarijs Doctorum in cap. In præsentia. de probation. in l. 1. ff.de vulg. Socino in consil.52. lib.4. Claro in §. Testamentum,quæst.30.Nã Canonistæ docuerunt, hæreditatem immediatè deferri monasterio; Legistę contrà immediatè monacho deferri. Negant illi, aiunt isti, necessariam esse monachi aditionem. Nituntur illi hoc argumento,quod nulla sit amplius penes monachum voluntas ac potestas, sed penes Monasterium & Prælatos. cap. Nolo. c.Non dicatis.12. quæst. 1. c.Si religiosus. de Elect.lib.1.Nullum rerum dominium,nulla administratio.§.Illud.Nouella de Monachis.Quod nó sibi,sed monasterio acquirat hęreditatem.c.Statutum.18.q.1.Quod nulla ratio habeatur personæ eius, sed monasterij; cuius etiam cõtemplatione in dubio relictum pręsumi debet. c.Requisiuisti.de Testam. Nituntur isti eo argumento,qđ sumitur ex l.Deo nobis.§.1.C.de Episc. & Cleric. in illis

ne petitionis hæreditatis, nisi spatio temporis longissimi.l.Licet. C.de iure delib. Si verò monachus sciuit sibi fuisse delatam hæreditatem, & ante aditionẽ anno nondum elapso decesserit, tunc monasterio annale tempus puto concedendum, iuxta l.Cum antiquioribus. C.de iure delib. intra quod hæreditatem adire possit. Quod si illud tempus viuente monacho elapsum fuerit, & sciente delatam esse hæreditatem, tūc si nihil factum sit, ex quo adeundam hæreditatem manifestauerit, monasterium excludendum censeo; saluo tamen ipsi monasterio restitutionis in integrum auxilio, iuxta, cap. 1. de restit. in integ. Intra quadriennium, iuxta cap. 1. de in integrum restit. lib. 6.

CAPVT XIX.

Si intra annum professionis monachus decedat nullo condito testamento, ad quem pertineant eius bona, an ad monasterium; an verò ad hæredes, qui sunt proximiores.

MOnasterium ingressus ante factam professionem moritur intestatus, controuersia est, an bona eius ad legitimos hæredes, qui sunt ab intestato proximiores, pertineant; an verò ad monasterium, Abbas Panormitanus in cap. In præsentia de probat. dixit ad monasterium pertinere, si monachus expresse bona obtulit, ac dedicauit monasterio. Cæterū, si non dedicauit, ad legitimos hęredes pertinere. Fundamentum est, quando bona dedicauit, in c. In præsentia. de probat. in illis verbis: *Quare cùm constet, quod idem M. bis monasterio vestro obtulerit se, & sua, nec ex aduerso probetur, &c* Idem ferè probatur in cap.vlt. de success. ab intest. Quando verò bona non obtulit, fundamentum est, quia monachus religiosus cum effectu censeri non debet, antequam professus religionem fuerit tacitè vel expresse. cap. Religioso de sentent. excomm. lib. 6. Ergo nulla est ratio, cur bona pertinere debeāt ad monasterium, & non potius ad legitimos hæredes. Idem docuit Immolensis in d. cap. In præsentia, num. 24. & Iason in Authen. Si qua mulier. ad finem. C. de sacrosanct. Eccles.

Contrarium docet post multos alios, quos commemorat Decius in d. cap. In præsentia. nu. 73. existimans absolutè bona defuncti monachi ad monasterium pertinere, quia per ingressum videtur purè facta dedicatio personæ, & bonorum monasterio, licet illa resolui possit, si monachus discesserit ex monasterio. Huic sententiæ videtur adstipulari text. in Auth. Ingressi. C. de sacrosanct. Eccl. *Ingressi monasteria, ipso ingressu se suaq; dedicant, &c.* Sed illud est accipiendum, facta professione expresse vel tacitè.

Mihi probatur distinctio Parisij in d. cap. In præsentia. sub nu. 188. vt si quidem ingressus monasterium, animum habuerit absolutè mutandi vitam, idque euidenter constet, vel professus fuerit tacitè vel expresse religionem, tunc ad monasterium bona pertineāt. Et idem dicendum puto, quando sua bona monasterio dedicauit. Cæterùm, si nihil ex his interuenerit, ad hæredes proximiores bona spectare non dubito.

Nam quando facta est professio, res est plana, quod spectent ad monasterium, sola legitima filijs reseruata. Authent. Si qua mulier. C. de sacrosanct. Eccl. Idem constat iuris esse, quando bona expresse dedicata sunt monasterio, ex cap. In præsentia de probationibus. & c. vlt. de success. ab intest.

Cùm verò agitur de eo, qui non est professus; sed tamen proposuit absolutè vitam mutare, vt sub habitu regulari omnipotenti Deo de cætero famuletur, res non est ita clarè decisa, sed tamen ratio suadere videtur, idem

A statuendum esse; quia is non potest amplius ad seculum redire, licet aliud monasterium ingredi possit. cap. consuln. de regularibus. c. statuimus. eod tit. cap. non solum. cap. constitutionem. c. Priuilegium. eod. tit. in 6. Et ideo pro religioso haberi debet, ac proinde idē de bonis suis eo casu videtur statuendum, ac si professus fuisset. Nam hoc propositum etiam videtur simile esse aliquo modo professioni, in d. c. Priuilegium. de regularibus. lib. 6. ibi: *Aut constet, quod vitam voluerit absolutè mutare, vel professionem expressam fecerit.*

CAPVT XX.

Vtrum ecclesia hæres teneatur inuentarium conficere, vt legis beneficijs frui possit, vt non teneatur vltra vires hæreditarias.

B GRatis in controuersiam hæc quæstio reuocata est à doctoribus nostris, quoniam satis perspicuè à Iustiniano, cui locus nullus iuris canonici aduersatur, decisa est, ita statuente in sua Nouella constitutione de hęredib. & Falcid. *Eam obtinere, & in omni persona, siue priuata, siue militari, siue sacerdotali, siue Imperiali, siue alterius cuislibet.* Et cùm, sicut leges non dedignantur sacros canones imitari, ita & sacrorum statuta canonum Principum constitutionibus adiuuentur. cap. 1. de noui oper. nunc, dubitari non potest, quin Iustiniani constitutio, etiam ex Pontificio iure robur obtinere debeat. Atque ita rectè docuerunt Glos. in c. 1. de Testam. in verb. Patiaris, quā eo in loco secuti sunt Immola, Antonius Butr, & Barbatia, Iason ad l. vlt. §. vlt. C. de iure delib. Alios refert eandem sententiam amplexus Rolandus à Valle, de confectione inuentarij, in 1. par. §. Duodecimò quęritur.

Contrarium docuerunt Cardinalis & Abbas in d. c. C 1. de Testam. Bart. in l. 1. nu. 46. C. de sacrosanct. Eccles. Bald. in d. l. vlt. C. de iure delib. & ibid. Angelus in §. Si verò postquam. Io. Anania. in c. In literis. de raptorib. Felin. in c. De quarta. de præscript Castrens. in Auth. Sicut. C. de sacrosanct. Eccl. Nouissimè Lælius Zanchus de Priuilegio 126. nu. 4.

Argumenta sunt ista: Primum, quia ius ciuile obligare non potest ecclesiam vltra vires hæreditatis, cùm talis obligatio repugnare videatur iuri naturali. Secundò, quia in hæredibus cæteris ideo constitutū est, vt teneantur vltra vires hęreditarias, si inuentarium non confecerint; quia pręsumuntur aliquid ex hęreditate subtraxisse. Hæc autem ratio cessat in ecclesia. Tertiò, quia nihil potest ecclesia accipere, ex quo oneretur vltra id, quod accipiat, vt in Auth. Sicut. C. de sacros. Eccl. Postremò, quia sic in fisco videtur receptum, vt inuentarium facere non teneatur. l. 1. §. an bona. ff. de iure fisci.

Respondeo ad primum, ideo lege hac ciuili etiam ecD clesiam obligari; quia iure canonico recepta est, aut certè non improbata, argumento text. in cap. Raynaldus. de Testam. ibi: *Cumque inuentarium fecerit, &c.* Ad secundum multi negant causam illam fuisse præcipuam, vt Anchar. cons. 411. Fuit enim potius impulsiua; vt nostri doctores loquuntur, & pręcipua causa, quia hæres adeundo hæreditatem absque inuentario, videtur suscipere onus soluendi, vt declarat Aretinus in rub. ff. de acq. hæred. in 2. col. vers. Ergo oportet. Ad tertium respondeo, textum, qui adfertur, ad rem hanc nostram nō pertinere: neque enim loquitur de eo, quod ad ecclesiam peruenit ex hæreditate, sed ex alia particulari causa: alioqui sequeretur ad ecclesiam hæredem non pertinere res steriles & inutiles, cùm tū hæres succedat in vniuersum ius. Verba sic se habēt: *Sicut alienatio rerum ecclesiæ interdicitur, ita prohibetur, ne qua sterilis ei detur possessio, aut alioqui onerosa, vel fiscalium nomine vel onere.* Vides, vt puto, lector, ad rem nostrā nō facere; & vt certior sis, videas tex. in §.

Sicut. Nouella, de non alien. rebus eccle. ex quo sumpta A est authent. Iustiniani, vbi loquitur de eo, quod ex causa donationis aut venditionis, alteriusue contractus ecclesiæ datur: non autem loquitur de eo, quod ad ecclesiam peruenit ex causa hęreditatis: *Interdicimus*, inquit, *rectoribus venerabilium domorum tale aliquid agere, quia si non cum omni subtilitate fecerint contractum, sed fanea quædam possessio, aut damnosa detur ecclesiis, &c.* Ad vltimum argumentum respondeo, negando fiscum hæredem esse, cùm succedit in bona vacantia, sicut loquitur text. qui in argumento adfertur, de quo in capite seq.

Alij hac vtuntur distinctione, vt ecclesia vltra vires hæreditarias teneatur creditoribus, cum quibus videtur adeundo hæreditatem quasi contrahere, non autem legatarijs; quia in ecclesia cessat præsumptio subtractionis bonorum. ita Alex. & Corneus in l. vlt. § vlt. C. de iure delib. Aretinus in rub. ff. de acq. hæred. quos videtur sequi Couuar. in c. 1. post nu. 14. de Testam.

Sed non mihi probatur hæc distinctio, quia hæres ex B quasi contractu tenetur etiam legatarijs, vt in §. Hæres, in Instit. de oblig. quæ ex quasi contractu nascuntur, & ideo non est ratio differentiæ inter creditores & legatarios. Et cùm præsumptio illa subtractionis bonorum non fuerit præcipua causa legis, vt fatetur etiam ipse Couuar. non est opus inquirere, an illa ratio cesset in ecclesia, seu ministris eius. Etsi hæc ratio valeret, idem etiam, quantum ad creditores, respondendum esset; ac proinde etiam eo in casu omnibus perpensis distinctio illa consistere non posset. Quare priorem sententiam, quam initio proposui, nunc quoque in fine capitis amplector: Saluo tamen iure ecclesię restitutionem petendi aduersus omissam inuentarij confectionem.

CAPVT XXI.

Vtrum fiscus teneatur inuentarium conficere, & eo non confecto, vltra vires hæreditarias. C



NOn est dubitandum, quin fiscus hæres teneatur inuentarium conficere, sub pœnis positis à Iustiniano, in Nouella de hęred. & Falcid. Nimis enim disertè statuit, eam constitutionem obtinere, *in omni persona, siue priuata, siue militari, siue etiam imperiali*. Et ideo nec fiscum exclusisse videri potest, qui suam personam non exclusit. Quare non rectè in dubium id reuocatum est à Doctoribus nostris, ad Rubr. ff. de acq. hæred. & à Rolando à Valle, de confectione inuentarij, in 1. parte. §. Vndecimò quæro. Cæterùm, non malè, imò verò iuri nostro conuenienter responderunt, qui dixerunt fiscum in bona succedentem, vel ex delicto, vel propterea, quod sint vacantia, & nullus hæres reperiatur, non posse conueniri vltra vires bonorum. Nam præterquam quod fiscus non est hæres, sed possessor, illa ratio accedit D euidentissima, quod cum id intelligatur ex bonis esse, quod deducto ære alieno superest. l. Subsignatum. §. Bona. ff. de verb. sign. consequenter dici non potest, ad fiscum bona aliqua peruenisse vacantia, nisi ea, quæ deducto ęre alieno supersunt, quare si nil supersit; nihil etiam bonorum ad fiscum peruenisse videri potest. Et ideo superuacanea est quæstio, an vltra vires bonorum fiscus tunc obligari & conueniri possit. Et istud est quod dicit Callistratus in l. 1. §. An bona. ff. de iure fisci: *An bona*, inquit, *quæ soluendo non sunt ipso iure ad fiscum pertineant, quæsitum est. Labeo scripsit etiam ea, quæ soluendo nō sunt, ipso iure ad fiscum pertinere, sed contra sententiam eius edictum perpetuū est, quod bona ita vacant, si ex his fisco nihil acquiri possit.* Clariùs Iabolenus l. 11. eo. ti. *Nō possunt vlla bona ad fiscum pertinere, nisi quæ creditoribus superfutura sunt. Id enim bonorum cuiusque esse intelligitur, quod æri alieno superest.*

Cæterùm, nouissimè Marcus Antonius Peregrinus de iuribus fisci, lib. 4. tit. 1. nume 3. respondit, fiscum, etiam hæredem institutum non teneri ad inuentarij confectionem: primò, quia verbum *persona*, quo Imperator vtitur in dicta Nouella, non comprehendit fiscum, quia in materia stricta, & pręiudiciali appellatione personæ, non venit fiscus, ex Butrio in cap. Graue. in 4. no. de pręben. Sed responderi potest, vt maximè verum sit, quod Butrius notauit, nihil tamen id suffragari posse, quia Imperator in dicta Nouella ita dicit, eam obtinere, *in omni persona, siue priuata, siue militari, siue sacerdotali, siue imperiali, siue alterius cuiuslibet*. Hæc postrema verba, *siue alterius cuiuslibet*, ita generalia sunt, vt neminem excludant, & sanè mihi videtur valdè improbabile, quòd fiscus melioris sit conditionis, quàm Imperator hæres scriptus. Secundò mouetur Peregrinus ex d. l. 1. §. an bona. ff. de iure fisci. animaduertisse se dicens, illum textum referri ad omnes casus præcedentes, inter quos ille continetur, cùm princeps fuit hæres institutus. Respondeo, Callistratum in ea lege varias causas retulisse, ex quibus nunciatio ad fiscum fieri solet; & inter cæteras etiam illam, quando Princeps hæres institutus est. Deinde, proposuisse quæstionem illam, an bona, quæ soluendo non sunt, ipso iure ad fiscum pertineant. Hæc quæstio conuenire potest illis in casibus, in quibus bona vacantia fisco deferuntur. Cæterùm, eo in casu quo Princeps institutus est hæres, congruere non potest. Nam aut is hæreditatem adiuit, aut non adiuit: Si hæreditatem adiuit, certum est, eum sequi commoda & incommoda. l. 1. ff. de bonorum possessione, & consequenter is tenetur creditoribus hæreditarijs satisfacere. Et si inuentarium non confecerit, tenebitur in solidum, licet bona soluendo non sint, quia sic statuit ipse Imperator in d. Nouella de hæred. & falcid. dum statuit eam habere locum in omni persona etiam *Imperiali*, quod fatetur etiam ibi Peregrinus, eam constitutionem locum habere, cùm Imperator, vti priuatus successit ab intestato, vel ex testamento. Igitur etiam id concedere debet, si ad hunc casum referatur. §. An bona, quo videlicet Princeps hæres institutus est, eum lege hac inuentarij nequaquam exemptū fore. Quo concesso, argumentum eius corruit.

Si verò Princeps hæreditatem non adierit, non potest in quæstionem illud vocari, an bona, quæ soluendo non sunt, ipso iure ad fiscum pertineant: neque enim ex titulo hæreditario pertinere possunt, cùm Princeps hæreditatem repudiauerit. Requiritur enim hoc in casu aditio, vt declarat Bart. in d. §. An bona. Quod si dicatur pertinere posse tanquam vacantia, quia nullus sit hæres, quo casu fisco deferuntur; tunc ad fiscum non pertinebunt, tanquam ad hæredem, de quo nostra est disputatio.

Non obstat quod Peregrinus subdit, si hæc sententia admittatur, fateri oportere fiscum auferentem hæreditatem alicui tanquam indigno, teneri creditoribus vltra vires, quia hæreditatem capit, quod tamen à vero abest. d. §. An bona: nam responderi potest non hoc sequi. Nā cùm fiscus hæres est ab intestato, vel ex testamento, bona possidet tanquam hæres, & ideo omnibus oneribus hæreditarijs obstrictus est, quibus cęteri hæredes obstricti sunt: neque enim exemptus reperitur. Cæterùm si alicui hęreditatem auferat, tanquam indigno, non dicetur hæres, sed possessor, & tanquam possessor conueniri debet, licet bona vendicet cum suo onere, & eisdem conditionibus parere debeat, quibus persona, à qua ad illum peruenit, iuxta l. In facto. §. Fiscus. ff. de condit. & demonstr.

CAPVT

CAPVT XXII.

Vtrum fiſcus ſuccedens in bona vacantia, teneatur legata & fideicommiſſa præſtare, teſtamento, vel codicillis relicta.

SI nullo hærede exiſtente, qui hereditatem adire velit, fiſcus ſuccedat tanquam in bona vacantia, controuerti ſolet, an teneatur legata & fideicommiſſa præſtare ijs, quibus relicta ſunt in teſtamento defuncti. Et teneri reſponderunt Baldus in l. Eam quam. C. de fideicommiſſ. nume. 5. Salicet. ad l. Vni. §. pen. nume. 39. C. de cad. tollen. Argumenta hæc ſunt. Primum ex l. Cum fiſco. ff. ad Silan. Caius: *Cum fiſco caduca bona defuncti addicuntur propter multam mortem, in eum legatorum actio datur.*

Secundum ex l. Recuſare. §. Si fiſco. ff. ad Trebellian. Vlpianus: *Si fiſco vacantia bona deferantur, nec velit bona agnoſcere, & fideicommiſſario reſtituere: æquiſſimum erit, quaſi vendicauerit, ſic fiſcum reſtitutionem facere.*

Tertium eſt ex l. Dicitur. ff. de iure fiſci. Caius: *Dicitur, ex aſſe hæreditatem ex Silaniano cum fiſcus vendicat, quod nec libertates, nec legata tueatur, quod apertè nullam habet rationem, cum ex quibuſlibet alijs cauſis fiſco vendicatis hæreditatibus, & libertates, & legata maneant.*

Quartum eſt ex d. l. Vn. §. pen. C. de cad. toll ibi: *Tantum enim nobis ſupereſt clementia, quod ſcientes etiam fiſcum noſtrum, vltimum ad caducorum vendicationem vocari, tamen nec illi pepercimus.* Vbi Gloſ. in verbo Pepercimus, rationem affert, quia ſcilicet bona ad fiſcum tranſeunt cum ſuo onere, adducit l. In facto. §. 1. ff. de condit. & demonſtr. vbi Paulus: *Fiſcus eiſdem conditionibus parere debet, quibus perſona, à qua ad ipſum, quod relictum eſt, peruenit, ſicut etiam cum ſuo onere hoc ipſum vendicat.* Idem probatur in l. Etiam. C. ad legem falcid. Sed nullus eſt locus illuſtrior, quàm Iuliani, in l. Quidam teſtamento. §. Quoties, de leg 1. *Quoties*, inquit, *lege Iulia bona vacantia ad fiſcum pertinent, & legata & fideicommiſſa præſtantur, quæ præſtare cogeretur hæres, à quo relicta erant.*

Verùm contrariam ſententiam amplexi ſunt alij non pauci, videlicet fiſcum non teneri ad legata præſtanda. Ita docuerunt Ripa in l. Ex facto, num. 6. ff. ad Trebell. Clarus §. fin. quæſt. 78. verſic. Sed an teneatur fiſcus, nouiſſimè alios citans Marcus Antonius Peregrinus de iuribus fiſci, lib. 4. tit. 3. num. 26. Proſper Farinacius Variarum quæſtionum criminalium lib. 1. quæſt. 25. num. 186. Fundamentum eſt primò in generali regula: Si nemo hæreditatem adierit, nihil, quod in teſtamento ſcriptum eſt, debetur. l. Si nemo. ff. de teſtamen. tut. l. Si nemo, de reg. iur. Secundò in l. Quod diuo. ff. de manu. teſtam. vbi Papinianus: *Quod diuo Marco*, inquit, *pro libertatibus cõſeruandis placuit, locum habet irrito teſtamento facto, ſi bona ventura ſint: alioquin vacantibus fiſco vendicatis, non habere conſtitutionem locum, apertè cauetur.*

Tertiò in l 4. § Eadem conſtitutio. ff. de fideicommiſſ. libert. in illis verbis: *Eadem conſtitutio proſpexit, vt ſi fiſcus bona admiſerit, æque libertates competant. Ergo ſiue vacant bona fiſco ſpernente, ſiue agnouerit, cõſtitutio locum habet. Cæterum ſi alia ratione agnoſcat, apparet ceſſare debere conſtitutionem: quare etſi caducis legibus bona delata ſint, idem erit probandum.*

Sic enim legendum eſt *caducis legibus*, non autem *caducis legionis*, vel aliter, vt in aliquibus exemplaribus legitur, ſicut rectè admonuit Cuiacius ad l. 3. C. de bonis vacantibus, lib. 10.

Ad leges, quibus prior nititur ſententia, reſpondetur, eas loqui de fiſco auferente hæreditatem alteri, tanquã indigno: tunc enim tenentur eiſdem parere cõditionibus, quibus ille, à quo bona auferuntur, parere debebat: ſed

A hæc reſponſio non videtur eſſe idonea ad l. Quidam teſtamento. §. Quoties, de leg. 1. vbi textus loquitur de fiſco ſuccedente in bona vacantia ei delata ex lege Iulia. Nec ad l. Vn. §. pen C. de cad. tollend. qui locus videtur aduerſari. l. 4. §. Eadem. ff. de fideicommiſſ. libert. Et ſanè hæc res paulò abſtruſior mihi videtur. Prima fronte illuc animus inclinabat, vt exiſtimarem, ſi nullus ex teſtamento hæres exiſtat, vel ab inteſtato, & idcirco ad fiſcum, tanquam vacantia bona pertineant, eum non teneri legata & fideicommiſſa præſtare. Nam ſi teſtamento relicta ſint, & ex eo non fuerit adita hæreditas, iuris regula eſt plana, legata nullius eſſe momenti. l. Si nemo ff. de teſtament. tutela, ſi verò relicta ſint in codicillis, idem reſpondendum videtur; quia nullus eſt hæres, & legata præſtari debent ab hærede: Eſt enim legatum, donatio à defuncto relicta, ab herede præſtanda. §. Legatum. Inſtitut. de legatis. Et ideo leges, quæ dicunt fiſcum ad præſtanda legata, & fideicommiſſa teneri, neceſſariò accipiendæ B ſunt, quando ex teſtamento, vel ab inteſtato hæreditas eſt adita; tunc enim legata valent, & ideo licet fiſcus poſtea ſuccedat, auferendo hæredibus tanquam indignis hæreditatem & bona, tamen legata præſtare debet, & fideicommiſſa, propterea quod valent. Eſſet enim valde iniquum, vt culpa hæredum noceret legatarijs & fideicommiſſarijs: & ideo tunc bona pertinent ad fiſcum, & ab eo vendicantur cum ſuo onere.

Cæterùm, re penitius examinata, vt contrariam ſententiam amplectar, tria potiſſimùm loca effecerunt. Primus locus eſt in d. l. Quidam teſtamento. §. Quoties, de leg. 1. vbi verba ſunt ſatis clara, & generaliter præcipiunt legata præſtari à fiſco ſuccedente in bona vacantia. Secundus locus eſt in d. l. Dicitur. ff. de iure fiſci, in illis verbis: *Cum ex quibuſlibet alijs cauſis fiſco vendicatis hæreditatibus, & libertas & legata maneant.* Sunt hæc verba generalia, quę ad vnum tantùm caſum, quo videlicet hęreditas indigno ſit ablata, reſtringi non poſſunt ſalua raC tione recti ſermonis. Tertius eſt in l. Vna. C. de cad. toll. coniungendos. §. pen. cum vltimo, ſic enim ait Imperator in d. §. penult. *Si nulli ſint hęredes, vel accipere nolunt, vel aliquo modo non capiunt* (hæreditatem) *tunc ad noſtrum ærarium deuoluatur.* Deinde pergit, dicens, in § vlt. *Tantum enim nobis ſupereſt clementia, quod ſcientes etiam fiſcũ noſtrum, vltimum ad caducorum vendicationem vocari; tamen nec illi pepercimus.* Ex quibus verbis patet, fiſcum ſuccedentem in bona vacantia, nullo hærede exiſtente, qui velit, vel poſſit hęreditatem capere, vel qui capiat, teneri ad legata præſtanda, ſicut hæres tenebatur, à quo relicta erant.

Non obſtat primum argumentum ex regula generali, ſi nemo ex teſtamento hæreditatem adierit, quæ in eo continentur nullius momenti eſſe: quia non eſt abſurdum hanc regulam ſic interpretari, vt locum nõ habeat, quando bona ſic vacantia tranſeunt ad fiſcũ: tunc enim, quia is loco hæredis habetur, meritò præſtare tenetur D legata & fideicommiſſa.

Ad ſecundum & tertium argumentum notãdum eſt, pro vera interpretatione ita olim reſcripſiſſe diuũ Marcum, vt ſi ij, qui libertatem acceperunt à domino in teſtamento, ex quo non aditur hæreditas, velint bona ſibi addici libertatum conſeruandarum gratia, audiantur, ſi idoneè creditoribus cauerent de ſolido, quod cuique debetur, ſoluendo, & ſic bona non vendantur: & tunc ſi fiſcus bona agnoſcere voluerit, tanquam ad ſe deuoluta, quia nullus ſit hæres, libertas nihilominus ſalua manet, perinde ac ſi ex teſtamento hæreditas fuerit adita. Ita clarè & prolixè declarat hoc reſcriptum. Iuſtinianus in Inſtitut De eo cui libertatis cauſa bona addicuntur.

Quod igitur attinet ad l Quod diuo. & ad l 4 §. Eadem. ff. de fideicommiſſ. lib. reſpondeo, non negari dictis legibus, libertatem teſtamento relictam locum habere, quando fiſcus bona accipit vacantia, ſed negatur locum habere ex dicta conſtitutione, ſiue reſcripto diui

Marci. Sic enim loquitur text. in d. l Quod diuo. illud diui Marci rescriptum locum habere irrito testamento facto, si bona vænitura sint: *Cæterum vacantibus fisco vendicatis, non habere constitutionem locum, apertè cauetur.* Et in d.l.4.§.Eadem. *Cæterum*, inquit, *si alia ratione agnoscat, apparet cessare debere constitutionem*. Itaq; cessat eo in casu constitutio diui Marci, quo bona in eo statu non sunt, vt addici possint libertatum seruandarũ causa, ne vendantur: tunc enim fiscus ea agnoscens, libertatem impedire non potest. Cęterùm si alia ratione & causa ad fiscum ex caducarijs legibus pertineant, tunc nõ habet locum illa constitutio. Sed tamen non inde sequitur libertates non deberi: Nam libertates quidem debẽtur, sed non ex diui Marci constitutione, verùm ex alijs legibus, quibus cauetur ex quibuscunque causis fisco vendicatis hæreditatibus, libertates & legata manere. l. Dicitur. ff. de iure fisci. Et eodem modo sunt accipienda illa verba d.l.4. *Quare etsi caducis legibus bona delata sint, idem erit probandum*, Scilicet vt constitutio locum non habeat, sed tamen nõ negat textus libertates deberi, nec id negare potest, ne alijs legibus repugnet, quibus constitutum est, & libertates, & legata præstanda.

CAPVT XXIII.

An iure Canonico hæres non confecto inuentario teneatur vltra vires hæreditatis?

IVre Canonico hæredem inuentarium nõ conficientem vltra vires hæreditatias creditoribus non teneri, docuerunt Baldus ad l. Cum à matre, in fine. C. de rei vend. & in cõsi. 145. super primo puncto, num. 4. lib. 4. Antonius Butrius in cap. In literis, de raptoribus, & in cap Rainald. in 2. not. de testam. Petrus Ancharanus in consi. 411. Argumenta nonnulla Ancharanus adfert, sed ad eam facti speciem pertinentia, super qua ipse respondit, hæredis videlicet ad vsuras restituendas obligati ex persona defuncti, quẽ docet vltra vires hæreditarias non teneri ob multas caussas, quę huc non pertinent. Fundamentum igitur non aliud inuenio huius sententiæ, nisi quia secundùm naturalem rationem & æquitatem, quam ius Canonicũ plerumque sequitur, non tenetur hæres ex persona defuncti vltra vires hæreditarias.

Sed valdè infirmum mihi videtur hoc fundamẽtum. Nam iustis de causis iure Ciuili constitutum est, hæredẽ non conficientem inuentarium insolidum teneri, etiam vltra vires hæreditarias, vt patet ex Nouella Iustiniani de hęredibus & falcid. Nec iure Canonico contrariũ est constitutum; quare illa naturali æquitate iustas ob caussas valere iussa, iuri Ciuili inhærendum videtur, argum. c. 1. & 2. de ope. no. nunc. Atque ita docuerunt idem Baldus sibi contrarius in l. vlt. C. de iure delib. col. 2. Abbas in c. Rainald. de Testam. Ang. & Alex. in rub. ff. de acq. hæred. & multi alij, quos refert & sequitur Rolandus de confect. inuentarij, vlt. par. §. Nunquid de iure Canonico, quos & ipse sequor in foro externo.

CAPVT XXIIII.

Hæres, qui inuentarium non confecit, an vltra vires hæreditarias teneatur in foro conscientia.

NOn mittimus falcem in alienam messem, quoniam & Canonistæ & Legistæ hanc quęstionem tractant, sitne hæres in foro conscientiæ obligatus creditoribus & legatarijs vltra vires hæreditarias, si inuentarium non confecerit? Tres sunt Doctorum sententię: Vna teneri. Altera non teneri. Tertia, distinguendos

A esse creditores à legatarijs & fideicommissarijs, & hęredem creditoribus quidem vltra vires hæreditarias teneri, legatarijs autem & fideicommissarijs nequaquam. Vide Bartolum, Castrensem, Iasonem, Aretinum, & alios ad Rubr. ff. de acquir. hęred. Ioan. Andr. & alios ad c. Quanquam, de vsuris, lib. 6. Federicum Senen. cõsi. 21. Vasquium de successionum creatione, lib. 1. §. 2. num. 12. Couuar. in capit. primo, de Testam. numero 16. 17. Roland. à Valle de confectione inuent in vltima parte. §. An in foro conscientiæ, vbi multos alios citat, quibus addi potest Pierius in Summa, in verb. Hæreditas 3. in 5. quęstione.

Fundamentum prioris sententiæ illud est pręcipuum; quoniam leges humanæ, si iustę sint, habent vim obligandi etiam in foro conscientiæ à lege æterna, à qua deriuantur, secundum illud Prouerb. 8. Per me Reges regnant, & Legum conditores iusta decernunt, vt declarat S. Thomas 1.2.q.96.art.4. sed negari non potest, quin B Iustiniani lex sit iusta, quæ hęredem inuentarium non conficientem obligat vltra vires hęreditarias. Ergo hæres tenetur vltra vires hęreditarias ad satisfaciendũ creditoribus, etiam in foro conscientię.

Fundamentum autem eorum, qui negant hæredem obligatum esse vltra vires hæreditarias in foro conscientiæ, illud est, quia Iustiniani lex, quæ ita hæredem obligat, si inuentarium non confecerit, videtur niti quadam præsumptione, quod scilicet hęres, qui inuentarium non confecit, aliquid ex hæreditate subtraxerit, vt patet ex Nouella, de hæredibus & Falcid. §. Hinc nobis. ibi: *Et non per ea, quæ fortè surripiunt, aut malignantur, &c.* Sed in foro conscientiæ non est locus præsumptionibus, sed veritati, quæ sola spectatur. c. A nobis 2. c. Inquisitioni, de sentent. excom. Ergo, si hæres nihil reuera subtraxerit ex bonis hæreditarijs, non videtur esse in foro conscientiæ obligatus.

Tertiæ denique sententiæ fundamentum est; quia, C quod attinet ad creditores, hæres etiam Iustiniani lege tenebatur illis vltra vires hæreditaris satisfacere. l. Si te bonis. C. de iure deliber. Et hoc ea ratione, quia adeundo hæreditatem videbitur suscipere onus soluendi, quare etiam in foro conscientiæ tenetur, cùm illa lex sit iusta. Cæterùm, quod attinet ad legatarios & fideicommissarios, vt hæres illis obligatus sit vltra vires hæreditarias, noua Iustiniani constitutione introductum est, ea præsumptione innixa, quod hæres inuentarium non conficiens aliquid subtraxerit ex bonis hęreditarijs; quæ quidem præsumptio cùm in foro conscientię non spectetur, sed veritas præualeat, consequitur, hæredem, qui nil subtraxerit, non fore obligatum in foro conscientiæ, licet inuentarium non confecerit.

Ego sanè eorum sententiam veriorem esse puto, qui simpliciter negant hæredem in foro conscientiæ vltra vires hæreditarias teneri. Et moueor hoc argumento: Hæres in foro conscientiæ non debet in plus teneri, D quàm defunctus teneretur, sed in tantum, in quantum defunctus tenebatur. Est enim hæreditas successio in vniuersum ius, quod defunctus habuit. l. Nihil aliud. ff. de verb. signific. Et hæres dicitur defuncti personam repræsentare. §. 1. in Auth. de Iureiur. à morien. præstito. & ex eius persona dicitur obligari. l. Ex qua persona, de regulis iuris.

Sed defunctus in foro conscientiæ non tenebatur ad creditoribus soluendum vltra vires suas, quia nemo tenetur ad impossibile. Sanctus Augustinus relatus in c. Si res. 16. quęst. 6. Sanctus Thomas 2. 2. q. 62. artic. vlt. in responsione ad primm argumentum. Didacus Couuar. alios citans in relectione c. Peccatum, in 1. par. nu. 2. de reg. iur. lib. 6. Ergo neque hæres in foro conscientiæ obligatus erit.

Ad argumentum prioris sententiæ si amplectamur eorum sententiam, qui existimant legem Iustiniani fundatam esse in præsumptione illa, quod hæres non conficiens

ciens inuentarium aliquid subtraxerit, facilè responderi potest; Nimirum eiusmodi legem quantumuis iustam in foro conscientiæ non obligare, quoniam in eo foro veritas attenditur, & non præsumptio, vt declarat Nauarrus in Manuali, cap. 17. num. 283. Syluester in verbo Lex. quæst. 9. & colligitur ex cap. Is qui. &c. Tua de sponsalibus.

Verùm, quia dubia est illa interpretatio, respondeo, legem Iustiniani obligantem hæredem vltra vires hereditarias esse quidem iustam in foro externo; quia hæres videtur quasi contrahere cum creditoribus & legatarijs adeundo ipsam hæreditatem, atque adeò onus soluendi suscipere in solidum ipsis creditoribus & legatarijs. Ceterùm in foro interiori animæ iustum non esse, vt heres, qui nihil ex hereditate subtraxit, in plus teneatur, quàm defunctus; defunctus autem vltra suas vires non tenebatur. Et in foro conscientiæ non habet locum illa fictio, siue presumptio à lege inducta, quod heres adeundo hereditatem videatur suscipere onus soluendi in solidum omnia debita, etiam vltra vires hereditarias. Hæc fictio lege quidem humana inducta est, sed non diuina. Ergo in foro Cæsaris obligabit, non in foro Dei, si nihil reuera heres subtraxerit ex hereditate.

CAPVT XXV.

Possitne testator inuentarij confectionem heredi remittere in præiudicium legatariorum & fideicommissariorum.

INter omnes constat, testatorem heredi remittere non posse inuentarij cófectionem in preiudicium creditorum: sed an remittere possit in preiudicium legatariorum & fideicommissariorum, non est eadem omnium sententia. Etenim affirmant Paulus Castrensis, Alexander & Aretinus in l. Nemo potest. de leg. 1. Idem Alexander in cons. 51. lib. 6. nu. 18. Decius in cons. 418. Aymo. consil. 174. & alij, quos refert & sequitur Rolandus à Valle de confectione inuentarij, in vltima parte. §. An Testator.

Sed negant Bald. in l. vlt. C. arbit. tutelę. Castrensis in l. Cum tale. §. 1. ff. de cond. & demonst. Iason in l. Nemo potest: in prima lect. ad finem. de leg. 1. Ioan. Crotus ibidem, num. 52. vers. Secunda conclusio. Ioannes Annibal. num. 406. Procellinus tractatu de inuentario, cap. 1. num. 15.

Prioris sententiæ fundamentum est; quia testator potuit legata & fideicommissa non relinquere, & relicta etiam adimere; ergo multò magis preiudicare ipsis legatarijs & fideicommissarijs remittendo heredi cófectionem inuentarij; Præsertim, quia fieri potest, vt ipsius testatoris intersit, aut heredum eius, inuentarium bonorũ suorum non fieri, ne patrimonium eius detegatur; quæ causa est, vt etiam tutori remitti possit confectio inuentarij. l. vlt. C. arbit. tutelæ.

Posterioris autem fundamentum est; quia hęc inuentarij confectio videtur esse iure publico introducta, *vt viuentes relictis potiantur, & deficientes cum securitate moriantur: scientes, quia lex eis etiam sepultis ministrabit, & quæcumque illi disposuerint, ad effectum ipsa perducet*, vt inquit Iustinianus in Nouella de hered. & Falcidia. non procul à fine: qua ratione etiam constat vsufructuario remitti non posse cautionem, quam secundùm leges prestare debet. l. 1. C. de vsufruct. l. Scire debetis. C. vt in possess. legat. Huc accedat, quod si remitti inuentarij confectio posset, occasio daretur heredi delinquendi, quia bona posset surripere, & occultare in fraudem legatorum & fideicommissorum.

Nec obstat, quod in potestate testatoris fuerit legata non relinquere; quia etiam in eiusdem potestate est non A legare vsumfructum, vel legare etiam proprietaté simul cum vsufructu; & tamen cautionem remittere vsufructuario non potest.

Addi potest ratio, quod nemo possit facere, quin leges locum habeant in suo testamento. l. Nemo potest. de legatis 1.

Ego sanè in priorem sentétiam longè sum procliuior, & pro eius confirmatione perpendo, hanc fuisse rationé constitutionis Iustiniani, quę mandat inuentarium confici ab herede, *vt viuentes relictis potiantur*, vt in summa voluntates defunctorum executioni mandarentur. Id ipse Iustinianus testatur in d. Nouella de heredib. & falcid. circa finem. ibi: *Hęc nos vti communiter omnibus prosint hominibus scripsimus: quatenus & viuentes relictis potiantur, & deficientes cum securitate moriantur, &c.* Ergo, si voluntates testatorum hoc fauore prosequi Imperator voluit, quo magis adimplerétur, vt heredes compelleret ad inuentarium conscribendum sub pœnis, de quibus in B ea constitutione, non videtur esse rationi consonum, vt ea constitutio locum habeat contra voluntates defunctorum. Quod enim fauore alicuius constitutum est, nó debet in eius odium retorqueri. l. Quod fauore. C. de legibus. & quod ob certum effectum constitutum est, non debet contrarium operari.

Nec verum illud est, heredibus occasionem hinc dari delinquendi, quia testator inuentarium remittens confisus est de heredis integritate, & occasio remota nimis est, & ideo non attendenda: Quamobrem in tutore locũ non habet, vt patet ex l. vlt. C. arb. tutel. Et olim apud veteres, quibus inuentarium Iustiniani cognitum non erat heredibus, nulla vnquam habita est ratio huiusmodi occasionis & suspicionis.

Et sanè ego sic statuo, Iustinianum ad eam legem cõdendam motum non fuisse, eam præcipuè ob causam, vt huiusmodi occasionem heredibus auferret occultandi res hereditarias; sed vt eisdem consuleret, ne amplius C herent circa deliberationem, an vellent adire, vel repudiare hæreditatem. Ita scilicet, vt inuentario confecto, ab omni periculo liberi essent, sicut ipse Iustinianus testatur in l. vlt. C. de iure delib. quanquam iusta fuit ratio auferendi legis beneficium, & obligandi vltra vires hereditarias eos, qui legem contemnendam putauerint, vt in d. Nouella. de heredibus & falcidia prolixè habetur.

CAPVT XXVI.

Legatum obscurum, an in fauorem Ecclesiæ, seu piæ causæ latiùs sit interpretandum.

SEmper in obscuris, quod minimum est, sequimur l. Semper. de reg. iur. Et ideo in legatis, quod minimum est, debetur, si obscura sit testantis voluntas. l. Numis. de leg. 3. Sed controuersia est; an & in legatis ad pias D causas idem sit iuris. Negant enim multi, & multi affirmant, vt videre licet ex Tiraquello de priuilegijs pię causę. 25. Priuilegio. vbi Auctores citat copiosè, quibus adde Cagnol. ad l. Séper in obscuris. de reg. iur. Couuar. in c. Indicante. nu. 4. de Testam. Menoch. de Pręsumpt. lib. 4. Pręsumpt. 106. nu. 33.

Omnis difficultas posita est in l. Titia. §. Seia. ff. de auro & argent. leg. quam Doctores tam pro affirmante, quàm pro negante sententia perpendunt. Eius verba hęc sunt: *Seia testamento ita cauit. Si mihi per conditionem humanam contigerit, ipsa faciam. Sin autem, ab heredibus meis fieri volo, iubeoq; signum Dei ex libris centum in illa sacra ade, & in patria statui, cum subscriptione nominis mei: quęsitum est, cùm in illo templo non nisi area, aut argentea sint dona, heredes Seiæ, vtrum ex auro an argento signum ponere compellendi sint, an ęreum? Respondi, secundùm ea, quę proponerentur, argenteum ponendum.*

Igitur

Igitur qui affirmant etiam in legatis pijs id, quod mi- A nus est, sequendum, ita legunt textum: *Quęsitum est, cũ in illo templo, non nisi aurea, aut argentea sint dona.* Et quoniam Iurisconsultus respondit argenteum ponendum, inde argumẽtatur, quod minus est, deberi. Si enim quod maius est, deberetur, aureum præstandum esset.

Qui verò contrarium docent, ita legendum putant: *Cum in illo templo non nisi ærea aut argẽtea sint dona, &c.* Et ideo inferunt, quod maius est deberi; quia Scæuola respondit, argenteum ponendum, quod est maius, quàm æreum.

Ego non libenter repugno eorum sententiæ, qui piæ causæ fauent, sed tamen si licet, quod probabilius videtur ingenuè fateri, existimo potius legendum *aurea, aut argentea*, quàm *ærea, aut argentea*; quia textus dicit quæsitum esse; Vtrum *hęredes ex auro, an argento signum ponere compellendi sint.* Hæc quæstio non fuisset proponenda, si in templo non fuissent etiam aurea dona. Nam si ærea tantùm, vel argentea fuissent, quæstio erat propo- B nenda, an ex ære vel argento hæredes ponere compellendi essent.

Et licet Iurisconsultus quærat etiam, an æreum esset ponendum, non tamen id suffragatur contrariæ sententiæ; quia licet in templo essent dona tantùm aurea, vel argentea, quæri tamẽ potuit, an æreum esset ponendum; quia testatrix non expresserat quale signum Dei, id est, ex qua materia ponendum esset. Et ideo in dubio dicendum videbatur, sufficere, si æreum poneretur ex centum libris à testatrice expressis. Cõtrarium tamen deciditur, nempe æreum, non esse ponendum. Ratio est, quia in eo templo dona erant duntaxat aurea, vel argentea, & ideo videtur fuisse testatricis voluntas, vt secundùm ipsius tẽpli conditionem signum poneretur, scilicet, vel ex auro, vel ex argento. Et quia res erat obscura, id quod minus hæredes grauabat eligendum erat, atque ideo ad ponendum argenteum compellendi. Hæc mea est coniectura, C cui tamen piæ causæ commodum, & fauores haud grauatè præfero, simul & Florentini Codicis authoritatem.

CAPVT XXVII.

An hæres conueniri possit in rem actione intra tempus, quo inuentarium conficitur.

SIc Iustinianus statuit: *Donec tamen inuentarium conscribitur, &c. nulla erit licentia, neque creditoribus, neque legatarijs, vel fideicommissarijs eos vel inquietare, vel ad iudicium reuocare, vel res hęreditarias, quasi ex hypothecarum authoritate vendicare; sed sit hoc spatium ipso iure, pro deliberatione hęredibus concessum.* l. vlt. §. Donec. C. de iure delib. Hanc legem sic Doctores magis communiter interpretati sunt, vt hæres nõ possit à creditoribus, vel legatarijs, D aut fideicommissarijs conueniri; sed tanquam possessor conueniri possit actione in rem proposita per eum, qui se dominum esse alicuius rei, quam defunctus in hæreditate reliquerit contendat, eamque iure dominij vendicet. Nam ad hunc casum verba legis non pertinent. Vide Alexandrum in commentarijs dicti §. Donec. & post eũ Rolandum à Valle de confectione inuentarij in 4 parte. §. Quarta est vtilitas.

Sed mihi iustior interpretatio videtur Cyni & Alberici, qui dixerunt generaliter conueniri non posse hæredem, etiam ab ijs, qui nec creditores sunt, nec legatarij, nec fideicommissarij. Nam si hæres molestari non potest à creditoribus & legatarijs, qui actionem habẽt tam certam, tantoque fauore dignam, cur ab alijs posset? Expendamus causam huius priuilegij, quod hęredi est concessum, dum inuentarium conscribitur: *Sed sit hoc spatium* (inquit Imperator) *ipso iure pro deliberatione hęredibus concessum.* Consequenter molestari & conueniri nõ A potest hæres intra illud tempus; non tanquam hæres, & hoc certum, & expressum est in textu; sed nec tanquam possessor; quia non dicitur possessor, nisi sit hæres. Neq; enim intelligi potest alio, quàm hæredis titulo is possidere, qui hęreditate sibi delata inuentariũ conficit. Quare, si non habetur pro hærede intra tempus constitutum ad inuentarium conficiendum, sequitur, vt nec pro possessore intra idem illud tempus haberi possit.

Denique ad rationem legis respiciamus. Aliqua enim procul dubio ratio Imperatorem induxit ad inducias illas hæredibus cõcedendas; & illa profectò (neque enim alia facilè occurret) quia hæredes occupati sunt eo tempore in inuentario conscribendo, quod sanè opus requirit diligentiam, laborem, & fidem: citandi & vocandi sunt legatarij, creditores, res inspiciendæ, obseruandæ, tabellarijs præsentibus. Itaque visum est æquum, vt interea hæredes non possint inquietari. Hæc ratio legis etiam ad hũc casum pertinet, de quo nostra est disputatio: qua- B re, etsi verba legis non inseruiant, fauet tamen ratio legis; quod sufficit.

CAPVT XXVIII.

Hæres, qui simpliciter adiuit hæreditatem, nulla facta protestatione de inuentario conficiendo, vtrum beneficijs eiusdem postea confecti perfruatur?

ANgelus ad l. j. §. Hęc stipulatio. ff. Si cui plus quàm per legem Falcid circa inuentarium docuit hæredis protestationem, antequam is hęreditatem adeat, necessariam esse, qua scilicet declaret velle se inuentarium conficere, & eius beneficijs vti: quod si simpliciter, ac purè hæreditatem adierit nulla protestatione facta, non pro- C futuram ei confectionem inuentarij. Motus est in hanc sententiam ex l. vlt. C. de iure delib. in illis verbis: *Cum igitur hęreditas, ad quendam siue ex testamento, siue ab intestato delata, siue ex asse, siue ex parte; siquidem recta via adire maluerit hęreditatem, & spe certissima hoc fecerit, vel sese immiscuerit, vt non postea eam repudiet: nullo indiget inuentario, cùm omnibus creditoribus suppositus est, vtpote hęreditate ei ex sua voluntate infixa.*

Sed hanc sententiam meritò posteriores interpretes repudiarunt, vt constat ex Rolando de confectione inuentarij in 4. parte, §. Beneficium inuentarij. quia nõ alia est sententia Imperatoris, quàm hæredi sic adeunti necessarium non esse inuentarium, cùm scilicet spe certissima hoc fecit, quod lucrosa sit hęreditas, & nullo sit opus inuentario, vt indicant illa verba, *nullo indiget inuentario, &c.* Et illa verba, *spe certissima hoc feceris*, quibus verbis non negat Imperator, hęredi competere beneficia inuentarij, si illud conficeret, sed negat opus es- D se inuentario, & significat hęredem posse illud omittere, si velit; sicut etiam hæreditatem repudiare eum posse, qui simili modo non titubante animo eam respuendam, vel abstinendam crediderit, vt statim Imperator subdit. Quod si hęres simpliciter agnouerit hæreditatem, & forsan dubius, an sit vtilis, vel damnosa futura, inuentarium postea conficere voluerit, non dubium est, quin ei profuturum sit inuentarium. Sic enim subiungit Iustinianus: *Sin autem dubius est, vtrumne admittenda sit necne defuncti hęreditas; non putet sibi esse necessariam deliberationem, sed adeat hęreditatem, vel sese immisceat: omni tamen modo inuentarium ab ipso conficiatur, &c.*

Ex quibus omnibus apparet, tres constitui casus ab Imperatore. Primus est eius hæredis, qui certissima spe adductus hęreditatem agnoscit, & inuentarium propterea negligit, & hunc dicit non indigere inuentario, & obligatum esse creditoribus omnibus simpliciter.

Secundus

Secundus casus est hæredis, qui deliberauit hæreditatem non adire, eamque repudiauit, & hunc dicit alienum esse ab hæreditate, siue damnosa, siue lucrosa sit. Tertius est illius, qui vult quidem hæreditatem adire, sed non incertus est de eius viribus, quin fortasse eam sibi repudiandam iudicet, & hunc dicit adire posse, ac sese immiscere, deinde inuentarium facere oportere intra constitutum tempus. Nullam Imperator à tali hærede protestationem requirit, antequam hæreditatem agnoscat, sed ait simpliciter & absolutè, *adeas hæreditatem, vel sese immisceas, omni tamen modo inuentarium ab ipso conficiatur.* Hæc paulò fusius explicaui; quoniam etsi omnes ab Angelo recedant, pauci tamen hanc rem edisserunt. Tunc autem arbitramur nos aliquid scire, cum causam cognouerimus, & fundamentum rei.

CAPVT XXIX.

Hæres, qui fecit inuentarium, an detrahere possit sumptus factos in litigando pro defendenda hæreditate?



SEd & controuersia est, si hæres, qui inuentarium confecit, sumptus fecerit pro defendenda hæreditate, quam alius sibi vendicabat in iudicio, possit ne eos detrahere? Variæ sunt doctorum sententiæ. Prima est; non posse, ita docuit Baldus in l. vlt. §. In computatione. C. de iure delib. quem videtur sequi Paulus Castrensis in commentarijs eiusdem loci: & fundamentum est, quia non dicitur hæres hoc in casu sumptus fecisse pro hæreditate, sed pro sua vtilitate, vt scilicet hæreditatem obtineret. Et ideo non debet eiusmodi sumptus detrahere, sicut non detrahit sumptus, quos alioqui pro sua necessitate fecisset domi, vt in l. Sed etsi lege. §. Quod autem. ff. de petit. hæredit.

Secunda est sententia Angeli, quem secutus est Alexander in eodem loco, sumptus detrahi posse ab hærede, quos fecit in litigando, si obtinuit. Fundamentum est, quia videntur fieri hæreditatis gratia, vt scilicet illum habeat in dominum, quem defunctus voluit, vel ex testamento, vel ab intestato, iuxta l. Conficiuntur. ff. de iure codicillor.

Adducitur pro confirmatione, quod habetur in cap. Vt prætéritæ. de elect. & in l. Iam tamen. §. In hac stipulatione. ff. iud. solui.

Tertia est sententia Cornei, in commentarijs eiusdem loci, si hæres expensas fecit occasione hæreditatis, quas non repeteret ab alio, puta in confectione inuentarij, in instrumento ipsius testamenti, & similibus, sine quibus se defendere non posset, tunc eas detrahere possit, & eo in casu locum habeat Angeli sententia; in alijs verò sententia Baldi.

Quarta est sententia Iasonis, in d. §. In computatione. D si hæreditas soluendo non sit, expensas istas posse detrahi; & videtur esse eadem cum sententia Angeli.

Animaduerto Angeli sententiam magis communiter receptam esse, vt intelligi potest ex Emiliano in consilio 15. Rolando à Valle, de confectione Inuentarij in 4. parte. §. Quid de expensis. & Marzario de fideicommissis, in vltima parte Epitom. quæst. 67. Et omnibus maturè consideratis veriorem quoque iudico, argumento textus in d. l. Vlt. §. In computatione. C. de iure delib. vbi Iustinianus ita scribit: *In computatione autem patrimonij, damus ei* (scilicet hæredi) *licentiam excipere, & retinere quicquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem, vel inuentarij confectionem, vel in alias necessarias causas hæreditatis approbauerit se persoluisse.* illa verba; *vel in alias necessarias causas,* videntur dirimere quæstionem istam. Nam negari non potest, quin hæc sit causa necessaria, cùm hæreditas defenditur aduersus eos, qui

A eam iniustè vendicare ac auferre conantur lite mota; quare communiorem hanc sententiam & ipse probo.

CAPVT XXX.

Hæres, qui confecit inuentarium, an damnum sentiat ex interitu rerum hæreditariarum.



CErtum est damna, quæ ex rerum interitu post testatoris mortem acciderint, ad hæredem pertinere, non autem ad legatarios, nisi species, id est, certa corpora relicta sint, quæ absque mora hæredis perierint: vt in l. ratione. 30. §. Diligenter. ff. ad legem Falcid. Cęterùm est controuersia, an idem iuris sit in eo hærede, qui inuentarium confecit. Et negat Bartolus idem iuris esse tam in d. §. Diligenter. quàm in l. vlt. §. Etsi præfatam. C. de iure delib.
B quem secuti sunt Alexander post alios, quos citat in d. §. Diligenter. nec non Iason, & Corneus in d. §. Etsi præfatam. dum loquuntur de sexta vtilitate inuentarij.

Fundamentum est; quia hæres, qui confecit inuentarium, debet esse sine damno, vt in d. §. Etsi pręfatam; Deinde, quia hæres est debitor quantitatis respectu certæ speciei, id est, propter res hęreditarias & earum respectu. Debitor autem quantitatis respectu certę speciei, interitu ipsius speciei ante moram liberatur, vt notant omnes in l. Quod te. ff. si certum petatur. & dixi lib 2. Controuersiarum iuris. cap. 71. in prima parte.

Cęterùm, Castrensis in d. § Etsi pręfatam. contrarium docuit, nimirum periculum & damnum interitus rerum pertinere ad hęredem, quoties post aditam hęreditatem contigit. Sequitur eandem sententiam Ripa in l. 1. §. Si is qui quadringenta. nu. 9. ff. ad legem Falcid. & Rolandus à Valle, de Confectione inuentarij in 4. parte. §. Sexta est vtilitas.

C Fundamentum est; quia post aditam hęreditatem, si illa sit soluendo, hęres dicitur obligatus esse in solidum legatarijs, & consequenter rerum interitu non liberatur. l. Incendium. C. si certum petatur. Huc accedat, quod olim hęres etiam nullo inuentario confecto, non tenebatur legatarijs vltra vires hęreditatis. l. ege prima. Si is qui quadringenta. ff. ad legem Falcid. & tamen periculum interitus ad eum, non autem ad legatarios spectabat, vt habetur in dicta l. In ratione. §. Diligenter. ff. ad leg. Falcid.

Prior sententia mihi magis probatur: quia quod hęres inuentarium conficiens nullum damnum subire debeat, certum & exploratum est, ex d. l. vlt. §. Etsi pręfatam. & ex Nouella de hęred. & Falcid. §. Hinc nobis. ibi: *Homines excepimus ex damno rerum suarum, &c.* Quod autem, vt dicebat Paulus Castrensis in solidum hęres teneatur post aditam hęreditatem, quando est soluendo, valde incertum est: nam etsi hęres tunc legata soluere teneatur, & debita defuncti, tamen dicit textus in d. §. Etsi pręfatam. *Eis satisfaciant* (hęredes) *ex hereditate defuncti, vel ex ipsis rebus, vel earum forsitan venditione.* Ex quibus verbis indicatur, hęredibus licere res hęreditarias, aut vendere, aut in solutum dare creditoribus & legatarijs, & consequenter hęredes non esse absolutè, & simpliciter obligatos ad soluendum ex sua ipsorum substantia, & bonis; Quare, si ipsę res hęreditarię non extēt, videntur hęredes liberari ab onere soluendi: & sic fundamentum Pauli Castrensis non subsistit.

Quod verò Castrensis vrgebat, olim quoque vltra vires hęreditarias obligatos hęredes non fuisse ad satisfaciendum legatarijs, & tamen damnum ex interitu ad eos pertinuisse, non deterret nos ab hac sententia; quoniam ea comparatio non est idonea, quę fit inter hęredem respectu legatariorum, secundum ius antiquum, & hęredem, qui inuentarium conficit, secundum ius nouum: propterea quod hęres, qui facit inuentarium ex le-

ge lu-

ge Iustiniani plura commoda, & beneficia consecutus A est, etiam respectu legatariorum, quàm ille, qui antiquo iure legatarijs in solidum non tenebatur. Nam ex sua substantia non tenetur legata soluere, sed ex rebus hæreditarijs: item potest soluere legatarijs & creditoribus, qui prius venerint, & suas actiones saluas habet, & omnino nullum damnum sentire debet, & nihil ex sua substantia amittere, vt in d. §. Etsi præfatam. & reliquis §§. d. l. vlt. C. de iure delib.

Et cùm toties dicatur, hæredem nullum damnum, nullum periculum subiturum, si inuentarium confecerit, non videtur ea sententia satis consentanea menti Iustiniani, quæ iacturam istam ex rerum interitu ad eum pertinere docet.

Non obstat, quod nonnulli obijciunt commoda ex alluuione, vel fœtu animalium, aut aliunde venientia pertinere ad hæredem illum, qui inuentarium conficit. Id enim nemo negauerit, & consequenter etiam incommoda pertinere debere. l. Secundum naturam. de reg. iuris. B Nam respondetur id voluisse Iustinianum, vt hæres inuentarium conficiens secundùm formam ab eo præscriptam, nullum damnum sentiret, sed non prohibuit, quin lucrum faceret: imò voluit eum lucrari, vt patet ex legis Falcidiæ beneficio, vt in d. §. Etsi præfatam. & ex alijs multis commodis, quæ habet hæres: ex quo manifestum est, non rectè inferri posse; lucrum sentire potest, ergo & damnum pati: quia sæpenumero accidere potest, vt hæreditas lucrosa sit, Iustiniano id nequaquam impediente: nunquam verò vt sit damnosa; eodem ab omni damno hęredes eximente, æquissima sanè & laudatissima sua constitutione.

CAPVT XXXI.

Si hæres inuentarium confecerit, an illud prosit fideicommissario, cui restituit hæreditatem? C



INuentarij ab hærede confecti beneficium non transire in fideicommissarium, cui restituta est hæreditas absque cessione, Bartolus existimauit in l. In ratione. §. Quod vulgo. numero 9. ff. ad legem Falcid. Motus ex l. Si hæres pecuniam. ff. ad Trebellian. & l. Hæres à debitore. ff. de fideiussor. quibus legibus probatur actionem ex hæredis facto quæsitam in fideicommissarium non transire. Alij contrarium docent ex l. Sicut. §. 1. ff. Quibus mod. pig. vel hypoth. solu. vbi probatur exceptionem pacti, quod hæredi creditor fecit, fideicommissario, cui restituta est hæreditas ex Trebelliano S. C. prodesse, vt latè adductis authoritatibus deducit Roland. à Valle, de confectione inuentarij, parte 4. §. Quod si hæres.

Ego subscribo posteriori huic sententiæ; quia hæc non est actio, nec exceptio pacto, vel stipulatione ab hærede D quæsita; sed exceptio, quæ hæredi competit inuentarium conficienti ex iuris dispositione, vt scilicet vltra vires hæreditarias non teneatur. l. vlt. §. Etsi præfatam. C. de iure delib. Ex hoc enim sequitur, eam fideicommissario quoque prodesse. Nam in fideicommissarium restituta hæreditate actiones transeunt, quæ in hæredem antea competebant. l. 1. ff. ad Trebell. At in hęredem in solidum non competunt, sed pro viribus hęreditatis, si inuentarium fecerit; ergo eodem modo competunt aduersus fideicommissarium.

CAPVT XXXII.

Si emptor sit hæres venditoris; & inuentarium conficiat, & res euicta sit, an in ponenda ratione bonorum hæreditatis habeatur ratio dupli euictionis nomine promissi, vel tantùm simpli?



EXistimo simplum imputandum esse, non duplum, authoritate l. Cùm emptor. ff. ad legem Falcidiam. Paulus: *Cùm emptor venditori vel contrà, hæres extitit, euicto homine, vtrum duplum in æs alienum deducere, vel computare debeat, an simplum: duplum enim esset, si alius hæres extitisset. Et benignius est, eodem hærede existente simplum ei imputari.* Atque ita rectè docet Bartolus in commentarijs illius legis, & accedit text. in l. Si ei. §. 1. ff. de Euictione.

Verùm Cynus contrarium docuit in l. vlt. §. In computatione. C. de iure delib. nempe duplum imputandum esse; quia hęres inuentariū conficiens non amittit actiones, quas contra defunctum habet. Habet autem hoc in casu actionem ad duplū, euictionis nomine promissum. Et quod attinet ad d. l. Cùm emptor. respondet illam non loqui de hærede inuentarium conficiente. Eo enim tempore lex Iustiniani de inuentario conficiendo non erat lata.

Sed non placet hęc sententia; quia licet tempore Pauli non esset lata lex de inuentario conficiendo; erat tamen ita constitutum, vt in imponenda legis Falcidię ratione omne æs *alienum deduceretur, etiam id, quod ipsi heredi mortis tempore deberetur, quamuis hæreditatis aditione confusæ sint actiones.* l. In imponenda. C. ad leg. Falcid. Et sic, quantum ad hunc effectum rationis ineundę bonorū, ita hęredis actiones sunt saluę, quemadmodum inuentario confecto, quoad alios omnes iuris effectus, saluę sunt hęredi ex d. §. In computatione. & tamen Iurisconsultus respondit, summo iure posthabito, quod suadet duplum imputari, *benignius esse*, simplum imputari hoc in casu.

Angelus in d. l. Cùm emptor. distinguit: aut euictio rei emptę secuta est ante aditam hęreditatem ab emptore, aut post aditam hęreditatem. Priore in casu imputādum est duplum; quia emptori ius quęsitum erat ad duplum ante aditam hæreditatem, quod ius debet illi inuentariū conficienti saluum esse ex d. l. Vlt. §. In computatione. Posteriori casu secus, odio pœnę.

Sed primo distinctionis membro obstat primò, quod d. l. Cùm emptor. loquitur expresse, quando euictio accidit post aditam hęreditatem. Deinde, quod non habetur ratio, vtrum ius ad duplum petendum quęsitum emptori sit: etsi enim quęsitum sit; tamen ęquitas pręualet, & facit, vt simplum tantùm imputetur. Tertiò; quotiiam etiamsi euictio post hęreditatem aditam contingat; tamen ius ad duplum hęredi quęsitum est, & ideo secundum iuris rigorem duplum esset imputandum: sed tamē contrarium Paulus respondit in conflictu rigoris & ęquitatis, ęquitatem secutus potius, quàm rigorem.

Et hęc est causa cur Angeli distinctionem, quam plerique sunt secuti apud Rolandum de confectione inuentarij in 4. parte. §. Pone Titius. ego non amplectar. Hoc enim mihi propositum est, leges legumque rationes sectari, iustitięque & ęquitatis rationes, posthabita nonnunquam communiori sententia interpretum doctissimorum.

CAPVT

CAPVT XXXIII.

Vtrum hæres, qui inuentarium non confecit, deducere possit id, quod sibi à defuncto debebatur aduersus eum, cui ex Trebelliano restituit hæreditatem.


Æc est maximi momenti controuersia; ergo non parum accuratè tractanda & explicanda. Hæres grauatus per fideicommissum hæreditatem alteri restituere; vtrum, si non confecerit inuentarium, actiones, quæ illi competunt aduersus defunctum, amittat; an verò saluæ ei maneant, vt proinde hæreditatem fideicommissario restituendo deducere & petere possit, vel retinere id, quod sibi debetur. Nam si inuentarium confecerit, explorati iuris est, actiones non confundi, ex l. vlt. §. In computatione. C. de iure delib.

B Communis est sententia non confundi actiones hoc in casu; & ideo hæredem posse, quod sibi debetur, retinere, vel deducere, aut etiam petere. Ita docuit Baldus in l. Debitori. C. de Pactis. Paulus Castrensis in l. ita tamen. §. Si ex Trebelliano. ff. ad Trebellianum, & ibidem etiam Alexander, & ita sæpe respondit idem Castrensis & Alexander Socinus senior & iunior, & plurimi alij, quos adducit Rolandus à Valle, de confectione inuentarij, parte 4 §. Pone hæres. Adde Crauettam in consilio 144. numero 7.

Contrarium docuerunt Imola in l. Ab omnibus. §. vlt. de leg. 1. & in l. Debitor. ad Trebell. & Ruinus in consi. 99. nume 4. lib. 2.

Videamus argumenta. Communis sententiæ argumẽta hæc sunt. Primum ex l. Debitor. ff. ad Trebell. vbi patet actionem pigneratitiam saluam manere hæredi debitoris, licet inuentarium non confecerit; non enim id requirit ibi Iurisconsultus.

C Secundum est ex l. In imponenda. & l. Irritum. C. ad legem Falcid. vbi patet, in imponenda ratione legis Falcidiæ aduersus legatarios deducendum esse, quod hæredi debetur; Ergo & idem videtur esse statuendum aduersus fideicommissarios.

Tertium est ex iuris ratione. Nam sicut olim hæres absque inuentario in solidum legatarijs non tenebatur; quia poterat Falcidiam deducere: ita nunc non tenetur fideicommissario vltra vires hæreditarias, imò Trebellianicam deducere potest; neque enim eius detractio prohibita videtur, etiam hodierno iure, licet inuentariũ non fuerit confectum, secundum veriorem & communiorem sententiam.

Quartum est argumentum; quia hæres per fideicommissum restituere hæreditatem rogatus, non intelligitur grauatus restituere, nisi id, quod est in hæreditate; &

D ideo non tenetur vltra vires hæreditarias, nec fideicommisso propria hæredis bona continentur, vt constat ex l. Cohæredi §. Cùm filiæ ff. de vulg. & pupill.

Nec obstat textus à contrario sensu in l. vlt. §. In Computatione. C. de iure delib. quia argumentum, quod sumi potest, actiones confundi inuentario non confecto, locum habere potest contra legatarios inspecto nouissimo iure, & contra creditores nouo & antiquo iure, sed non contra fideicommissarium: quia nec olim, nec hodie tenetur hæres fideicommissario vltra vires hæreditatis.

Fundamentum autem cõtrariæ sententiæ positum est in d. l. vlt. § In computatione C. de iure delib. a contrario sensu, quia dum ibi dicitur actiones non confundi hærede inuentarium conficiente, argumentum est confundi, si inuentarium hæres non conficiat. Et est regula generalis: si creditor debitori succedat, quod actiones confundantur, quia non potest idem esse debitor & creditor. l. Debitori. C. de pactis. Hæc alij.

A Nunc quid ipse sentiam paucis explicabo. Ego puto, si actio aduersus defunctum competens sit realis, puta pigneratitia, siue hypothecaria, vel rei vendicatio, similisue, illam non confundi, licet hęres inuentarium non confecerit; Cæterùm si personalis sit actio, non dubito, quin confundatur. Pro huius sententiæ confirmatione adfero textũ in l. Debitor. ff. ad Trebellian. Papinianus: *Debitor sub pignore, creditorem hęredem instituit, eumq́; rogauit restituere hęreditatem filię suę, id est, testatoris: cũ nollet adire vt suspectam, coactus iussu prætoris adijt & restituit: cùm emptorem pignoris non inueniret, desiderabat permitti sibi iure dominij id possidere: Respondi: aditione hæreditatis, confusa quidem obligatio est. Videamus autem ne & pignus liberatum sit, sublata naturali obligatione. Atquin siue possidet creditor actor, idemque hæres rem, siue non possidet: videamus de effectu rei, etsi possidet, nulla actione à fideicommissario conueniri potest, neque pigneratitia, quoniam hęreditaria est actio: neque fideicommissum quasi minus restituerit, rectè petetur; quod eueniret, si nullum pignus intercessisset: possidet enim eam rem quasi creditor. Sed etsi fideicommissarius rem retineat, & hic Seruiana actio tenebit: verum est enim non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus, cùm amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio, pignoris nomine competit, & solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.*

Hic vides illa verba postrema: *Remanet ergo naturalis obligatio propter pignus.* Quæ significant propter alia obligationem esse confusam, sed remanere propter pignus: quod & superiora verba indicant, illa scilicet: *Respondi aditione hęreditatis obligatio quidem confusa est.* Confusione igitur tollitur personalis obligatio, non realis: & ratio est, vt inquit Iacobus Cuiacius ad Aphricanum Tract. 9 quia confusio personarum non mutat causam rerum. l. Cùm quis. § vlt. ff. de solutio. ibi: *Quamuis ex fideiussoria causa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit.*

Dices valdè iniquum videri, si hæres rogatus sit hæreditatem restituere, quod sibi debetur, deducere non possit, pręsertim verò si coactus adierit hęreditatem, vt in illa specie d. l. Debitor. Respondeo, iniquum non esse, quia primò inuentarium facere poterit, & actiones erũt saluæ: Secundò, quia si non coactus adijt hęreditatem, detrahere potest quartam partem ex Trebelliano. Tertiò quia cogi non poterit adire, nisi quidquid sua interest, & omne damnum & lucrum à fideicommissario satisciatur, vt in l. Apud Iulianum. ff. ad Trebell. & sic etiam id, quod sibi debetur, petere potest ex hęreditate deduci: Si ergo non petierit id deduci, sibi imputare debebit.

Ex hac autem conclusione nostra perspicuum est, rectè respondisse eos, qui dixerunt, deduci ab hęrede posse aduersus fideicommissarium, bona ipsi hęredi debita ex causa fideicommissi; Item bona dotalia siue dotes. Nã constat, bona ex fideicommisso debita vendicari posse eueniente conditione. l. pen §. Sin autem. C. commu de leg. & pro dote actio hypothecaria competit. l. Vn. C. de rei vx. act quare eiusmodi actiones tanquam reales, hæreditatis aditione non confunduntur.

Cæterùm actiones merè personales confunduntur, vt dictum est, nisi hęres coactus adire, cautione in id, quod interest, petita sibi prospexerit.

Huic conclusioni nõ obstant argumenta communioris sententiæ. Nam quod attinet ad d. l Debitor. iam responsum est, & satis clarè demonstratum, nisi fallor, eã lege, personalem obligationẽ confundi hęreditatis aditione, non autem realem.

Quod verò attinet ad l. In imponenda & ad l. Irritum. C. ad leg. Falcid. nihil aliud dicũt, nisi in ponenda ratione legis Falcidiæ, deductionem, & computationem fieri eius, quod defunctus hęredi debuit; & contrà: hoc ideo, quia

qtiia initur ratio omnium bononim, quę mortis tempore fuerant, perinde atque ſi ea bona, quę tunc fuerunt, nunc quoque eſſent, nec vlla confuſio ſuperueniſſet ex aditione hęreditatis. Mortis autem tempore fuit ęs alienum, vel nomina debitorum, quę propterea vel in bonis numerantur, vel ex eis deducuntur.

Ad tertium argumentum reſpondeo, hęredem non teneri fideicommiſſario vltra vires hęreditatis, id concedo; ſed non inde rectè infertur eum deducere poſſe id, quod ſibi debetur. Nam remedium habet, quo ſuę indemnitati proſpiciat, licet actio perſonalis confundatur, vel ex deductione Trebellianici quadrantis, vel ſi coactus adierit, vt curet ſibi ab ipſo fideicommiſſario caueri, quod nullum damnũ patiatur, iuxta Legem, Apud Iulianum. ff. ad Trebellian. & conſequenter, vt quod ſibi debetur, ſoluatur, aut deduci ex hęreditate permittatur.

Ad poſtremum argumentum reſpondeo, in fideicommiſſo non contineri hęredis grauati iura & bona; & ſic etiam nos dicimus, reales actiones & iura in rem non confundi: ſed confunduntur tamen perſonales actiones, niſi vel inuentarium ſit confectum, vel curet hęres ſe non aliter ad adeundam hęreditatem cogi, quàm ſi omne damnum & lucrum ſibi à fideicommiſſario refundatur.

CAPVT XXXIV.

Hæres, qui inuentarium non confecit, an in ſolidum teneatur, ad præſtandum legatum alimentorum?

ALimenta iudicis arbitrio taxanda & moderanda, vt ſecundùm perſonę dignitatem, & patrimonij quantitatem, regioniſque conſuetudinem ea decernat, & ex alijs cauſarum circumſtantijs, in confeſſo eſt apud omnes, vt per Menoch. de Arbitr. iudicum, caſu 169. Iam verò facti ſpecies hęc proponitur, Teſtator alimenta legauit, hęres inſtitutus inuentarium non confecit, legatarius ea petit ſibi pręſtari abſolutè ac in ſolidum: Hęres excipit facultates eſſe exiguas, & ſecundùm illarum modum eſſe pręſtanda, quęritur quid iuris. Reſpondet Baldus in l. Voluntatis. C. de fideicommiſſis. pręſtanda eſſe arbitrio iudicis ſecundùm quantitatem, & vires patrimonij & hęreditatis. Sequitur Aretinus in rubr. ff. de acquiren. hęred. columna tertia, verſic. Vnde Alexander ibidem in fine. Vitalis in tract. de Clauſulis, titu. Nil nouari inuentarij confectione pendente: numero 56. verſ. Quintus caſus.

Fundamentum eſt; quia hæc eſt legitima interpretatio legati alimentorum, ad quam teſtator reſpexiſſe intelligitur Nec inuentarij omiſſio obſtare poteſt; quia hæres inuentarium conficiens non tenetur ad plus præſtandũ, quàm legati qualitas expoſcat.

Cęterùm hęredem inuentarium non conficientem in ſolidum teneri ad alimenta legatario prę ſtãda, Iaſon exiſtimauit in l. vlt. §. Etſi pręfatam. in 4. limit. C. de iure deliber. Natta in conſilio 387. nume. 9. Cotta in Memorial. in verſ. Inuentarij confectio. Addẽtes ad Matheſilanum ſingul. 157. nu. 6. & alij, quos refert & ſequitur Rolandus à Valle de confectione inuẽtarij. in vltima parte. 8. Quid ſi teſtator.

Fundamentum eſt; quia hęres inuentarium non conficiens in ſolidum tenetur creditoribus & legatarijs, vt in d. §. Etſi pręfatam. & in Nouella de hęredibus & Falcid. §. Si verò non fecerit, quia pręſumitur ſubtraxiſſe res hęreditarias; Ergo in ſolidum pręſtare debet alimenta; quia hæreditas pręſumitur eſſe ſufficiens pro alimentis à teſtatore relictis.

Ego in poſteriorem hanc ſententiam facilè deſcen-

A derem, ſi verum eſſet illud, quod in argumento adfertur, nimirum hęredem inuentarium non conficientem pręſumi ſubtraxiſſe res hęreditarias; ſed vereor, vt verum ſit: Nemo enim pręſumitur delinquere. l. Meritò. ff. pro ſocio. Nec Iuſtinianus in d. Nouella. de hęred. & Falcid. hoc dixit, hęredem videlicet pręſumi aliquid ex rebus hęreditarijs ſubtraxiſſe, ſed dixit: *Ne per ea, quæ fortè ſubtraxerunt, inducere tentent Falcidiam.* Itaque, ſi hęres velit Falcidiam deducere eo nomine, quod legata dodrantem hęreditatis excedant, id vetat Imperator, hęredi exprobans culpam, cur non fecerit inuentarium? Poſſet enim fieri, vt hęres bona aliqua ſubtraheret; deinde diceret, bona non eſſe ſufficientia, nec remanere ſibi Falcidiam. Ad occurrendum huic fraudi nõ quidem à legumlatore pręſumptæ, ſed ne committatur, verenti ac timenti mandat inuentarium confici. Sicut exempli cauſa: Ne circa teſtamenta fraudes committantur, lex multa introduxit ſolennia, & numerum teſtium, & alia; non tamen
B rectè quis dixerit teſtamentum conditum non adhibitis tot ſolennibus, ſtatim falſum pręſumi. Nullum quidem erit, ſed non falſum ſtatim pręſumitur. Itaque hęres, qui inuentarium non confecit, in ſolidum quidem tenetur creditoribus & legatarijs, ſed non tenetur niſi ſecundùm legati qualitatem & naturam. Et ideo in propoſita ſpecie concludo priorem ſententiam probabiliorem videri. Et tantò magis, ſi hęres, qui non confecit inuentarium, paratus eſſet probare, non alia in bonis hæreditarijs relicta eſſe à teſtatore, quàm ea, quę ipſe fatetur & indicat: Tunc enim valdè iniquum eſſet illum condemnare in ſolidum ad pręſtanda legatario alimenta, non habita ratione rerum hęreditatis, quę verè conſtat fuiſſe tempore mortis teſtatoris, atque ita ſentio.

CAPVT XXXV.

C *Si filius patria poteſtate aliter, quàm per emancipationem liberetur, puta per dignitatem Epiſcopalem, vel Patritiatus honorem, vel per Matrimonium contractum, vbi ex conſuetudine, vel ſtatuto Ciuitatis liberatus eſſe intelligitur à patria poteſtate, an pater vſumfructum amittat bonorum aduentitiorum & maternorum.*



OMiſſo nunc inuentario hæredis, de quo ſat multa diximus, ad patremfamilias reuertamur. Filius liberatur patris poteſtate per Patritiatus honorem, vel Epiſcopalem dignitatem. §. Filiusfamil. in Inſtit. Quibus mod. ius patriæ poteſtat. ſol. Auth. Sed Epiſcopalis. C. de Epiſcop. aud. Multis etiam in Ciuitatibus conſuetudo, vel ſtatutum extat, per Matrimonium ab ipſo filiofamil. contractum patriam ſolui poteſtatem; Quæritur, an pater
D vſumfructũ amittat, quem habet in bonis aduentitijs & maternis, iuxta Legẽ primam, C. de bonis maternis. Lege Cum oportet. C. de bonis, quæ liberis. Videntur mihi pugnantes Doctorum ſententiæ. Nam multi dixerunt, patrem non amittere vſumfructum, licet filius patria poteſtate liberetur propter dignitatem, vel Epiſcopalem, vel Patritiatus honorem, vel aliam qualitatem, vt videre licet ex Aſcanio Clemente de patria poteſtate, capitulo 6. effectu 2. numero vigeſimotertio. Rurſus multi affirmarunt, patrem vſumfructum amittere, ſi filius patris poteſtate liberetur per Matrimonium contractum, vt intelligi poteſt ex Boerio deciſ. 197. numero 6. 7. & 8. Domino meo Cephalo in conſilio 423. nume. 54. libro tertio, Ioan. Schneideuu. ad titu. de patria poteſtate, numero quadrageſimoſeptimo, & ibi etiam VVeſembec. & de conſuetudine Luſitaniæ. Pinello ad l. 1. C. de bonis matern. in 1. parte, nu. 39.

Fundamentum prioris ſententiæ eſt in l. vltima. C. ad Tertyll.

Tertyl. & in l. 3. C. de vsufruct. quibus legibus probatur, cessante patria potestate per mortem filij, non cessare vsumfructum patri quæsitum: & ratio illa adsertur, quia cessante causa non cessat effectus, quando iam est consummatus & perfectus. l. vlt. ff. vnde liber. Bart. in l. 2. §. vlt. ff. de donat. Sed hic effectus est consummatus; quia patri ius quæsitum est, ergo licet cesset patria potestas, non debet amitti.

Istis non obstantibus posteriorem sententiam longè probabiliorem esse iudico, & moueor, quia id videtur esse legibus nostris consentaneum, & rationi quoque, vt filius sui iuris effectus integro iure bona sua obtineat, nec eorum vsufructu careat, cùm pro patrefamilias habeatur. Id probatur primò ex l. Cum oportet. §. Cum autem. C. de bonis, quæ lib. Ex qua lege ita argumentari licet: Si pater non amitteret vsumfructum iam acquisitũ filio eius potestate liberato, nulla ratio adferri posset, cur, si per emancipationem filius eius potestate liberetur, vsumfructum omnium bonorum pater non retineret: Neque enim minus iuris pater habet in bonis filij eum emancipando, quàm si aliter, quàm per emancipationem patria potestas tollatur: imò plus iuris habet, siquidem in præmium emancipationis dimidiam partem habet vsusfructus, vt in d. §. Cum autem. Cùm igitur per emancipationem factam pater vsumfructum non retineat, sed illam duntaxat dimidiam, quam in præmium habet emancipationis; inde argumentum sumi potest fortissimum, nullum vsumfructum patrem retinere soluta patria potestate aliter, quàm per emancipationem: tunc enim nullum præmium patri debetur, quia ipse nõ est causa, vt tollatur patria potestas, sed filius liberatur patris potestate legis beneficio.

Secundò, nam certum est vsumfructum patri deberi ratione patriæ potestatis. l. Cum oportet. C. de bonis, quæ liber. ibi: *Eorum vsusfructus apud patrem, vel auum, vel proauum, quorum in sacris sit constitutus, permaneat.* Et quod ad bona materna attinet, illud est certissimũ; quia dos materna ad filios spectat, tanquam hæredes matris. l. Vna. §. Illa procul dubio. C. de rei vxo. act. & ideo pater nihil iuris habere potest, nisi ex pactis nuptialibus, vt ibi dicitur, vel ex statutis lucrum dotis ipsi deferatur, alioqui ijs cessantibus nullum ius habet, nisi quoad vsumfructum, & id ratione patriæ potestatis: Est enim necesse, vt inde illud ius oriatur, cùm aliunde non possit oriri, & subrogatum est in locum plenæ acquisitionis, quæ olim patri deferebatur, bonorum filij, vt in §. Igitur liberi nostri. in Instit. Per quas personas nobis acquiritur.

Denique, si pater vsumfructum retineret in bonis filij, quia iam sui iuris effectus est, non liceret filio ea bona obligare, vel alienare sine patris consensu. argum. l. vlt. §. Filijs autem familias. C. de bonis, quæ lib. Quod tamen est absurdum, cùm filius sit dominus, & sui iuris iam effectus, & pro patrefam. habeatur, & contrahentes quodammodo deciperentur, qui nullum patris consensum exigerent.

Non obstant argumenta contrariæ sententiæ. Nam quod ad l. vlt. C. ad Tertyll. attinet, & similes, quibus dicitur, mortuo filio patrem nihilominus retinere vsumfructum, respondeo, illam facti speciem longè differre ab hac nostra, quãdo scilicet filius viuit, & sui iuris effectus est: tunc enim rationi conuenit, vt ipse sua bona possideat, & eis vtatur, ac fruatur, non pater, ex cuius sacris solutus iam est. At cùm mortuus est filius, tunc nihil obstare potest patri superuiuenti, quo minus vsumfructum bonorum filij aduentitiorum retineat in dies vitæ suæ.

Quod verò dicebatur, cessante causa non cessare effectum, qui iam consummatus & perfectus est, vt maximè verum sit, (est autem generale brocardicum) non potest ad speciem hãc nostram accommodari; quoniam, si locum in quæstione nostra haberet, sequeretur patrem vsumfructum acquisitum ex patria potestate non amittere, licet filium emanciparet: quia videlicet effectus acquisitionis erat iam perfectus, & consummatus, quod tamen est falsum, & contra l. Cum oportet. §. Cum autem. C. de bonis, quæ lib. vbi datur tantùm patri dimidia in præmium emancipationis ipsius vsusfructus.

CAPVT XXXVI.

Hæreditatis diuisio, an peti possit post longissimum tempus.



Cohæredes in communione manserunt triginta annis, postea vnus alterum ad diuisionem prouocat hæreditatis, vtrum sit audiendus? Negauit semper Accursius existimans longissimi huius temporis spatio actionem familiæ herciscundæ tolli in l. 1. §. Nemo. in verb. Communi diuidundo. C. de annali except. & in l. 1. vers. Cohæredibus. ff. Famil. hercisc. & alibi, Accursium secuti sunt Iacobus Butrig. Baldus & Angelus in dicto §. Nemo. & alij nonnulli ex antiquioribus, quos commemorat Iason in §. Quædam. num. 28. in Institut. de action.

Fundamentum verò est in d. §. Nemo. vbi Imperator ita dicit: *Nemo itaque audeat, neque actionem familiæ herciscundæ, neque communi diuidendo, neque finium regundorum, neque pro socio, neque furti, neque vi bonorum raptorum, neque alterius cuiuscunque personalis actionis vitam longiorem esse XXX. annis interpretari.*

Nec obstat, si dicatur, neminem inuitum in communione retineri posse. l. vlt. C. Commun. diui. Item, si conueniat, ne omnino à diuisione discedatur, huiusmodi pactum nullas vires habere. l. In hoc iudicium. §. Si conueniat. ff. Commun. diuid. Ergo, nec vires habere temporis præscriptionem; quia respondetur in aliquibus casibus esse constitutum, vt quis inuitus in communione retineatur, vt in l. vlt. ff. de alien. iud. mutan. causa fact. & in l. Pupillorum. ff. de rebus eorum, qui sub tuto. Et consequenter idem & in proposito casu constituendum videtur propter longissimum tempus. Et licet illud pactum non valeat, non tamen sequitur præscriptionem non valere.

Cæterùm affirmarunt diuisionem peti posse, non obstante longissimi temporis lapsu in specie facti supra dicta, magis communiter Doctores, quos sequor; Bartolus in dicto §. Nemo. & ibidem Cynus. Baldus sibi non constans in l. vlt. C. fin. regund. Iason alios adducens in d. §. Quædam. num. 31. in Instit. de actio. & ibidem Zasius nu. 10. Quorum fundamentum est in d. l. vlt. C. Commun. diuid. vbi nemo inuitus cogitur in communione permanere.

Ad textum in d. l. 1. §. Nemo. C. de annali except. respondent familiæ herciscundæ actionem vitam longiorem XXX. annis non habere, *Ex quo ab initio competit, & semel nata est*, vt inquit ibi Imperator. Sed actio ista non oritur, nisi ex voluntate cohæredum, qui videlicet diuidere volunt hæreditatem; & ex eo tempore com petit, quo alter alterum ad diuisionem prouocauit. Verùm donec communiter, ac pro indiuiso bona possidẽt, non oritur actio ista; quare nec lapsus triginta annorum ex eo tempore, quo in cõmunione cohæredes bona possident, inducere potest præscriptionem, & actionem extinguere: sed requiritur lapsus triginta annorum ex eo tempore, quo cohæredum alter diuidere voluit, & alterum ad diuisionem prouocauit.

Hanc responsionem Accursius non ignorauit, & ideo semper eam confutauit, dicens; Actionem famil. hercisc. oriri ex quasi contractu, vt in §. Item si inter aliquos. in Instit. de oblig. quæ ex quasi contr. non autem ex voluntate hæredum.

Et reuera non est bona responsio. Nam Familiæ hercifcundæ actio oritur ea legibus XII. tabularum. Namque cohæredibus volentibus à communione discedere, necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hæreditariæ distribuerentur. l. 1. ff. Familiæ herciscundæ. Et sine dubio competit ea eo tempore, quo hæreditas est adita. Nam hæc actio est mixta in rem & in personam, vt in §. Quædam in Institut. de actio. In rē dicitur, respectu portionis hæreditatis, quæ ad ipsum cohæredem pertinet: quia cohæres vendicat dominium rei suæ, scilicet hæreditatis portionem ad se pertinentem. In personam autem dicitur, respectu portionis alterius cohæredis. Etenim in diuisione facienda hæreditatis, necesse est alteri cohæredum attribui pro diuiso, quod alterius cohæredis erat pro indiuiso; quod tamen vicissim debitum esse dicitur cohæredibus, & ideo inde oritur actio in personam, & etiam ex personalibus præstationibus, vt in l. Item Labeo 25. §. Familiæ. ff. Famil. hercisc. ibi: *Constat ex duobus, id est, rebus & præstationibus, quæ sunt personales actiones.*

Ad argumentum igitur, quod sumitur ex d. §. Nemo, respondetur, illum textum ita esse accipiendum, vt actio Familiæ hercisc. non habeat longiorem vitam XXX. annis, quando scilicet cohæres, cui illa competit, non est in possessione bonorū pro indiuiso, sed aduersarius eius, scilicet cohæres, omnia bona possidet hæreditatis: tunc enim post elapsos XXX. annos excluditur talis cohæres, qui tanto tempore non prouocauit ad diuisionem, nec suam hæreditatis portionem vendicauit. Exemplum: Titius & Caius cohæredes existunt Sempronij defuncti. Titius solus hæreditatem totam possidet, Caius id patitur, nec interpellat eum prouocando ad diuisionem; labitur tempus longissimum XXX. annorum: Postea ad diuisionem illum prouocat. Non potest, quia actio Familiæ herciscundæ ex longissimi tēporis lapsu sublata est, quare meritò excluditur. Hæc est sententia d. §. Nemo.

Et ratio est manifesta; quia sine possessione non procedit vsucapio. c. Sine possessione. de reg. iur. lib. 6. Ergo, si Titius non possideat vniuersa bona hæreditaria, non poterit ea vsucapere, seu præscribere longissimo tempore. Et hoc est illud, in quo lapsus est Accursius memoria, nā cùm videret personales actiones tolli spatio XXX. annorum, & actionem Familiæ herciscundæ personalem esse, non est recordatus etiam realem esse: & licet actio in rem tollatur præscriptione longissimi temporis, non tamen in proposita facti specie tolli posse; quandoquidem ambo cohæredes præsupponuntur in communione mansisse, & ideo ambo possedisse pro indiuiso res hæreditarias: consequenter locum esse non posse præscriptioni in fauorem eius, qui non possidet, & in præiudicium eius qui possidet, & ideo necesse non habet bona vendicare: nec si maneat in communione, & pro indiuiso possideat, dici potest negligens; ideo enim petit, quia & ipse suam habet portionem. Non petit autem diuisionem, quia libenter in communione manet, sciens quandocunque voluerit, sibi licere alterum cohæredem ad diuisionem prouocare, iuxta l. vlt. C. commu. diui.

CAPVT XXXVII.

Tractatur controuersia inter Legistas & Canonistas circa diuisionem hæreditatis, an illa sic instituenda sit, vt maior diuidat ex fratribus & minor eligat?



Canonistæ docent, ita hæreditatis diuisionem inter fratres exequendam esse, vt maior diuidat, minor eligat. authoritate text. in c. 1. de Parochijs. in illis verbis: *Ita vt ille diuidat, qui amplius temporis in Episcopatu habet, & minor eligat.* Item testimonio S. Augustini de ciuitate Dei, lib. 16. cap. 20. ita dicentis: *Hinc fortassis effecta est inter homines pacifica consuetudo, vt quando terrenorum*

A *aliquid partiendum est, maior diuidat, minor eligat.* Locutus est autem ibi S. Augustinus de diuisione Loth & Abrahæ fratrum, & verba Abrahæ, qui erat senior, recensuit, dicentis ad Loth: *Si tu in sinistram, ego in dexteram: vel si tu in dexteram, ego in sinistram.* quod quidem testimonium S. Doctoris munitum authoritate veteris, vel noui Testamenti, Canonistæ dicunt præferendum esse cuicunque constitutioni, vt per Glos. in cap. De libellis. 20. distinct. & habetur apud Gratianum 36. quæstione 2. cap. Placuit.

Legistæ contrà iudicis, siue arbitri officio diuisionis hæreditatis negocium committunt; & quod ab eo definiri non facilè potest, forte diuinendum censent. l. 4. & 5. 6. l. In hoc iudicio. ff. Famil. hercisc. §. Si familiæ. in Instit. de off. iud. & argum. l. Si duobus. C. commu. de leg.

Vide Hostiensem, Ioan. Andr. & Butr. in d. cap. 1. de parochijs. Iasonem in l. 1. nume. 39. ff. Si cert. petat. & in §. Quædam. numero 62. Andream Geyll. lib. 2. obseruat. B 116. numero 14. vbi dicit, Consuetudine Germaniæ in Camera Imperiali approbata receptum esse, vt senior fratrum diuisionem pro suo arbitrio bona fide, & ex æquo faciat, & minor natu eligendi prærogatiuam habeat. Aliquid etiam per Cuiacium ad l. 2. C. quando & quib. quarta pars. lib. 10.

Ego consuetudinem, vbi illa viget, seruandam esse nō dubito: Iure autem si agatur, Canonistarum sententiam præferēdam censeo in foro Ecclesiastico, & Summi Pontificis ditione temporali, Legistarum in foro Cæsaris. Neque enim Canones hac in re vlli extant, qui leges abrogent. Nec exemplum Abrahæ & Loth generale continet præceptum, cui necessariò parendum sit; sed ex eo orta est consuetudo illa laudabilis, vt frater maior diuidat, minor autem eligat, sicut S. Augustinus loquitur: non autē dicit præceptum datum esse generaliter, vt ita fiat ab omnibus, & frater minor illam habeat prærogatiuam.

C

CAPVT XXXVIII.

Hæreditas, si delata sit filio alicuius furiosi, an possit absque consensu patris adiri, vt nullum inde emolumentum patri acquiratur?



SI hæreditas delata sit filiofamilias, cuius pater sit furiosus, vtrum possit adiri à solo filio, ita vt non acquiratur patri emolumentum, non vulgaris est controuersia. Negantem sententiam amplexi sunt Bartolus & Castrensis in l. Cùm hæres. ff. de acquiren. hæred. & ibidem Angelus, Imola, Romanus & Aretinus, Iason in l. Qui in aliena §. Interdum. numero 13. ff. eod. Crauetta ad l. Cùm filio. in 2. parte. numero 13. de leg. 1. Sed contrarium docuerunt Cumanus in d. l. Cùm hæres. ad finē. Socinus in l. Cùm filio. numero 14. Vers. Vel fortè melius. de leg. 1. & Pinellus ad l. 1. C. de bonis maternis in D 1. part. nume. 62.

Prioris sententiæ fundamētum est in d. l. Cùm hæres. Martianus: *Cum hæres institutus erat filius, & habebat patrem furiosum, in cuius erat potestate: interponere se suam beneuolentiam diuus Pius rescripsit, vt si filiusfam. adierit, perinde habeatur, ac si paterfam. adisset. Permisit itaque ei, & seruos hæreditatis manumittere.*

Posterioris argumenta sunt ista. Primum ex l. Antistius 62. §. vlt. ff. de acquiren. hæred. Iabolenus: *Furiosus acquirere sibi commodum hæreditatis ex testamento non potest, nisi si necessarius patri aut domino hæres existat: per alium autem acquiri ei potest, veluti per seruum, vel eum, quem in potestate habet.*

Secundum est ex l. Patre furioso ff. de his, qui sui, vel alieni iuris sunt, vbi dicitur patriam potestatem manere, licet pater sit furiosus. Ex quo sequitur effectum etiam manere ipsius patriæ potestatis, vt per filium patri etiam furioso acquiratur.

Tertium

A Tertium est ex l.vlt. §. Quæri potest. ff. Quis ordo in bonor.possess.ser. vbi probatur filiofam. non acquiri bonorum possessionem, nisi pater approbauerit, & textus loquitur de patre furente, ibi: *Patre sua absente, &c. Vel etiã furente.* Et rursus, ibi: *Tamen non antè acquireretur, quàm pater comprobasset?*

Nec id repugnat (vt obiter id addam) l.Cùm hæres. ff. de acquiren.hæred. quia ibi acquiritur hæreditas, adirique potest ex gratia Principis, non ex mero iure, vt patet ex illis verbis: *Interponere se suam beneuolentiam diuus Pius rescripsit, &c.*

Alia quædam argumenta Pinellus adfert, quæ non videntur mihi vrgere: nã quod affert ex l.penul. ff. de Curatore furioso, non est solidum, quia illa lex non dicit id, quod Pinellus testatur, vt quilibet ex ea facilè cognoscet.

Respondet Bartolus distinguendo; vtrum filius adeat spontè hæreditatẽ, an verò iussu Curatoris patris furiosi. B Priore casu dicit sibi acquirere ex d.l.Cùm hæres. Posteriori acquirere patri ex d.l.Antistius. Addit Paulus Castrensis rationem, nimirum hæreditatem commoda, & etiam onera continere; & ideo æquum non esse, vt pater ignorans oneribus hæreditarijs, propter filij aditionem, sit obstrictus.

Ego puto vnà cum Pinello, non eam esse sententiam d.l.Cùm hæres, vt filiofam. adeunti hæreditatem acquiratur emolumentum, & non patri, in cuius potestate est, licet furiosus sit. Primò, quia hoc illa lex non dicit, quod tamen dicere debuisset, si ea erat mens; quoniam iurisconsultus nouerat filium in patris potestate esse, licet furiosi. Item sciebat effectum acquisitionis, quem producit patria potestas, & ideo casus ille verbis claris & disertis excipiendus erat à regula generali, quod tamen factum non est. Secundò, quia textus mentionem facit gratiæ diui Pij concedentis filiofam. vt adire possit hæreditatem, & perinde habeatur, ac si pater adiuisset: non censetur C autem id concessisse in præiudicium patris, cui hęreditas acquirebatur: neque enim solet Princeps aliquid vni largiendo, alteri præiudicare. l.2. §. Merito. ff. pro socio. Tertiò, quia textus dicit Imperatorem filiofam. permisisse, vt seruos hæreditatis manumitteret. Certè nõ erat opus ea permissione, (quod ante me Pinellus notauit) si filius, dominus esset hæreditatis. Quartò, quia hæc interpretatio repugnat d.l.Antistius. §. vlt. vbi patet, patri furioso commodum hæreditatis quæri per filiũ. Et parum probabilis est illa explicatio, vt intelligatur, quando filius cum consensu curatoris patris furiosi adiuit; non autem, quando spontè filius adiuit ex Principis gratia, cuius fit mentio in d.l.Cùm hæres. Nam verba d. §. vlt. optimè cõueniunt, & aptari commodè possunt vtrique casui, cùm videlicet etiam spontè filius adiuit. Postremò, quia ratio Pauli Castrensis existimantis non esse iustum, vt onera hæreditaria transeant in patrem furiosum & ignorantẽ, non habet multum ponderis: quoniam hęc disputatio, D qua de agitur, tunc solùm incidere potest, cùm curator patris furiosi vult agnoscere hæreditatẽ & eius onera subire; si enim nolit, & filio adeunti relinquat hęreditatis commoda & incommoda, cessabit omnis dubitatio. Filio enim tũc soli adeunti hęreditatem Principis permissu totum acquiretur emolumentum ex hac repudiatione, pręsertim nouissimo iure. l. vlt. C. de bonis. quę lib. Cùm itaque fundamentum d.l.Cùm hęres. super quo sententia primo loco relata nititur, non sit satis firmum, non vereor posteriorem sententiam longè probabiliorem esse affirmare, eamque priori anteponere.

CAPVT XXXIX.

Quomodo sit accipiendum, quod dicitur in l. vlt. §. Vbi autem in vnum. C. de bonis, quæ liber. videlicet patrem legitimum administratorem bonorum filij aduentitiorum, mouere & excipere actiones posse adhibito filij consensu.



IMperator Iustitianus ita statuit: *Vbi autem voluntas eorum* (scilicet patris & filij) *in vnum concurrit: & pater vsumfructum, & filius habeat proprietatem, & in agentibus & fugientibus pater quidem suscipiat actiones & moueat, cuiuscunque ætatis filius inueniatur: Adhibeatur autem filiorum consensus, nisi adhuc in prima ętate sunt, &c.* in l.vlt. §. Vbi autem C.de bonis.quę liber.

B Controuersia est autem, quomodo illud sit accipiendum, quod de consensu filij adhibendo pręcipitur. Et ratio dubitationis oritur, ex l.1. C.de bonis matern. vbi Cõstantinus nulla mentione facta consensus filij ita constituit: *Parentes autem, penes quos maternarum rerum vtendi fruendique tantum potestas est, omnem debent tuendę rei diligentiam adhibere: & quod iure filijs debetur, in examine per se, vel per procuratorem poscere; & sumptus ex fructibus impigre facere, & litem inferentibus resistere, atque ita omnia agere, tanquam eis integrum perfectumque dominium acquisitum fuisset, &c.*

Hic nullum verbum, quod filij consensus adhibendus sit à patre; vt meritò dubitetur, cur eiusmodi consensus à Iustiniano requiratur in d.l.vlt. §. Vbi autem.

Controuersia est, dixi, quomodo id accipiendum sit: Et prima est sententia Bartoli in d. §. Vbi autem. consensum filij in constituendo procuratore non requiri: quia dum filius cõsensit patri in aditione hęreditatis, videtur C etiam tacitè consentire, vt procuratorem constituat.

Hęc sententia refellitur ex verbis dicti §. Vbi autem. Nam Iustinianus ibi loquitur de filio & patre in vnã voluntatem concurrẽtibus circa aditionem hęreditatis, & tamen requirit filij consensum, dicens: *Adhibeatur autem filiorum consensus, &c.* Ex quo patet nõ sufficere consensum pręstitum circa aditionem hęreditatis.

Secunda est sententia Angeli in l.vlt §. Pupillus. ff. de verb.oblig. patrem absque consensu filij constituere posse procuratorem, argum. l.1. C.de bonis mater. nisi de nuda proprietate lis instituenda sit: tunc enim etiam filij consensus erit adhibendus; & ita accipiendum, quod habetur in d. §. Vbi autem.

Sed huic sententię repugnant verba d. §. Vbi autem. quibus exigitur filij consensus nulla distinctione adhibita inter proprietatem & vsumfructum.

Tertia est sententia, distinguendum esse inter procu- D ratoris cõstitutionem, & alios actus iudiciales. Pater itaque procuratorem absque consensu filij constituere potest, vt in d.l.1. C.de bonis mater. vbi nullum verbum de consensu filij adhibendo: sed actiones mouere & suscipere non poterit, nisi filij consensus interueniat. Ita Baldus & Castrẽsis in d.l.Vlt. §. Vbi autem. C.de bonis quę liberis. qui textus non loquitur de procuratore, sed de actionibus mouendis vel suscipiendis. Eandem sententiam secutus est Pinellus alijs adductis in l.1. C.de bonis mater. in 2. part. sub nu.66.

Sed obstat, quod etiam in l.1. C.de bonis matern textus loquitur de actionibus mouendis, & excipiẽdis à patre, vt patet ibi: *In examine per se vel per procuratorem poscere.* Et rursus ibi: *Et litem inferentibus resistere.* Et tamẽ nulla fit mentio consensus filij in hoc adhibendi. Rursus obstat quod hęc distinctio inter procuratorem, & alios actus iudiciales, rationẽ nõ habet diuersitatis, cur potius in vno, quàm in altero casu filij cõsensus adhibendus sit. Et quod Pinellus dicit maius esse periculum in agendo

vel defendendo, quàm in procuratore conſtituendo, nihil mouet: quia hæc ſunt paria, agere per ſe, vel per procuratorem, & ideo in procuratore conſtituendo idem periculum verſatur; imò aliquando maius tam propter mandati formam, quàm etiam propter ipſam perſonam procuratoris, vt ſit idoneus & non ſuſpectus. A

Poſtrema eſt ſententia, vt mihi videtur, vera & communior; textum in l. 1. C. de bonis mater. declarandum & ſupplendum ex l. Vlt. §. Vbi autem. C. de bonis. quæ lib. nempe patrem agere poſſe, & defendere, & procuratorem conſtituere, vt in d. l. 1. Sed tamen adhibito conſenſu filij, vt in d. §. Vbi autem. Hæc ſanè interpretatio nullam habet difficultatem, quia non eſt nouum, vt vna lex per aliam declaretur, ſuppleatur & interpretetur. Ita docuerunt Innocentius in cap. Accedens. de procurat. Imola & Aretin. in l. vltima §. Pupillus. ff. de verborum oblig. Angelus in § Actiones numero 4. in Inſtit. de act. Romanus in conſilio 241. numero 10. Capella Tholoſana deciſ. 105. Et hanc eſſe magis receptam Legiſtarum & Canoniſtarum ſententiam, alijs adductis authoritatibus, fatetur Pinellus loco proximè citato. Quamobrem & ipſe eam ſequor. B

CAPVT XL.

Poſſitne paterfam. abſque Prætoris decreto, res à luentitias filij, ob æs alienum diſtrahere?

Scribit Salicenus in l. Præſes. C. de Tranſact. patrem legitimum adminiſtratorem bonorum aduentitiorum filij alienare non poſſe abſque decreto Prætoris bona immobilia, etiam cauſa æris alieni ſoluendi, argumento ſumpto ex legibus, quibus idem in patre tutore filij conſtitutum eſt l. 3. C. de Prædijs minor. l. Si pupillorum §. Si pater. ff. de rebus eorum, qui ſub tut. vel cur. ſunt. Eandem ſententiam tuetur ibi Iaſon. numero quinto, & pro eius confirmatione præter alia perpendit verbum ritè, in l. vltima, §. Sin autem æs alienum. C. de bonis quæ liber. & adfert iuris regulam, quæ colligitur ex l. Si quando. C. de inoff. teſtamen. quoties licentia conceditur aliquid faciendi, intelligi debet adhibita iuris ſolennitate: Et ideo patri licentia conceſſa alienãdi bona filij aduentitia propter æs alienum, ita debet intelligi, vt iudicis decretum interueniat. In eandem ſententiam propendet Curtius iunior ibidem numero decimoquinto, & eam ſecutus eſt Crotus in l. Frater à fratre numero tertio, ff. de cond. indeb. Caſſaneus in Conſuet. Burgundiæ, Rub. 6. §. 5. numero 14. C

Sed hæc ſententia facilè refelli poteſt perpenſo textu d. l. vlt. §. Sin autem æs alienum. C. de bonis quæ lib. Cuius verba hæc ſunt: *Sin autem æs alienum ex defuncti perſona deſcendit: Cùm etiam apud veteres hæc eſſe ſubſtantia intelligatur, quæ poſt detractum æs alienum ſuperfuerit: habeat pater licentiam ex rebus hæreditariis, primùm quidem mobilibus, ſin autem non ſufficiunt, ex immobilibus, ſufficientem partem nomine filij venundare, vt illico reddatur æs alienum, & non vſurarum onere pragrauetur.* D

Hic ego perpendo tria. Primùm licentiam expreſsè ab Imperatore conceſſam patri hoc in caſu alienandi bona filij, non igitur decreto Prætoris opus habet; quid enim eſt aliud Prætoris decretum, quàm permiſſio alienandi? l. 5. § Non paſſim. ff. de reb. cor.

Deinde hoc perpendo; licentiam ab Imperatore datam alienandi, cauſa addita, *ne vſurarum nomine pragrauetur*, & modo ſine ordine etiã adiecto, circa alienationem iſtam, nempe *ex mobilibus primùm, ſin autem non ſufficiunt, ex immobilibus*. In his autẽ potiſſimùm verſatur Prætoris diligentia & officium, vt ſcilicet excutiat, an aliunde poſſit æs alienum ſolui, quàm ex immobilibus. Quare fruſtrà in hac re Prætoris decretũ deſideratur, cũ in ea agendi modum & formã Imperator deſignauerit.

Tertiò, animaduerto nullam fieri mentionem decreti iudicis ſeu Prætoris in hac alienandi licentia ab Imperatore data: & ſanè non immeritò. Nam lex confidit multum de patris prudẽtia, hoc in caſu potiſſimùm, quoniam ipſius patris intereſt, vt res filij tam mobiles quàm immobiles conſeruentur, & ſi fieri poſſit non alienentur; quia & ipſe pater in his habet vſumfructum, quamobrem non dubitat lex, quin alienatio à patre facta in vtilitatem filiorum ceſſura ſit.

Contrariam itaque ſententiam, decretum ſcilicet non requiri, probabiliorem eſſe iudico, quam amplexus fuit Azo, & receptiſſimam eſſe Pinellus teſtatur allatis authoritatibus in l. 1. C. de bonis matern. in 3. par. nu. 21.

Non obſtant argumenta contrariæ ſententiæ. Nam quod attinet ad primum, illud locum habet in patre tutore filij emancipati: nos autem loquimur de patre legitimo adminiſtratore bonorum filij, qui plus iuris habet; habet enim vſumfructum, & alienandi poteſtatem à lege propter æs alienum ſimpliciter, & abſolutè ſecundùm formam legis, nulla mentione facta decreti adhibendi, vt dictum.

Ad ſecundum reſpondeo, ſolennitatem hoc in caſu aliam non requiri, quàm à lege poſitam, vt ſcilicet cauſa ſubſit æris alieni diſſoluendi. Item vt primùm ex mobilibus, &c. vt in d. §. Sin autem æs alienum.

Ad tertium ex verbo, *ritè*, reſpondeo, non eſſe in textu: quod ſi in aliquibus exemplaribus habeatur, ſignificat ordinem ſeruandum à patre in ipſa alienatione fienda, nimirum, vt primùm mobilia diſtrahantur, tum immobilia; non autem ſignificat iudicis decretum: quia hoc in caſu nec à lege requiritur, nec neceſſarium videtur.

CAPVT XLI.

Ad l. lege obuenire 130 ff de verb ſign. & l. 3. § De illo. ff pro ſocio.

Vlpianus. Lege obuenire hæreditatem non impropriè quis dixerit, & eam, quæ ex teſtamento defertur: quia lege 12. tabularum teſtamentariæ hæreditates confirmantur.

Paulus *De illo quæritur, ſi ita ſocietas coita ſit, vt ſi quæ iuſta hæreditas alterutri obuenerit, communis ſit, quæ ſit iuſta hæreditas? vtrum quæ iure legitimo obuenit, an etiam quæ ex teſtamento; & probabilius eſt ad legitimam hæreditatem tantum non pertinere.*

Iam controuerſia oritur, quomodo hæc reſponſa accipienda ſint. Nam ſi non impropriè legitima hæreditas dicitur apud Vlpianum, quæ ex teſtamento defertur, ergo & apud Paulum reſpondendum videbatur etiam hæreditatem ex teſtamento delatam in ea ſpecie contineri. Variæ ac diuerſæ ſunt interpretum ſententiæ, quas hic ordine recenſebo, tum eligam, quæ mihi probabilior videbitur.

Prima eſt ſententia Iaſonis in l. Vn num. 8 C. quando non peten. part. diſtinguendum, vtrum à lege, vel ab homine proferantur hæc verba: Si à lege, tunc etiam teſtamentaria hæreditas intelligitur; ſi verò ab homine, tunc intelligitur ea, quæ ab inteſtato defertur.

Refellitur à multis hæc interpretatio, quia nec ratione affert vllam diuerſitatis inter verba hominis, & verba legis: & quia non eſt ſatis rationi conſentanea, cùm verba hominis accipienda ſint ſecundùm interpretationem legis.

Secunda eſt ſententia communior cæteris, Vlpianum loqui ſecũdum latiorem ſignificationem verbi: Paulum verò ſecundùm ſtrictam & propriam. Ita omnium primus docuit Accurſ. in l. Legitimum 8. ff. de petit. hæred. Decius & Cagnol. ad d. l. Vn. C quando non peten. part. latè Bellonus lib. 3. Supputationum iuris, cap. 7. & Pinellus ad l. 2. nu. 7. C. de bonis matern.

Huic ſententiæ obſtare videntur illa verba Vlpiani: *Lege obuenire hæreditatem non impropriè quis dixerit, & eam*

& eam quæ ex testamento defertur. Et ideo Alciatus semper communem hanc sententiam impugnauit, arbitratus tam quæ ex testamento, quàm quæ ab intestato defertur, hæreditatem legitimam propriè dici, vt latè prosequitur lib. 4. Paradoxorum, cap. 7. & in commentarijs d. l. lege obuenire.

Tertia igitur est sententia ipsius Alciati locis annotatis, legitimam quidem hęreditatem vocari, tam eam, quę ex testamento, quàm quæ ab intestato defertur: sed iustã hæreditatem eam appellari, quæ ab intestato defertur: Et de ea Paulus locutus est, non autem de legitima: *Igitur sciendum est*, inquit, *iustum non simpliciter dici, quod à iure prouenit: sicut quod à lege legitimum: sed eò amplius dictio hac eam habet emphasim, vt illud significet, quod omni ex parte perfectum est, & cui ad rem, de qua agitur, nihil deest.* Et infrà: *Itaque vt ad rem redeamus*, inquit, *iustam hæreditatem iuris author definiuit, quæ ab intestato capitur: quoniam ea non ex lege solùm, sed & naturali ratione ex bono & æquo debetur.*

Sed Alciatum refellunt locis suprà annotatis Pinellus & Bellonus eo argumento, quòd frequentius in iure iustum accipiatur pro legitimo, veluti iusta ætas, id est, legitima. l. Cum filio. in fine. de leg. 3. Iusta possessio pro ciuili. l. Quod seruus. ff. de acq. posses. Iustus filius pro legitimo, siue adopt. l. 2. ff. de adopt. Imò & iusta vxor dicitur, quæ solo rescripto Principis vxor fit. l. Si senatori. ff. de ritu nupt.

Ego ex pręmissis sententijs secundam ordine relatam communiorem, vt dixi, eligo, & pro eius confirmatione, adfero primùm Cuiacium nouissimè ad lib. 32. Pauli ad Edictum, vbi tractans locum illum, l. 3. § De illo, scribit: *Ergo vt legitimæ, ita iustę hęreditatis nomine significatur tantum ea quę obuenit ab intestato, non quę ex testamento, quamuis etiam ea sit legitima: sed legitima propriè ea dicitur, quę ex sola lege defertur, sine testamento, sine voluntate defuncti; iusta quę ex solo iure defertur.*

Secundò adsero Fornerium in commentarijs d. l. lege obuenire. ff. de verb. sign. qui præclarè hanc sententiã confirmat. Et totam hanc rem eleganter explicat. Eius verba hæc sunt: *Etenim si verum amamus, ea demum legitima dicetur hęreditas, quę à lege 12. tabularum, Edictis S. C. vel qua alia iuris parte ab intestato defertur, l. 3. §. De illo. pro socio. l. penult. de statu hom. §. Cęterum si. de legitim. agnat. success. l. 11. Is autem. de iure patron. l. 11. Capitis. de suis & legitim. hęred. l. 1. l. 2 ad S. C. Tertyl. l 6. quia l. seq. Si quis omissa causa testam. l. 8. legitima. de petitio. hęred. l. 26. si cum. de neg. gestis. l 47. si pater de fideicom. libert. l. 10. Pater. de capt. l. 3. de interd. & releg. Vnde fit vt testamẽtaria ac legitima hęreditas inuicem, sicut hęres legitimus ac testamentarius, perpetuò opponantur. d. §. De illo l. 14. Cõtrouersia. de Trãsact. l. penult de except. rei iud. l. 82. si quis omissa cau. l. 9. Proponebatur. de Castrẽsi peculio. l 77: Cum pater. §. Filius. de leg. 2. l. 29. statu liberi. de statu lib l. 12. si quis. §. Funus. de relig. Non secus ac testamentaria tutela legitimę ex aduerso respõdet, vt quamdiu illa speratur, hęc cesset: legitimos tutores nemo dat: sed lex 12. tabularum legitimos tutores facit. l. 21. si quis sub. l. 27. Idem. de testam. tut. l. 1. l. 5. l. seq. de leg. tuto. Testamẽtarius igitur hęres minùs propriè legitimus l. 15. Nam si l. seq. de inoff. testam. imò non legitimus perspicuè vocatur. l. 24. Generaliter. de fideic. libert. Veruntamen propter confirmationem legis, non adeò impropriè lege obuenire videtur & ea, quæ testamento defertur hęreditas* Hactenus Fornerius qui paulò ante illa verba enarrans d. l. lege obuenire: nempe *non impropriè. Vt inter velle & nolle*, inquit, *medium, & interiectum est non nolle; sic & inter propriè & impropriè est non impropriè.*

CAPVT XLII.

Ad interpretationem l. 3. C. de bonis maternis.



Controuersia est circa l. 3. C. de bonis maternis: interpretationẽ; an pater virilem vsusfructus portionem consequatur, tanquam vxoris hæres, & quasi vxori suæ succedat; an verò per ipsos liberos, quos emancipauit. Nam Baldus, Salicetus & Corneus dixerunt per liberos eam portionem acquiri. Sed Io. Faber, Cyn. Fulgos. & Castrens. virum in ea portione vxori succedere contendunt, & ante eos Accurs. in verbo Præscripta, dicens, *nota casum in quo vir succedit vxori in aliquo.*

Posteriorem hanc sententiam secutus est Pinellus in commentarijs d. l. 3. eo potissimùm argumẽto, quod auo paterno competit hæc portio cum nepotibus ex filio emancipato natis post emancipationem; & sic quos auus in potestate non habuit, nec in eos beneficium contulit: Item, quia datur etiam eadem portio auo materno cum nepotibus, quos nec habuit, nec habere potuit sub potestate; & sic patet auum hæredum, maritumque defunctę succedere ex beneficio legis, non autem per nepotes id acquirere, cùm eos nunquam habuerit in potestate, deficiatque illud necessarium potestatis fundamẽtum, quo parenti per liberos acquiri solet.

Sed priorem sentẽtiam ego puto esse probabiliorem, & sic existimo, si bona obueniant filio iam emancipato materna, patri concedi virilem portionem vsusfructus, non tanquam in hac parte hæredi vxoris suæ, sed munus capienti à lege oblatum reuerentiæ patris manumissoris, vt verbis vtar Cuiacij in paratitlis illius tituli.

Non obstat argumentum Pinelli, quia notanda sunt verba textus: *Nam licet hoc nouum*, inquit, *præsens lex constituat in nepotes; non tamen abs re est, vt in hoc casu deteriores esse nepotibus filij non sinantur.* His enim verbis indicat textus in nepotibus, & alijs ad quos extenditur legis constitutio, non habere locum rationem huius beneficij; quia propter emancipationem patri collatum est à lege; sed tamen idem nihilominus statui alia ratione, ne scilicet absurdum sequatur, vt filij deterioris conditionis existant nepotibus. Quasi dicat, cùm in filiorum præiudicium sit constitutum, vt pater emolumentum illud consequatur virilis portionis vsusfructus ob memoriam beneficij in filios collati emancipationis; æquum bonum est, etiam in præiudicium nepotum idem statui.

CAPVT XLIII.

Hæreditatem petens ab intestato, tanquam consanguineus, an probare teneatur se proximiorem esse.



IS, qui petit hæreditatem, tanquam cognatus siue consanguineus defuncti ab intestato, vtrum necesse habeat probare se proximiorem esse; an verò sufficiat ei probare se cognatum, vel consanguineum. Nõ est parui momenti controuersia, aliquibus affirmantibus sufficere consanguinitatis seu cognationis probationem, aliquibus contrà asserentibus docendum esse de proximiori gradu. Authorum nomina vtriusque sententiæ, & loca diligenter & copiosè refert Couuar. lib. 2. variar. resol. cap. 6. & post eum Iosephus Mascardus de probat. volum. 3. concl. 1245. qui si tam accuratè fundamẽta iuris expendisset, omnis opera nostra superuacanea videri posset. Nos igitur laborem eius in Authorũ catalogo conscribendo laudantes, argumenta adferemus, eaque expendemus pro more nostro, & pro studiosorum vtilitate: non ingratum nos facturos arbitrati viris doctis &

eruditis, qui non ex Authorum numero, sed ex momentis rationum iuris controuersias expendere soliti sunt ac definire.

Igitur qui putant hoc sufficere, vt consanguinitas cognatiove iudici probetur, adducti in eã sententiam sunt, Primùm ex l. Si scriptum. C. de probat. Diocletianus: *Si scriptum hæredem ab amita tua, vel testamenti vitio, vel quacunque alia ratione non posse obtinere hæreditatem, probari à te posse confidis: de hac hæreditate apud Rectorem prouinciæ agere potes.*

Hæc lex non iuuat sententiam istam, tantùm enim hoc vult, cognatum agere posse, & hæreditatem petere; nihil autem textus dicit circa probationem, qualis esse debeat, & sine dubio præsupponit eum, qui agit, proximiorem esse amitæ suæ.

Secundò, ex l. Amitæ. C. commu. de successionibus, quæ lex nihil ad rem nostram pertinet, declaraturque & restituitur à Cuiacio libro 12. obseruat. capitulo septimo, Non ego frustrà hæc verba eius adferam, cùm facilè legi possint, & nihil prorsus contineant, vnde argumentum sumi possit.

Tertiò, ex l. Si auiæ. C. de successorio edicto. quæ nihil ad rem facit: hoc enim dicit, si is, qui in quarto gradu constitutus est, non petat, vel non rectè petat bonorum possessionem, eum, qui est in quinto gradu, admittendum esse. Hoc autem cum proposita quæstione nihil commune habet.

Quartò, ex l. Ex facto. § penul. ff. ad Trebell. vbi hoc perpenditur, quod non sit necesse probare grauatum decessisse sine liberis; quia *si naufragio, vel ruina, vel aggressu, vel quo alio modo filius simul cum patre perierit, magis est non defecisse conditionem* (fideicommissi) *quia non est verisimile filium superuixisse patri.*

Hoc autem nil ad Rhombum, bona doctorum pace: quid enim hæc res commune habet cum quæstione nostra? Nostra quæstio est, an probandus sit gradus proximior eius, qui hæreditatem petit tanquam cognatus, Vlpianus scribit patre & filio simul pereuntibus, non deficere conditionem fideicommissi, quod patri scilicet iniunctum erat, si absque liberis moreretur; quia non præsumitur filius superuixisse patri. Longo hæc res distat interuallo ab eo, quod quæritur in specie proposita, vt patet, qua de re latè Couuar. libro secundo, variar. resol. capitulo 7.

Quintò, ex notatis in Glos. l. Cum de lege ff. de probat. vbi textus dicit. Cùm de lege Falcidia quæritur, hæredis onus esse probandi, locum esse Falcidiæ; Glos autem ibi dicit hæredem hoc probare; *Si probet tot esse legata, & tantùm esse in bonis: etsi legatarij dicunt tantum apud hæredem manere, quod sufficiat ad Falcidiam, ipsi debent probare.*

Sed mirum quantum hæc res distet à quæstione nostra: ego certè sic censeo, tam aliena argumenta, & ex diuersis conflata, confutatione apud viros graues, & doctos non egere.

Sextò, quia cùm aliquis tanquam consanguineus hæreditatem petit, verisimile est, si alij extarent proximiores, petituros esse, quare, si nulli alij petant, credendum est non extare; & consequenter consanguineo eam petenti attribuenda est.

Sed responderi potest accidere posse, vt alij extent proximiores, qui absint, vel ignorent hæreditatem sibi delatam; & consequenter argumentum non est satis firmum.

Septimò ex eo, quod difficilè probari potest hac negatiua, vt loquar cum nostris doctoribus, nempe proximiores alios non extare. Et ideo rarò possent cognati & consanguinei hæreditatem obtinere.

Sed responderi potest, difficile quidem id futurum, si necessariæ probationes requirerentur; sed quæ est difficultas ex ijs testibus, qui consanguineum esse petitorem hæreditatis, & cognatum testificantur, intelligere, alios

A non extare cõsanguineos defuncti proximiores? Testes, qui ad hæc probanda adhiberi solent, plerumque sunt vicini, eiusdem ciuitatis, & tales, qui sicut eum nouerunt, qui hæreditatem petit, esse cognatum, ita facilè alios non extare scirent. Est enim hæc negatiua satis coarctata loco, tempore & personis, & idcirco non ita difficilis eius probatio videtur.

Postremò, quia quod alij extent proximiores consanguinei, ex facto pendet: Quod autem in facto consistit, non est præsumendum, sed probandum. l. In bello. §. Factæ. ff. de capti.

Responderi potest, non præsumi quidem alios extare; sed tamen, quia, vt extarent, fieri posset, eius esse partes id probare, quod non extent, qui in eo suam intentionem fundat.

Nec obstat id, quod replicatur, non incumbere onus probandi ei, cui militat iuris præsumptio: Nam negatur militare iuris præsumptionem pro actore. Aliud enim

B est dicere, non esse præsumendum alios extare proximiores, quod spontè nos fatemur: aliud verò præsumendum esse, non extare; quod ideò negamus, quia iure non probatur: est enim hoc incertum, extent necne alij proximiores. Quamobrem ei, qui dicit non extare, onus probandi incumbit.

Contrarium igitur sententiæ fundamentum est præcipuum, quia is, qui petit hæreditatem, tanquam cognatus, sine dubio dicit, se in aliquo gradu coniunctum fuisse defuncto, puta in tertio, quarto, quinto, &c. Ergo ex hoc apparet alios extitisse in proximiori gradu; neque enim potest vnus in tertio, vel quarto gradu coniunctus esse, nisi alij in secundo & propinquiori fuerint coniuncti. Debet igitur hæc duo probare, se in eo gradu coniunctum esse, & alios, qui præcesserunt nõ extare. Nam præsumuntur extare, & adhuc viuere.

Sed certè, quòd præsumantur extare, vel adhuc viuere, non videtur mihi satis iuri consonum. Et ideo magis

C semper placuit vitam, vel mortem ab eo probandam esse, qui eam allegat, vt declarat Couuar. lib. 2. variar. resolut. cap. 7. nu. 6. & nos aliàs differemus.

Existimo itaque hanc sententiam, quæ docet, probandum esse proximiorem gradum, probabiliorem esse ex communi regula iuris: quemlibet probare debere id, quod est fundamentum suæ intentionis. l. Actor. C. de probat. l. In illa. l. Hoc iure. ff. de verb. oblig. l. pen. §. Docere. ff. ne quis eum, qui, &c.

Hoc est autem actoris intentionis fundamentũ, quod sit proximior. Nam hæreditates à lege non deferuntur simpliciter cognatis, & consanguineis, sed proximioribus. Iustinianus Nouella de hæredibus ab intestato venient. §. penult. *Si verò, inquit, neque fratres, neque filios fratrum, sicut diximus, defunctus reliquerit, omnes deinceps à latere cognatos ad hæreditatem vocamus, secundum vniuscuiusque gradus prærogatiuam, vt viciniores gradu*

D *ipsi reliquis præponantur.*

CAPVT XLIV.

Tractatur controuersia de eo, qui fideicommissum petit sub conditione relictum, si institutus absque liberis decesserit, an teneatur probare grauatum absque liberis decessisse?



TEstamento hęres institutus rogatus est per fideicommissum, si absque liberis moriatur, hęreditatem Caio restituere: Vtrum Caius hęrede defuncto, hęreditatem ex fideicommisso petẽs, probare teneatur, eum absque liberis decessisse? Non teneri, sed potius eum, qui asserit hęredem superstitibus liberis decessisse, id probare debere, Authores sunt Bartolus & Angelus in l. Ex facto. §. Si quis autem. ff. ad Trebell. Alexander in cons. 39. lib. 1.

lib. 1. Paulus Castrensis in consilio 387. lib 1. Decius in consi. 578. non procul à principio. Alciatus de Præsumpt. Regula prima, Præsumpt. 49. alios citat Mantica de coniecturis vltimarum voluntatum, lib. 11. tit. 4. & post eum Mascharduis de probat. vol. 1. concl 343. & lib. 3. conclu. 1344. vbi latissimè & nouissimè Menochius de Præsumptionibus, lib. 4. Præsumpt. 182. nu. 5.

Argumenta sunt ista : Primum ex d. l. Ex facto. §. Si quis autem. ff. ad Trebell. Vlpianus : *Si quis autem susceperit quidem filium, verùm viuus amiserit, videbitur sine liberis decessisse : Sed si naufragio, vel ruina, vel aggressu, vel quo alio modo simul cum patre perierit : an conditio defecerit videamus? Et magis non defecisse arbitror : quia non est verisimile, filium eius superuixisse. Aut igitur filius superuixit patri, & extinxit conditionem fideicommissi; aut non superuixit, & extitit conditio. Cùm autem quis antè, & quis postea decesserit, non apparet : extitisse conditionem fideicommissi magis dicendum est.*

Hęc postrema verba pro hac sententia adferuntur. Nam si pronunciandum est in dubio fideicommissi conditionem extitisse; Ergo pronunciandum est in dubio hæredem grauatum absque liberis decessisse; atq; adeò fideicommissi conditionem euenisse.

Secundum argumentum est; quia quod quis decedat absque liberis, congruit cum primo statu naturali hominis : Hæc enim est qualitas, quæ inest cuilibet ab initio, quia non habet liberos, quare is, qui contrarium dicit, probare debet.

Tertium argumentum est; quia quod aliquis liberos habuerit, in facto consistit, & præsupponitur vxorem quoque habuisse, & eos suscepisse, ac superstites reliquisse, quæ omnia non præsumuntur, sed probari debent. l. 1. C. de probation. l. Adseueratio. C. de non num. pec.

Sed contrarium docuerunt Raphael Cumanus, Imola, Alexander & Ripa in d. l. Ex facto. § Si quis autem. ff. ad Trebell. Et fundamentum eorum est; quia vnusquisque tenetur probare id, in quo consistit suæ intentionis fundamentum, vt in l. In illa, in l. Ita stipulatus. §. Quod si initio. ff. de verb. obligat. l. pen. §. Docere. ff ne quis eum, qui in ius vocat. est vi exim. l. Actor. C. de probat. Sed hoc est fundamentum intentionis actoris, quod hæres grauatus fideicommisso absque liberis decesserit; quia sub illa conditione, si videlicet absque liberis decederet, grauatus fuit, ergo id probare debet.

Couuar. lib. 2. variar. resol. cap. 7. num. 7. 8. & post eum Mantica loco superius annotato, distinguunt hanc rem in aliquot casus.

Ego verò in posteriorem hanc sententiam lubens descendo, omissa casuum distinctione, quocũque enim modo res proponatur, existimo actorem fideicommissariũ probare debere hoc, quod est suæ intentionis fundamentum, nempe grauatum hæredem absque liberis decessisse: Dixi actorem fideicommissarium; Nam si is sit reus, & in possessione bonorum, & aduersarius auferre ei hæreditatem velit, eam ob causam, quòd dicat grauatum decessisse liberis superstitibus, non dubito, quin is probare debeat liberos superstites fuisse. Et in his terminis respondit Castrensis dicto consi. 387. lib. 1. Excipio autẽ casum, de quo loquitur Vlpianus in d. l. Ex facto. §. Si quis autem. ff. ad Trebell. vt videlicet, si pater & filius perierint ruina, vel naufragio, locus sit fideicommisso, quasi in dubio filius prius decessisse præsumatur, vt ibi dicitur.

Cur autem in hanc potius sententiam, quæ paucorum est, descenderim, illud effecit : quoniam in eligenda opinione hoc potissimùm obseruare soleo, vt momenta rationum expendam, tum ei sententiæ adhæream, quæ solidiori nititur fundamento. Iam pro hac sententia, quam sequor, pugnat iuris regula, quæ docet actorem probare debere suam intentionem; Ergo fideicommissarius, qui est actor, probare debet grauatum hæredem absque liberis decessisse. Hęc est enim intentio sua, quia fideicommissum illam conditionem habuit, si absque liberis hæres moreretur; & constat fideicommissum, quod sub conditione relictum est, non deberi, nisi conditio euenerit. l. Legata. 41. ff. de conditione, & demonstratione cum alijs multis; Ergo, iuris rationi conuenit, vt id probetur ab actore fideicommissario, qui asserit conditionem euenisse; non autem ab aduersario eius id negãte : Ei enim onus probandi incumbit, qui dicit; non qui negat. l. 2. ff. de probat.

Contrà verò, sententia prior, licet magis communiter recepta, nullo firmo nititur fundamento. Nam quòd attinet ad text. in l. Ex facto. §. Si quis autem. ff. ad Trebell. ille ad quæstionem istam non pertinet. Rectè enim sumitur argumentum ex illo respõso, quoties dubium est, vter prior decesserit, pater an filius, præsumendum esse priorem patrem decessisse, vt fideicommisso sit locus; sed non inde inferri potest in omnibus casibus ita pronunciandum, alioquin eodem modo generalis inde sumeretur conclusio, quod fideicommissum conditionale petẽs, non teneretur docere, conditionem euenisse, quod tamẽ repugnat iuris regulis & rationi.

Cur autem in ea specie, qua pater & filius naufragio, vel ruina perierunt, & ignoretur vter prior decesserit, illa interpretatio locum habeat, illa est causa; quia testator voluit hæreditatem peruenire, primò ad hæredẽ institutum, deinde ad eius liberos, quos substituto prætulit, iuxta l. Lucius. ff. de hæred. instit. Tertiò ad substitutum. Cùm igitur hæres decesserit, & filij non extẽt, quos testator prædilexit; extet verò fideicommissarius, siue substitutus, ad quem testator voluit hæreditatem filijs non extantibus peruenire, meritò, vt voluntas testatoris effectum sortiatur, & seruetur, illa interpretatio adhibetur, vt si non constaret patrem priùs decessisse, & res dubia sit, locus sit fideicommisso.

Et sanè falluntur, qui putant vltima verba d. §. *Si quis autem*, non pertinere ad speciem ibi propositam, cùm verba sint clara. Nam postquam Vlpianus dixit, conditionem fideicommissi non defecisse, nec filium præsumi patri superuixisse, resumens articulum, & ex omni parte eum tractans, ac expendens, tres casus constituit : primum, si constet filium superuixisse, & tunc, inquit, fideicommissum extingui. Secundum, si constet, patrem superuixisse, & tunc dicit conditionem extitisse fideicõmissi. Tertium, cùm non apparet quis antè, & quis post decesserit, id est, an pater, an verò filius, & tunc extitisse conditionem magis dicendum esse, respondit.

Quod autem secundo loco dicebatur, illam præsumptionem præualere, quod quis absque liberis decesserit; quia conformitatem habeat cum primo naturali statu hominis; quia scilicet, is natus liberos non habet, nihil mouere debet. Nam hæc est debilis admodum argumentatio, & nulla lege, nulla firma ratione munita. Homo in lucem editus vxorem non habet, non liberos; igitur nec postea præsumitur habuisse. Eiusdem farinæ sunt, quæ de paupertate dicuntur, quia nascimur nudi, ideo non præsumatur quis diues. Sunt hæc brocardica planè, & parum probabilia, nec digna, quæ pro decisione controuersorum iuris articulorum adferantur. Cùm longè diuersus sit hominis status, qui postea sequitur ab eo, quem primò habuit. Et frequenter vxorem ducat, liberos procreet, diuitias acquirat; & longè aliam, quàm initio habuit, conditionem consequatur. Quo fit, vt incertũ ac obscurum planè existat, an quis absque liberis, vel cum liberis mortuus sit; Et ideo is, qui dicit mortuum quempiam absque liberis, probare teneatur; si iuris regulas magis sequi, quàm leues coniecturas velimus.

Non procul ab his distat, quod tertio loco dicebatur, quæ in facto consistunt, non esse præsumenda : Hæc autem in facto consistere, quod quis vxorem duxerit, & liberos procreauerit, &c. Nam non dicimus præsumi quempiam liberos habuisse, sed dicimus id incertum, dubium, & obscurum esse, habuerit necne. Quare probationem ei in-

ei incumbere, qui dicit absque liberis hæredem grauatũ fideicommisso decessisse. Hic enim illud moneo, quod & in præcedenti capite, hæc inter se differre, quempiam non præsumi superstitibus liberis decessisse. Item quempiam præsumi mortuum absque liberis. Prior propositio vera est. Nam cùm incertum sit, an quis decesserit liberis superstitibus necne, non videtur temerè affirmandum, ac præsumendum, eum liberis superstitibus obijsse. Posterior autem propositio vera non est. Nam cùm id incertum sit, an liberos reliquerit superstites necne, nõ est temerè affirmandum ac præsumendum non reliquisse: sed veritas est inquirenda, & probandi onus actori, secũdùm regulas iuris, iniungendum videtur,

CAPVT XLV.

Controuersia de pupillari substituto, qui probat mortem instituti, an teneatur probare eam in pupillari ætate contigisse, vt obtineat?

Agit pupillariter substitutus impuberi testatoris filio, & probat mortem eiusdem filij instituti; controuersia est, an sufficiat ea generalis probatio mortis, an verò necesse sit probare eum in pupillari ætate decessisse. Et quidem probationem mortis sufficere, nec requiri, vt probetur in pupillari ætate eam contigisse, respondisse fertur Baldus in consilio quodam, incipiente, Ex parte contingenti. Quod sanè responsum nemo hactenus in libris impressis inuenire potuit, sed multi tamen grauissimi interpretes huius responsi mentionem faciũt, & hanc sententiam amplectuntur, Socinus in consi. 89. colum. 4. lib. 1. Decius in cap. In præsentia, nume. 50. de probat. Ioan. Bapt à S. Seuerino in l. Precibus, nu. 58. C. de impub. & alijs substitut. & multi alij, quos commemorat Mascardus de probat. vol. 2. concl. 666. num. 39. & C volum. 3. concl. 1347. num. 4. qui tamen Mascardus errauit in citanda decisione 491. In vna Fulginatensi apud Puteum, lib. 2. Dixit enim, Rotam ita determinasse, cùm tamen nil determinauerit, sed vnus ex iudicibus dubitauerit: *An probata morte eius, cui facta est substitutio pupillaris, præsumatur mortuus in pupillari ætate*. Rursus nõ fideliter citauit Paulum Castrensem in lege. Ex facto. §. Si quis autem, ad Trebell. quasi eiusdem sententiæ authorem, cùm tamen contrariam sententiam amplexus videatur.

Fundamentum huius sententiæ, quatenus mihi diligenter quærenti intelligere licuit, positum est in d. l. Ex facto. §. Si quis autem. ff. ad Trebell. quatenus ibi pronũciatur locum esse fideicommisso, cùm incertum est, an prius pater decesserit, vel liberi eius. Præsumit enim lex prius liberos decessisse, vt locus sit fideicommisso; Ergo & in proposita specie præsumẽdum videtur eum, cui pupillaris substitutio facta est, impuberem decessisse, D vt locus sit pupillari substitutioni, quæ fauorabilior est fideicommisso.

Contrarium respondit Bartolus in consi. 56. ad finem lib. 1. Couuar. lib. 2. variar. resolut. cap. 7. num. 6. post eum alijs adductis, Mantica de coniecturis vltimar. volunt. lib. 5. tit. 9. nu. 6. post Mãticam Mascardus locis proximè citatis. Post Mascardum Menochius de Præsumpt lib. 4. Præsumpt 182. nu. 4.

Fundamentum est in iuris regula. Quilibet tenetur probare, quod est fundamentum suæ actionis, siue exceptionis. l. Actor C. de probat. l. 2. ff. de probat. l. In exceptionibus. ff. eod. tit. Sed hoc est fundamentum actionis institutæ, quod is, cui substitutus est, impubes decesserit, vt patet; ergo substitutus id probare debet.

Ego non dubito, quin hoc sit firmissimum fundamentum. Contrà autem vix quemquam futurum puto, qui non facilè intelligat, quàm infirmum sit alterius sententiæ fundamentum, quamobrem posteriorem hanc sententiam veriorem puto, ipséq; amplector.

Ad textum in d. l. Ex facto § Si quis autem: respõdeo, non obstare, nec pertinere ad rem nostram. Primò, quia continet speciem longè dissimilem. Secundò, quia constare non poterat in illa specie, an prius pater mortuus fuisset, vel eius liberi. In quæstione verò nostra constare potest, an is, cui facta est substitutio, mortuus fuerit impubes, vel pubes. Tertio, quia hæc præsumptio, quod quis impubes mortuus fuerit, non est legitima, nec verisimilis; cùm vita hominis sit longior plerumque, & vel centum, vel certè septuaginta anni ordinarium vitę cursum hominis conficiant.

CAPVT XLVI.

Hæreditatem petens tanquam proximior in successione intestati, an probare teneatur eum, de cuius hæreditate agitur, nullo condito testamento decessisse.

Licet hanc controuersiam diligenter post antiquos & nouos interpretes ad l. Si emancipati. C. de collat. exequatur Franciscus Mãtica de coniecturis vltimar. volunt. lib. 2. tit. 1. & ante eum Couuar. lib. 2. Variar. resol. cap 6. numero 5. & post eos Menochius de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. prima, & Mascardus de Probationibus, volum. 2. concl. 997. & volum. 3. concl. 1352. spicas tamen post optimorum messorum terga, & ipse colligam nonnullas, ex quibus vera sententia magis adiuuetur iuueturque.

Aio petentem hæreditatem probare debere se proximiorem esse defuncti, ac proinde a lege sibi delatam hęreditatem; Nego incumbere illi probationem, testamentum à defuncto conditum non fuisse; Pro huius sententiæ confirmatione non confugio ad l. Si emancipati. C. de collat. neque enim illa huc pertinet: nec ad vulgatum brocardicum illud: *Facta non præsumuntur*. Testamentum autem est quid facti, Ergo non præsumitur: nec ad alterum: Negatiuam non coarctatam loco & tempore probari non posse. Tum quia his brocardicis non multum fido; tum quia in decidendis controuersijs, vbi leges non suppetunt, firmam iuris rationem valere oportere iudico. Ea verò hæc est: Defuncti hæreditas pertinet de iure ad proximiores eius, Iustiniano ita decernente post veteres legum authores in Nouella de hæred. ab intest. venient. §. Si verò neque fratres. Et in lege 12. tabularum antea constitutum: *Agnatus proximus familiam habeto*. l. Pronunciatio §. Familiæ. ff. de verborum significatione. Hanc propositionem nemo negat. Sed is, qui hæreditatem in hypothesi nostra petit, proximiorẽ se esse, defuncti probat: Igitur ad eum pertinet hæreditas defuncti. Fieri autem potest, vt is, de cuius agitur hæreditate, testamentum fecerit, ac in eo hunc proximiorem hæredem non instituerit. At secundum iuris regulas: *Ab ea parte, quæ dicit aduersarium suum prohiberi specialiter aliqua lege vel constitutione, id probari oportere*. Paulus respondit in lege. Ab ea parte. ff. de Probat. Ergo is, qui dicit, testamentum esse conditum, & alios hæredes institutos esse, id probare debet: quia nihil aliud dicit, quàm proximiorem hunc prohiberi propter testamentum hæreditatem capere. Cur enim iste legitimus hæres probare teneretur nullum cõditum testamentum, cùm & si conditum esset, fieri tamen possit, (& frequentius fieri solet) vt in eo sit hæres ipse institutus? Nunquid leges hoc exigunt ab actore, vt postquam intentionem suam probauerit, teneatur etiã probare nulla exceptione excludi eam posse? Non hoc exigunt: sed vt reus suas probet exceptiones, præcipiunt l. In exceptionibus. ff. de probat. Ex quo apparet actori

sufficere

sufficere suam intentionem probare: si enim reus exceptiones suas non probauerit, condemnabitur. Argumenta contrariæ sententiæ refert, & refellit satis luculenter Mantica, quamobrem ipse non refero, neque refello, ne actum agam.

CAPVT XLVII.

Ad c. Cum esses, de testamentis.



Hanc epistolam decretalem Alexandri tertij præclarè defendit Melchior Canus locorum Theologicorum libro sexto, capit. 8. Hoc nunc non agimus. sed iustam eius interpretationem inquirimus. Variæ & pugnantes sunt Doctorum sententiæ. Prima est Glossæ in verbo Improbamus, epistolam illam accipiendam esse de testamentis ad pias causas, iuxta eiusdem Pontificis Maximi responsum in cap. sequenti, & ita respondit Fulgosius in consi. 29. Paulus Castrensis in consi 43 t. lib. 2. quibus & alij accesserunt à Neuizano citati in cōs. 26. nu. 16 & à Michaele Crasso de successionibus. §. Testamentum, quæst. 56. in fine.

Verùm illud ipsum sequens capitulum hanc interpretationem euertit, quoniam in eo Summus Pontifex de relictis ecclesiæ loquens diuersam formam statuit ab ea, quam statuerat in dicto cap. Cùm esses. Nam in c. Cum esses, sic statuit, *testamenta, quæ Parochiani coram presbytero suo, & tribus vel duabus alijs personis idoneis in extrema fecerint voluntate, firma esse*. At in cap. Relatum sequenti: *Mandamus quatenus, cum aliqua causa talis ad vestrum fuerit examen deducta, eam non secundum leges, sed secundum decretorum statuta tractetis, tribus aut duobus legitimis testibus requisitis.*

Cùm itaque in relictis ecclesiæ duo vel tres testes sufficiant ex cap. Relatum. In alijs autem casibus duo vel tres testes requirantur vnà cum presbytero parochiali, ex cap. Cùm esses, perspicuum est, hoc postremum capitulum non loqui de relictis ad pias causas tantùm, & consequenter idoneam non esse hanc primam interpretationem.

Secunda est interpretatio, quæ versatur in altero extremo, videlicet hanc decretalem accipiendam esse generaliter in omnibus legatis tam pijs, quàm profanis, & tam in foro seculari, quàm ecclesiastico; explosis iuris ciuilis solennitatibus tanquam legi diuinæ aduersantibus, quæ dicit: *In ore duorum vel trium stet omne verbum*. Et ideo non valeant ciuiles leges, quæ septem testes requirunt in testamentis. ita Host. Ant. Butr. & Abbas in dicto cap. Cùm esses. Alciat. in l. 1. in verb. liber sit stylus. C. de sacrosanct. Eccl.

Refellitur hæc sententia à Couuar. in relect. dicto c. Cùm esses, quia dum lex diuina duorum vel trium testimonium approbat, indicat non sufficere vnius testimonium, non autem prohibet plures, quàm duos vel tres adhiberi, si ita reipub. expedire pro qualitate causæ videatur, & hoc est, quòd textus docet in c. Licet vniuersis, de testibus, sic dicens: *Licet quædam sint causæ, quæ plures, quàm duos exigant testes, nulla tamen est causa, quæ vnius testimonio, quamuis legitimo, terminetur.*

Tertia est sententia Alciati in cap. Nouit. de iudicijs, num. 47. hanc epistolam locum habere in foro conscientiæ, non autem in foro iudiciali. Pro confirmatione huius sententiæ perpendit primò verba illa textus: Penitus rescinduntur. Visum enim est Pontifici Maximo iniquum esse, vt testamenta absque iuris ciuilis solennitate penitus rescinderentur, quia debebant sustineri saltem per denunciationem euangelicam, de qua in cap. Nouit. de iud. quando veniens ab intestato haberet conscientiam læsam. Secundò, rationem illam ex lege diuina: *In ore duorum vel trium stat omne verbum. Quæ*

A *ratio*, inquit, *fuit introducta, quoad forum conscientiæ*, vt apparet in euangelio. Tertiò, Alciatus animaduertit Summum Pontificem præsupponere talem in eo Episcopatu consuetudinem fuisse, vt testamenta rescinderentur, nisi cum subscriptione septem, vel quinque testium fierent; ergo Summus Pontifex loquitur de foro conscientiæ; non autem de foro contentioso: quia in foro contentioso talia testamenta non per consuetudinē, sed per legem rescissa fuissent. l. Si vnus. C. de testam.

Non placet hæc interpretatio, quia Summus Pontifex apertè ibi decernit, testamenta, quæ parochiani coram presbytero suo, & tribus, vel duabus alijs personis idoneis fecerint, firma permanere: *Et sub interminatione anathematis prohibet, ne quis huiusmodi audeat rescindere testamenta*. Ergo, nemo poterit etiam in foro externo & contentioso aliter pronunciare, quàm sit à Pontifice constitutum. Nec obstant illa verba, *penitus rescinduntur*; quia hoc vult dicere Summus Pontifex, talia testamenta rescindi non debere, *sed firma permanere*, vt in

B verbis sequentibus postea decernit. Nec illa ratio, *quia in ore duorum*, &c. pertinet ad forum duntaxat conscientiæ; sed etiam ad forum contentiosum, & externū; quia duo testes vel tres regulariter sufficiunt cap. Forū. §. In omni quoque negocio. de verborum significatione lege. Vbi numerus. ff. de Testibus licet in testamentis & vltimis voluntatibus ob iustas causas non sufficiant secundùm leges.

Quod verò Summus Pontifex illam consuetudinem Hostiensis ecclesiæ reprehendat, & per eam testamenta infirmari præsupponat, nihil mouet, quoniam absque vlla hæsitatione dicendum est, consuetudinem illam iuri consentaneam fuisse, quod ex verbis textus patet, dū ait: *Secundum quod leges humanæ decernunt.*

Postrema est interpretatio vera, communis, & vsu recepta, & ideo amplectenda; Summi Pontificis epistolam intelligendam esse, vt locum habeat in quibuscun-

C que testamentis, & etiam in foro contentioso, tam ecclesiastico, quàm seculari: sed quantum ad forum seculare in ditione Summi Pontificis tantùm, in qua ius canonicum seruandum est, saluis iuris Cæsarei solennibus in testamento adhibendis, & legibus ea de re loquentibus in foro Cæsaris suum obtinentibus vigorem. Hæc interpretatio est consentanea verbis textus, rationi conueniens, & nihil ei obstare potest. Nam Summus Pontifex suis in vtroque foro subditis ferebat leges, Hostiensibus nempe ciuibus; Ideo legem ciuilem, qua Imperatores in regionibus suis vtuntur, improbare noluit: sed iudices etiā laicos in ecclesiæ patrimonio, non secundum Imperatorum leges, sed secundum statuta canonum de testamentis iudicare. Nec enim æquum esse censuit, vt in rebus temporarijs adiudicandis tam soliciti essent canones, quàm sunt leges, honestiusque esse iudicauit, in ciuitatibus & oppidis, quæ in ecclesiæ iure ac dominio sunt, non legis ciuilis, sed canonum consuetudinem ob-

D seruari. Vide Couuar. in d. c. Cum esses. Clarum. § Testamentum. quæst. 57. Mascardum de Probationib. vol. 3. conclus. 1352. nu. 27.

CAPVT XLVIII.

Hæres an præsumatur habere notitiam testamenti postquam hæreditati se immiscuit.



Celebris est distinctio Bartoli inter suos & extraneos hæredes, vt extranei notitiam habere præsumendi sint testamenti à defuncto conditi; sui autem hæredes, haud quaquam: ita ille docet in lege. Eius, qui in prouincia in V. notab. ff. si certum pet. & in l. Qui Romæ. §. Duo fratres, in 3. quæstione. ff. de verborum obligatione, & alibi. Alexan. in dicto. §. Duo fratres, nume. 53. & ibid. Ripa & Crot. Iason

Iason in d.l. Eius qui. num.4. Cagnolus ad l. Qui in alterius. tit. 12. de reg. iuris, quam distinctionem impugnarunt Fulgosius, Paulus Castrensis, Crauetta, & alij, quos commemorant Rolaodus à Valle, in cons. 36. lib. 2. Mascardus de Probationib. vol. 2. concl. 780. & concl. 849. Iosephus Ludoaicus decis. Perusina 19. in 1. parte, & isti latè & copiosè adserunt authores, qui Bartoli sententiã secuti sunt, eam communiorem esse profitentes, qua de re, non tam ipse solicitus sum, quàm vtra ex dictis sententijs iuri magis consona videatur.

Pro Bartoli distinctione, quãtum ad suos heredes attinet, pugnare videtur regula iuris: Ignorantia presumitur, nisi probetur scientia. l. Verius. ff. de probat. c. Ignorantia. de reg. iur. lib. 6. Deinde ratio illa, quòd cum ipso iure hæredes sint. l. 3. C. de iure delib. §. Sui. in Instit. de hæred. qualit. & differ. siue testamentum conditum sit, siue intestatus parens decesserit, necesse non est vt testamentum inspiciant: & ideo nulla est causa, cur præsumere debeamus ipsos notitiam habuisse testamenti con- B diti.

Quantum verò ad extraneos attinet, quoniam hæredes non possunt esse aliter, quàm ex testamento, necesse est, vt sciant hereditatem ex testamento delatam esse, atque adeò se institutos heredes. Quare cùm viderimus eos immiscuisse se hæreditati, & pro hæredibus se gessisse; in consequentiam quasi necessariam existimare debemus eos notitiam testamenti habuisse.

Pro contraria autem sententia hoc argumentum adfertur. Sui heredes beneficium habent abstinendi. §. Sed his prætor. in Instit. de hæred. qualit. & differ. Quamobrem est perinde, ac si liberum arbitrium adeunde hereditatis haberent. l. Nam & emancipatis. de leg. 1. Ergo ipso iure sunt heredes non magis, quàm emancipati vel extranei. Et sicut clausis tabulis testamenti sui possunt hereditatem adire. l. 3. C. de iure delib. Ita etiam & extranei. l. Vn. §. In nouissimo. C. de cad. tollend. Quare nõ videtur inter suos & extraneos, quantum ad hunc effe- C ctum attinet, constituenda differentia.

Respondet Alexander in l. Qui Romæ. §. Duo fratres. post nu. 53. ff. de verb. oblig. *Si queratur, an ad hoc, vt per immixtionem fiat filius in potestate cum effectu heres, adeò quod possit conueniri à creditoribus hereditarijs, & quoad alios effectus, quos non operatur sola existentia suitatis: & verum est, quod ad talem effectualem immixtionem requiritur illa eadem notitia testamenti, quæ requiritur in emancipato, vel in extraneo. Aut solùm querimus, an eo ipso, qd' filius in potestate confitetur se simpliciter heredem, etiam absque eo, quod dicat ex testamento vel ab intestato: vel vbi non apparet, quod dixerit se heredem, aliquo modo presumatur habere scientiam contentorum in testamento; & sic non possit postea allegare se ignorasse contenta in testamento, & tunc dicendum est, quod non presumitur scientia.* Hactenus Alexander.

Sed certè doctores loquuntur, quantum ad effectua- D lem immixtionem, vt ipse loquitur, verbi gratia, si quid hæres fecerit, promiserit, dixerit, tanquam heres: & dicunt non presumi notitiam contentorum in testamento, & fideicommissorum habuisse, si sit suus, puta per diuisionem hereditatis factam, quæ sine dubio fit post immixtionem: & tamen dicunt renunciatum fideicommisso non censeri; quia non presumitur heres suus notitiam habuisse fideicommissi.

Ego in hac controuersia sic statuo, si clausis tabulis testamenti adeatur hæreditas, prout adiri posse constitutum est in d. l. Vn. §. In nouissimo. C. de cad. toll. tam in suis heredibus, quàm in extraneis ignorantiam contentorum in testamento presumendam esse: quia cùm tabulæ sint clausæ, testamenti tenor proculdubio ignoratur.

Ceterùm, si non clause proponantur tabule testamenti, puto scientiam præsumi, quia non potest hereditas adiri, quantum ad hoc, vt oneribus hereditarijs oblige- A tur heres (in quibus terminis hec questio accipienda est) nisi hæres sciat an ab intestato, vel ex testamento fuerit delata: Item an purè vel sub conditione institutus fuerit. Moueor ex l. 22. ff. de acq. hæred. Paulus: *Nam vt quis pro harede gerendo obstringat se hæreditati, scire debet, qua ex causa hæreditas ad eum pertineat, veluti agnatus proximus iusto testamento scriptus heres antequam tabulæ proferantur, cùm existimaret intestatò patremfamil. mortuum, quamuis omnia pro domino fecerit, heres tamen non erit.* Et ex l. 32. ff eod. tit. Vlpianus: *Sed etsi sciat,* hæres, *se haredem institutum, sed vtrũ purè, an sub conditione ignoret, non poterit adire hæreditatem, licet purè hæres institutus sit, vel sub conditione, & paruerit conditioni.*

Si ergo adiri non potest hæreditas, nisi cognito tenore testamenti, nec antequam tabulæ testamenti proferantur, sequitur dicendum, si fuerit adita hæreditas, & hæres se obstrinxerit ad aliquid faciendum, præsumendum esse (si dicamus valere gesta ab herede) ipsum co- B gnouisse, ex qua causa sibi delata sit hæreditas, & quo modo hæres institutus fuerit, & consequenter testamenti notitiam habuisse: Neque enim verisimile est eum, qui vnam partem testamenti vidit, reliquas partes ignorare.

CAPVT XLIX.

An hæreditas repudiata esse intelligatur, cùm quis dixit, se nolle hæreditatem adire.

I quis dixerit, se nolle hereditatem adire; controuersia est, an videatur hereditatem repudiare, vt videre licet ex Glos. & doctoribus ad l. Qui se patris. C. vnde liberi. tam antiquis quàm recentioribus: & præterea ex Mantica de coniecturis vlt. volunt lib. 12. tit. 14. Mascardo de Probat. vol. 2. conclus. 833. Menochio de Præ- C sumpt. lib. 4. Præsumpt. 102. nu. 5. Mihi & verborum naturam, & eorum vsum apud Iurisconsultos intuẽti, probabilior eorum sententia videtur, qui dixerunt huiusmodi verbis repudiationem significari. Nam negari non potest, quin horum verborũ ea sit vis, & significatio, quòd quis nolit hæres esse, & hereditatem acceptare, consequenter quòd hæreditatem repudiet, & habere nolit. Et cùm Paulus dicat: *Recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest, & alio quouis indicio voluntatis.* l. Recusari. ff. de acq. hæred. non video, quod sit maius indicium voluntatis, quàm si quis dicat, se nolle heredem esse, vel hereditatem adire.

Sed Iurisconsultos audiamus, & verborum & rerum optimos magistros. Paulus: *Filius, qui se nolle adire hereditatem matris dixerit, an possit mutata voluntate adire, antequam consanguineus vel agnatus adierit, videndum, propter hec verba: Si nemo filiorum volet hereditatem suscipere, quia extensiua sunt: & cum verba extensiua sint,* D *pœnitentia eius, vsque ad annum admittenda est, &c.* l. Filij. §. 1 ff. ad Tertyl.

Vlpianus: *Si nemo filiorum, eorumue, quibus simul legitima hereditas defertur, volet ad se eam hereditatem pertinere, ius antiquum esto. Hoc ideo dicitur, vt quamdiu vel vnus filius vult legitimam hereditatem ad se pertinere, ius vetus locum non habeat. Itaque si ex duobus alter adierit, alter repudiauerit hereditatem, et portio adcrescet.* l. 1. §. Si nemo. ff. ad Tertyl.

Vides quod dictum est: *Si nemo volet ad se hereditatem pertinere*, idem esse quod repudiare.

Vlpianus in l. 1 §. Qui semel. ff. de success. edicto. *Qui semel noluit bonorum possessionem petere, perdidit ius eius, etsi tẽpora largiantur. Vbi.n noluit, iam cepit ad alios pertinere bonorum possessio, aut fiscum inuitare.* Idem Vlpianus, paulò infrà: *Quibus ex edicto bonorum possessio dari potest, si quis eorum aut dari sibi noluerit, aut in diebus statutis non admiserit: tunc ceteris bonorum possessio perinde* com-

competit, at si prior ex eo numero non fuerit.

Et quid est, quod scribit idem Vlpianus. l. Nolle. ff. de acquir. hæred. *Nolle adire hæreditatem non videtur, qui non potest adire?* Nisi dicamus nolle adire hæreditatem, perinde valere, atque ipsam hæreditatem repudiare. Et quia is repudiare potest, qui potest acquirere. lege. Is potest. ff. eodem titulo, rectè colligi, eum non videri nolle adire, hoc est, repudiare hæreditatem, qui non potest adire.

Denique huc etiam pertinet, quod scribit Paulus in l. In plurium. §. vlt. ff. de acquir. hæredit. *Et ideo dicendū est, & in eo casu, si respondit, neutram hæreditatem ad se velle pertinere, bona defuncti à creditoribus possidenda sunt.* Item quod respondit Vlpianus in l. Si seruum. §. Si quis suus. ff. eod. tit. *Si quis suus se dicit retinere hæreditatem nolle, aliquid autem ex hæreditate amouerit, abstinendi beneficium non habet.* Et l. Filium. 60. ff. eod. ibi: *Nam filius emancipatus cùm hæreditatem testamento datam, ad se pertinere noluit, continuo ea ad substitutum hęredem transit.*

Respondent contrariæ sententiæ authores, non hoc decidi his legibus & responsis, quod illa verba: *Nolo hęreditatem adire*, repudiationem significent, sed præsupponi hæreditatem repudiari, & de repudiationis effectu disputari, & responderi. Sed hoc ego contendo, verba illa ita à Iurisconsultis vsurpari, vt significent hæreditatis repudiationem, atque idem esse Iurisconsultis repudiare, & nolle adire hæreditatem; quòd sanè negari non potest.

Quod verò dicunt pro contrarię sententiæ fundamēto, hæc verba: Nolo adire hæreditatem, Nolo hæres esse, accipi etiam posse de eo hærede, qui deliberare velit, qua si nondum deliberauerit, non tamen absolutè velit hęreditatem repudiare, nihil mouet. Potest enim huic rectè obijci, vt sententiam quidem suam retineat, sed alijs vtatur verbis: Nondum decreui hæreditatem adire, Nondū adeo, Deliberabo. Hæc verba non significant repudiationem, & ad hæredem deliberare volentem pertinent: non autem illa: Nolo hæreditatem adire, neque enim includunt animum deliberandi, sed voluntatem indicāt ab hæreditate adeunda alienam, quod voluntatis indiciū sufficit ad repudiationem inducendam ad l. Recusari. ff. de acquir. hæred.

Quæ verò adferuntur leges pro huius sententiæ confirmatione, confutatione non egent, nihil enim iuuant eam sententiam. l. Nonnunquam. ff. de collat. bonor. l. Celsus. §. vlt. cum l. seq. ff. de recept. arb. l. Quia poterat. ff. ad Trebell. & si quæ sunt aliæ, nihil iuuant eam sententiam, vt quilibet videre potest. imò ex l. Quia poterat. contrarium sumi potest argumentum, ex illis verbis: *Quia poterat fieri, vt hęres institutus nolit adire hęreditatem, &c.* Nolit adire, id est, repudiare: ideo cogi potest à fideicommissario, vt ibi dicitur.

CAPVT L.

His verbis: Volo hæreditatem adire, an censeatur adita hæreditas?



NOn censeri aditam hæreditatem his verbis ab hærede prolatis: *Volo hęreditatem adire*, scriptum reliquerunt multi, ijque grauissimi authores, nonnullis tamen moderationibus adhibitis. Bartolus, in l. Gerit, nu. 10. ff. de acquir. hæred. Menochius alios citans de arbitrarijs iudicum, casu 496. num. 21. & nouissimè de Presumpt. lib. 4. Præsumpt. 100. nu. 10. Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 12. tit. 11. Mascardus de Probationibus, vol. 1. concl. 41. nu. 5.

Fundamentum est, quia non hæc videtur esse mens proferentis eiusmodi verba, vt tunc hæreditatem adeat, sed eiusmodi verbis significat se adire velle, scilicet alio A tempore, sicut cùm quis dicit; *Ego volo eligere, testari, ire, agere*, non tunc eligit, nec testatur; sed in tempus futurum suam refert dispositionem.

Sed contrarium docuerunt Raphael Cumanus & Aretinus in d. l. Gerit. regulariter ex ijs verbis aditionem hæreditatis induci affirmantes, quibus me socium adscribo. Etenim latum mihi videtur esse discrimen inter aditionem hæreditatis, & alios actus, qui pro similibus adferri solent. Nam, verbi gratia, actus testandi non expeditur per solam & nudam voluntatem, quam quis habet testamentum faciendi: sed necesse est, vt ad rem ipsam, nempe ad testamenti confectionem procedat, & cum effectu testetur. Sic & electio sola voluntate non fit, sed requirit actum ipsum. Et si quis dicat, volo relinquere, & similia, requirunt ista factum ipsum, & actum apparentem & realem. Verùm hæreditatis aditio non est huiusmodi, sed nuda voluntate expeditur. Paulus: *Gerit pro hærede, qui animo agnoscit successionem.* l. Gerit. ff. de B acquirenda hæreditate. l. Si auia, ibi: *Et sola animi destinatione pater tuus hęres fieri poterat.* C. de iure delib. Iustinianus in §. vlt in Institut. de hęredum qualit. & diff. *Potest aut pro hęrede gerendo, aut etiam nuda voluntate hęres fieri.* Quare si quis dicat: *Volo hęreditatem adire*, videtur mihi satis clarè suam voluntatem exprimere, & quia nuda voluntas sufficit, videtur eo ipso hæreditatem adire, & agnoscere. Id fatentur Doctores contrariæ sententiæ, si quis dicat: *Volo hęres esse*, ex l. Iam dubitari. ff. de acquirenda hæred. Quæ igitur hæc est subtilitas, id negare, cùm quis dicit: *Volo hęreditatem adire?* Profectò hæc non differunt: qui enim vult hæres esse, vult hæreditatem adire; & econtrariò, qui vult hæreditatem adire, vult quoque hæres esse.

Denique, si vera est ea sententia, quam in capite præcedenti posui, atque defendi, illa verba: *Nolo adire hęreditatem*, repudiationem indicare, non intelligo, cur & hæc sententia vera non sit, verba ista, *Volo adire hęreditatem* aditionem importare, atque significare. C Aditio enim, & repudiatio ijsdem regulis consistunt. §. vlt. in Institut. de hæredum qual. & diff. ibi: *Sicut autem nuda voluntate extraneus hæres fit, ita contraria destinatione, statim ab hęreditate repellitur*, & idem probat lex. Sicut. C. de repud. hæred.

Excipio speciem illam, in qua manifestè apparet, eum, qui dicit, *Volo hęreditatem adire*, non habuisse animum tunc adeundi, quod vix arbitror accidere posse, nisi quoties conditione annexa proferuntur illa verba, puta: Volo hæreditatem adire, si prius inuentarium fecero, eius vires cognouero, si hoc vel illud erit. Alioqui certè mihi videntur illa verba tam apertè animum adeundi, & destinationem voluntatemq; significare, vt vix dubitādi mihi locus videatur, licet contraria sententia magnos habeat propugnatores.

D

CAPVT LI.

Aditio hæreditatis an ex eo inducatur, quòd debita quis non soluerit?



SIt hæc facti species. Paterfamil. dotem ab vxore accepit, ex ea liberos suscepit; Vxor moritur, liberis infantibus relictis, si non restituerit dotem acceptam, videtur filiorum nomine matris hæreditatem adire, iuxta l. Si infanti. C. de iure delib. Similiter, si liberi grandiores nati, dotem matris defunctæ (patre quoque mortuo) non restituant, videntur matris hæreditatem adire. Ita docuit Bartolus in l. num. 28. ff. de acquirenda hęreditate; id ita sibi locum vendicare dicens, si filij ipsi ex hoc se hæreditatem adiuisse allegauerint, non si alij, aditæ ab eis hæreditatis inde argumentum attulerint. Bartolum secuti sunt quamplurimi apud Manticam de coniecturis vltimar. volunt. lib. 12.

lib. 12. tit. 13. & apud Menochium de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. cap. 1. nu. 89.

Sed contrarium multi docuerunt, Baldus in l. 1. num. 40. C. Qui admitti. & alibi sæpe Salicetus in l. Cum antiquioribus, num. 3. C. de iure delib. Aretinus ad l. Gerit. num. 5. Zasius in l. Etsi contra tabulas, in fine. ff. de vulg. & pupillari.

Argumenta prioris sententiæ hæc sunt. Primum est ex l Recusari. ff. de acquirenda hæreditate. Paulus: *Recusari hereditas non tantùm verbis, sed etiam re potest & alio quouis indicio voluntatis*. Exemplum attulit Iacobus de Arena, cùm quis negligit res hæreditarias, & patitur eas interire; & sic ex non facto, vt Doctores loquuntur, induci potest repudiatio: ergo similiter & aditio, quia ijsdem regulis consistunt. l. Sicut. C. de repud. hæred. §. vlt. in Instit. de hæred qualit. & diff.

Hoc argumentum ideo nullius momenti mihi videtur, quòd vt maximè verum esse proponatur, ijsdem regulis aditionem ac repudiationem consistere, & ex non facto, siue ex negligentia repudiationem induci: non tamen inde efficitur, ex negligentia, siue ex non facto, quo de agitur, induci. Non enim ex omni negligentia induci posse, vel aditionem, vel repudiationem, probatur, sed ex ea, quæ indicat animum repudiandi: quamobrem probandum est, hanc, qua de agimus, negligentiã animum adeundi indicare.

Secundum argumentum est ex l. vlt. §. Sin autem aliquis. C. de iure delib. Iustinianus: *Vt sciant omnes, quod omnimodò post petitam deliberationem, si adierint, vel pro herede gesserint, aut non recusauerint hereditatem, omnibus in solidum hereditarijs oneribus teneantur. Si quis autem temerario proposito deliberationem quidem petierit, inuentarium autem minimè conscripserit: & vel adierit hereditatem, vel minimè eam repudiauerit, non solum creditoribus in solidum teneatur, sed etiam legis falcidiæ beneficio minimè vtatur.*

His verbis patet, aditionẽ hæreditatis induci, & probari ex eo, quod quis post tempus sibi datum ad deliberandum, eam non repudiat; siue enim adierit, siue non recusauerit hæreditatem, hæreditarijs oneribus tenetur: & sic adiuisse hæreditatem intelligitur.

Hoc argumentum nihil ad rem pertinet, quia tempus ad deliberandum conceditur, vt vel hæreditas adeatur, vel repudietur: si ergo lapsum fuerit tempus, & hæreditas repudiata nõ fuerit, meritò adita esse videtur: quæ res quàm longo à quæstione proposita distet interuallo, nemo non intelligere potest. Neque enim in specie nostra certum tempus ad deliberandum hæredi conceditur, an velit adire, vel repudiare. Quare etsi textus iste à Bartolo rectè allegatus sit: *quando scilicet ad petitionem creditorum assignatus est terminus heredi ad adeundum, vel repudiandum, & intra terminum nihil facit*, non tamen rectè applicatur ad quæstiones & exempla, quæ postea ipse Bartolus proponit, in quibus non ita terminus hæredi est assignatus ad adeundam, vel repudiãdam hæreditatem, & in his nostra versatur in præsenti disputatio, quare nihil ad eam argumentum allatum pertinere, manifestum est.

Tertium argumentum est. Debitor adueniente die tenetur soluere. l. Magnam. C. de contrahen. & commit. stip. si non soluat, dicitur esse in mora. Sed mora est delictũ. l. Quod te. ff. si cert. pet. l. Qui sine, de reg. iur. l. Omne delictum. ff. de re milit. Delictum autem non præsumitur. l. Meritò. ff. pro socio. Ergo in dubio præsumere oportet hæredem, eundemq; debitorem; ideo non soluisse debitum, quoniam hæreditatẽ adire voluerit; quo casu debitum ipsum extinguitur.

Sed hoc argumentum ita confectum, non admodum est forte; primò, quia negari potest moram esse delictũ; est quidem culpa, negligentiaue, sed non delictum, & loquimur de mora in soluendo debito commissa, non de militis segnitia, contumacia, vel desidia, de qua loquitur

A tex. in d. l. Omne delictum. ff. de re milit. Illa enim meritò punitur; quia est contra disciplinam militarem, vt ibi dicitur. Secundò, quia debitor, qui non soluit, à culpa excusatur hoc in casu, cùm nullus hæres esset, cui solueret. l. Pecuniæ. ff. de vsuris. §. vlt. ibi. Si tamen post mortem creditoris nemo fuit, cui *pecunia solueretur, eius temporis inculpatam esse moram constituit.*

Postremum argumentum est huiusmodi: Sicut hæreditas aditur solo animo, qualitercunque fuerit declaratus. l. Pro herede. l. Gerit. ff. de acquir. hæred. Ita etiam peculium seruo adimitur nuda voluntate. l. Non statim. ff. de peculio. Sed si dominus est debitor serui, & non soluit, in dubio creditur illud de peculio adimere, seu diminuere voluisse. l. Peculium. §. Sicut. ff. de peculio leg. Ergo sic, & in proposito casu, si debitor non soluit, probabilis est coniectura, eum voluisse adire hæreditatem.

Sed longè hæc distant, & valdè dissimilia sunt. Peculium, Dominus, ademptio, hæreditas. Heres, non solutio B debiti, hæreditatis aditio. Quare argumentum procul dubio satis firmum & solidum non est; & ipsum retulisse, confutasse est.

Sed & posterioris sententiæ argumenta non satis firma sunt Adfertur enim l. Cum antiquioribus. C. de iure delib. vt ex ea probetur, in adeunda hæreditate factum requiri, propter verbum *gesserit*, quod argumentum nullius est argumenti, cùm ex nuda voluntate aditio inducatur. § vlt. Instit. de hæred. qual. & diff. Item l. Nõ hoc. C. vnde legitim. quæ nihil facit propter illa verba: acquirendę sibi hæreditatis. Item l. Si filius. C. de petit hered. vbi aditio præsumitur ex longi temporis patientia; sed non rectè ex eo licet argumentari, aditionem non induci, licet longum tempus nõ præterierit, si alia adsint voluntatis eius adeundæ argumenta atque indicia. Et quędam aliæ adseruntur leges, quæ nullum præstant probabile argumentum. Illud nonnihil vrgere videtur, aditionem præsumendam non esse in dubio hærede tacen- C te, ne videatur se oneribus hæreditarijs obligare, argum. l. Inuitus ff. de probat. & eius quòd vulgò dicitur: tacentem non videri consentire in sui præiudicium. l. Qui vas. §. Vetare. ff. de furtis, cum alijs similibus. c. Qui tacet, de reg. iur. lib. 6.

Mihi tamen diligenter totam hanc disputationẽ mẽte agitanti, prior sententia verissima videtur. Nam omissa nimia quadam iuris subtilitate, quæ plerumque perniciosa est, ipsam iustitiam, æquitatem, veritatem considerandam arbitror; Tum quod rationi magis consentaneũ est, & veritati magis proximè accedit, verisimiliusque & probabilius videtur, nobis hæc species proponitur. Filij vocantur ad matris defunctæ hæreditatem; aut eam adire debent, aut repudiare. Si repudiare volunt, illa defertur proximioribus, secundùm ordinẽ edicti successorij, quibus ipsi filij bona materna, tanquam hæredibus, scilicet dotem, & si qua sunt alia bona, restituere tenentur. *Si* adire velint, omnia bona materna D consequuntur, & iustissimè retinent. Iam nobis non constat, an voluerint adire, vel repudiare; sed constat eos nemini bona materna restituisse lapso iam tempore, quod legibus ad dotem restituendam hæredibus vxoris constitutum est. Hic alterum ex duobus præsumere debemus, eos, vel adiuisse hæreditatem, vel repudiasse: Si præsumamus eos repudiasse, multa ex hoc incommoda oriuntur. Primum est, quòd dicere cogimur filios iniustè bona materna retinuisse, cum alijs legitimis hæredibus ea restituere deberent, secundum quod suam hanc repudiandi voluntatem iniustè occultauerint, & non manifestauerint; tenebantur enim repudiare palàm, vt cęteris adeundi hæreditatem potestas esset, ipsis recusantibus. Tertium est, quòd non sit verisimile, si filij repudiassent, alios defuturos hæredes, qui adiuissent hæreditatem, aut similiter eam repudiassent. Si verò præsumamus filios adiuisse, omnia incommoda cessant, & res vero similis, & rationi con-

sona

sona uidetur. Nam si filij sunt, meritò sunt hæredes. Isti maximè præsumũtur; quia bona materna retinuerunt. Cur matris hęreditatem repudiassent, retinendo dotem? non expressè eam recusando, non dotem offerendo, alijs, qui ad hæreditatem vocantur, deponendo? Si igitur hæc præsumptio locum habeat, cessat omnis iniustitia, & id quod naturæ, rationi, veritati maximè consentit, asseritur. Si contraria præsumptio præferatur, filios iniquos iudicamus aliena retinentes; hæreditatem iacuisse, & à nemine aditam fuisse fateri cogimur, quid plura? à veritate, à ratione, ab æquitate discedimus nimiam iuris subtilitatem sequentes. Multa huc adferre possem ad ostendendum ex generalibus Doctorum regulis præferendam hãc, quam sequimur, interpretationem, sed quia παρὰ ὑποῖς hæc scribo, non dupundijs, notissima referre supersedeo.

CAPVT LII.

Aditio hæreditatis, an ex fructuum perceptione inducatur?

NOn censeri aditam hæreditatem ex eo, ꝙ is, cui delata est (id non ignorans) fructus ex rebus hæreditarijs perceperit, sed stãdum esse ipsius hæredis declarationi, Bartolus docet in l. Gerit. nu. 24. quem sequi videtur Ruinus in cons. 13. nu. 4. lib. 3. & Menochius de Præsump. lib. 4. Præsump. ca. 1. num. 71. quibus ego non assentior. Fundamentum enim ponunt in l. Pro hærede. §. Seruos. ff. de acq. hær. quæ lex eam sententiã nihil iuuat. Verba eius hæc sunt: *Seruos hæreditarios pauit (hæres) iumenta, aut pauit, aut distraxit; si hoc, ut hæres gessit; pro hærede, aut si non, ut hæres, sed ut custodiat: aut putauit sua, aut dum deliberat, quod fecit, consulens, ut salua sint res hæreditariæ, si fortè ei non placuerit, pro hærede gerere: apparet non videri pro hærede gessisse: Proinde, etsi fundos, aut ædes locauit, vel fulsit, vel quid aliud fecit, non hoc animo, quasi pro hærede gereret, sed & dum ei, qui substitutus est, vel ab intestato hæres exiturus prospicit: aut res tempore perituras distraxit, in ea causa est, ut pro hærede non gesserit: quia non hoc animo fuerit.*

Hæc lex Vlpiani ideo non iuuat Bartoli sententiã, quia loquitur de eo, qui hæc fecit non eo animo, ut ꝓ hærede gereret; Sed nos Inquirimus in dubio, cùm videlicet non constat, hęredem animum non habuisse pro hęrede gerendi, sed incertum est, & hoc in casu videtur præsumendum hæredem ea fecisse animo adeundi, & gerendi se pro hærede. Id ex Vlpiano eadem lege non obscurè colligitur in verbis præcedentibus, dũ ita scribit: *Et ideo solent testari liberi, qui necessarij existũt, non animo hæredis se gerere, quæ gerunt: sed aut pietatis, aut custodiæ causa, aut pro suo,* &c.

Hæc igitur protestatio operatur, ut non præsumatur hęres animo adeundi hæreditatem, ea quę sequũtur in eadem lege gessisse, ex quo rectè inferri videtur ex factis istis adeundę hęreditatis animum pręsumi; alioquin superflua protestatio esset.

Et hæc sententia, quod ex fructuum perceptione arguatur aditio hęreditatis euidenti argumento, vera esse demonstratur. Nam certum est ex fructuum perceptione possessionem probari. l. Titia. ff. de solutio. latissimè id probat Mascardus de probationibus vol. 3. concl. 1183. Ergo hęres fructus percipiẽdo dicitur res hęreditarias possidere. Sed non potest res hæreditarias iustè possidere, nisi pro hęrede se gerat. Nullam enim aliam causam eum habere possidendi supponẽdum est: Ergo pręsumere debemus eum iniustè possedisse. Hoc autem est absurdum; quia cùm potest alia coniectura sumi, cessare debet illa, quę dolum includit, secundum regulas vulgares.

Dices posse capi coniecturam, eum custodiæ causa fructus percepisse, vel ut substituto, aut hæredibus alijs prospiceret. Respondeo, protestationem requiri, ut locum habeat hæc coniectura, qua scilicet declaret, hæres se custodiæ causa id fecisse, vel aliam ob causam, argum. d. l. Pro hærede. in illis verbis: *Vt ideo solent testari liberi*, &c.

Nulla facta ab hærede protestatione, præsumi debet suo nomine potius, quàm alieno fructus collegisse. Id. n. est magis vero simile, & iuris p̄sumptioni consonum, iustius est, sæpius fit, sua enim quisque curat magis, quam aliena. Denique alieno nomine hęredem nihil protestãtem id fecisse, possibile est; suo autem nomine fecisse verisimile est.

Atq; ita repudiata Bartoli sententia docuerunt Imola in l. Gerit. col. vlt. ff. de acquit. hæred. & ibidem Aretinus col. 5. vers. In quantum. etiam ipse Bal. in l. 1. C. de repud. hæred. Corneus consi. 103. nu. 4. lib. 3. Barbatia consi. 5. col. 3. in fine lib. 1. Mantica de coniect. vltimar. volunt. lib. 12. tit. 12. nu. 8. vers. Illud autem. quibus & ipse assentior.

CAPVT LIII.

Hæreditatis aditio an inducatur ex habitatione domus paternæ.

VIdeo tres diuersas interpretum sentẽtias in hoc iuris articulo: si filius post mortem patris domum paternam habitauerit, an hæreditatem videatur in dubio adiuisse. Nam aliqui id negant, & probandum esse contendunt filium habitasse, tanquam hæredẽ. Alij affirmant. Alij denique ita hanc rem explicant, ut si filius dotis maternę causa hypothecam in domo habuerit, & ideo eo nomine habitare potuerit, præsumitur adiuisse hęreditatem, uel non adiuisse, prout ei utilius est, in eoque standum eius assertioni & testimonio. Vide Bartolum in l. Gerit. nu. 21. ff. de acq. hær. & ibi Cast. Aret. Imolam & alios, Baldum in l. Non hoc. & ibidem Sal. Alex. & alios. Manticam de Coniecturis ultimat. uoluntatum, lib. 12. tit. 12. nu. 8. Mascardum de Probationibus, uol. 1. concl. 44. num. 22. & concl. 45. in prin. Menochium de Præsump. lib. 4. Præsumpt. c. 1. n. 34. Ego eorum sententiam magis probo, qui affirmat, ex habitatione domus præsumendum esse filium hæreditatem adiuisse paternam. Moueor duob. argumentis, quorum primum sumitur ex lege, alterum ex iuris ratione. Quod attinet ad primum, illud sumitur ex. l. 1. C. de repud. hær. Imperator Antoninus: *Si paterna hæreditate te abstinuisse constiteris, & non ut hæredem in domo, sed ut inquilinum, vel custodem, vel ex alia iustа ratione habitasse, liquidò fuerit probatum: Ex persona patris te conueniri procurator meus prohibebit.*

Hac lege apparet filiũ probare oportere se a paterna hęreditate abstinuisse, & non ut hæredem in domo habitasse; ergo præsumitur in dubio habitasse, tãquam hæres patris. Nam si id non præsumeretur, sed probandũ esset, filio non incumberet probatiu, se paterna hæreditate abstinuisse: quia fundatam haberet intentionem, ut loquuntur nostri ex sola negatione, se tanquã hæredem patris habitasse; sed Imperator probationem requirit, per quam constet filium se abstinuisse ab hæreditate patris, & non tanquam hæredem in domo habitasse: ergo argumentum hinc sumitur filium habitantem in paterna domo, pręsumi hæreditatem patris adiuisse, & tanquam hæredem in ea habitasse.

Quod verò ad alterum argumentum attinet, illud est huiusmodi. Hæreditatis aditio pręsumitur ex facto, quod licitè & iustè geri citra ius & nomen hæredis nõ potest. l. Pro hærede. §. Papinianus. ff. de acqu. hær. ibi:

Itaque nunc pro herede geri dicendum eſſe aliquoties accipit, quod citra nomen, & ius hæredis accipere non poterat.

Dixi *multa & iniuſtè*: quia de facto & iniuſtè multa fieri poſſunt citra ius & nomen hæredis in aliena hæreditate. Sed filius iuſtè domum paternam habitare non poteſt citra ius & nomen hæredis: Ergo domum habitando præſumitur pro hærede ſe gerere, & ſic hæreditatem adire.

Minor propoſitio probatur: quia, ſi filius nolit hæres eſſe, poſſidere non poteſt bona patris, ſed illa pertinent ad alios hæredes ſubſtitutos, vel ab inteſtato vocatos. Si dicatur poſſidere filium poſſe, vel cuſtodiæ cauſa, vel vt deliberet, an velit adire, vel repudiare; respondeo, id fieri poſſe, ſed non præſumi, & neceſſariam eſſe proteſtationem filij, vt in d.l. Pro hærede. ff. de acq. hæred. ibi: *Et ideo ſolent conteſtari liberi non animo hæredis ſe gerere, quæ gerunt, ſed aut pietatis, aut cuſtodiæ cauſa.* Et ratio eſt; Nam filius poſſidere poteſt ex titulo pro hærede, de quo iam conſtat; quia, ſi filius, ergo hæres, & quidem hæres ſuus, & id plenũ, & certum eſt: vtrum autem cuſtodiæ cauſa poſſidere velit, incertum eſt, eo præſertim id non conteſtante. Ergo in dubio præſumendus eſt filius poſſidere domũ paternam ex titulo, de quo iam conſtat, quam ex cauſa, quæ incerta eſt, & non apparet. Præſumitur enim quis poſſidere ex titulo præambulo. l. 1. §. 1. ff. de except. rei vend. l. 1. C. de acq. poſſ. l. Non ſolùm. §. Quod uulgo. ff. de uſucap. ubi illa uerba ad rem noſtram pertinent: *Idem hic, ſi à domino hæres inſtitutus fuerit, uel bonorum poſſeſſionem acceperit, incipiet pro hærede poſſidere.*

Rurſus, ſi dicatur filium poſſidere poſſe, ex cauſa dotis maternæ propter hypothecam quam habet in bonis paternis, iuxta l. Vn. C. de rei uxo. act. Reſpondeo, nullo iure conceſſum creditori, ut propria autoritate bona debitoris poſſideat, id probatur in l. Dotis. C. ſol. matr. ibi: *Ingredi autem poſſeſſionem rerum dotalium hæredibus mariti non conſentientibus, ſine autoritate competentis iudicis nullam habet facultatem.*

Porrò contrariæ ſententiæ argumentum facilè cõfutatur. Eſt enim ſumptum ex l. Non hoc. C. unde legitimi. Diocletianus: *Non hic, an tenuerit quis res hæreditarias necne ſine uoluntate adquirendæ ſibi hæreditatis quærendum eſt; ſed an admiſerit hæreditatem, uel bonorum poſſeſſionem.*

Reſpondeo, textum loqui in caſu certo, quando ſcilicet, *ſine uoluntate adquirendæ hæreditatis* quis poſſedit res hæreditarias; nos autem loquimur in dubio, quando non conſtat, an habuerit hæres animum adeundæ hæreditatis: & dicimus præſumendum eſſe, quod habuerit, niſi conſtiterit eum abſtinuiſſe, iuxta l. 1. C. de rep. hæred.

C A P V T LIV.

Aditio hæreditatis, an inducatur eo quod inuentarium hæres confecerit?

EXplicanti mihi iuris articulos, qui inter Doctores controuerſi ſunt, non alienũ uiſum eſt, hoc in loco admonere lectoré, nullam uerè controuerſiam eſſe ſuper eo iuris articulo, quem propoſui, licet diſſentientes Doctorum ſententiæ referantur à Maſcardo de Probationibus uol. 1. concluſ. 48. & Menochio de Præſump. lib. 4. Præſump. c. 1. num. 94. & ante eos etiam ab antiquioribus interpretibus ad l. ultimam. §. Sin autem hoc. C. de iure delib. Ponunt iſti, aditioné hæreditatis ex inuentarij confectione ſimpliciter induci ex ſententia in primis Bartoli in l. Gerit. col. ult. uerſ. Ad tertium. ff. de acq. hær. qui hoc non dicit. Secundù Cyni ad l. ult. §. Si uerò poſtquam. C. de iure deliber. ubi hoc non dicit ita ſimpliciter, ſed quando

A ut hæres inuentarium conficit. Tertiò Ruini in conſ. 568. nu. 1. lib. 4. ubi nihil aliud dicit, niſi quod Bartolus in d. l. Gerit. & loquitur, quando quis ut hæres fecit inuentarium. Quartò Capræ in conſ. 9. num. 1. ubi nihil de hoc ſcribit. Quintò Cacherani deciſ. Pedemont. 147. nu. 22. ubi nullum de hoc uerbum. Poſtremò, Cravettæ in conſ. 348. num. 3. 4. lib. 3. ubi loquitur de eo, qui tanquam hæres proteſtatus eſt, ſe uelle inuentarium conficere, & diſputat, an uideatur adire hæreditatem, ſi inuentarium ſit nullum.

Poſt hæc adſerunt autores negantes aditionem induci ex inuentarij confectione, Salyc. Alex. & Iaſoné in d. l. ult. §. Sin autem hoc. C. de iure delib. in conſ. 9. nu. 15. Fráciſ. Marc. deciſ. 29. par. 1. Rol. à Valle, de cõfect. inuen. par. 3. §. Sed an per confectionem. Manticam de coniect. ult. uolunt. lib. 12. ti. 9. nu. 15.

Sed iſti non loquuntur, quando aliquis, ut hæres inuentarium conficit, ſed quando ſimpliciter deſcribũ-
B tur hęreditatis bona ab hęrede, ut deliberet, an uelit adire uel repudiare, quo in caſu nemo eſt, qui dicat aditionem hęreditatis induci ex confectione inuentarij. Hoc enim in caſu hæreditas adhuc repudiari poteſt, & inuentarium conficitur animo deliberandi, ut cognitis rebus hæreditarijs hęres deliberet, an uelit adire, uel repudiare. Sic enim ſtatuit Imperator in d. l. ult. C. de iure delib. *Sin autem hoc aliquis fecerit, & inuentarium conſcripſiſerit (neceſſe eſt enim omnimodo deliberantem inuentarium cum omni ſubtilitate facere) non liceat ei poſt tempus præſtitum, ſi non recuſauerit hæreditatem, ſed adire maluerit, noſtræ legis uti beneficio.*

Ad rem non pertinet tex. qui ab aliquibus adſertur in §. Sin autem dubios. Hæc indicare uolui, ut noſtrorum hac in re non curantia proderetur, ut lector autores uideat, non ſemper referẽtibus fidem adhibeat: *Namque opere in longo fas eſt obrepere ſomnum. Omnium*
C *habere memoriam, & in nullo penitus errare, diuinitatis potius eſſe, quàm mortalitatis.*

C A P V T LV.

Per ceſſionem, vel in ſolutum dationem bonorum, vel iurium hæreditatis, an hæreditas adita eſſe cenſeatur, ſi proteſtatur is, qui cedit, vel in ſolutum dat, ſe non animo adeundi cedere, vel in ſolutum dare.

HÆres inſtitutus ſi cedat iura hæreditaria, uel in ſolutum dat creditoribus, proteſtãs ſe non animo hęreditatem adeundi hęc facere controuerſia eſt, an uideatur nihilominus adire. Affirmat uideri nihilominus adire hęreditatem, Socinus iunior in conſ. 107. lib. 2. Eiuſdem ſententiæ malè citantur à Maſcardo de Probationib. vol. 1. concl. 44. nu. 3. Rim. ſenior conſil.
D 346. nu. 17. lib. 7. & Anchar. in conſ. 252. nu. 3. quia id non dicunt. Negat autem Alciat. hęreditatem aditam uideri hoc in caſu, propter factam proteſtationem in conſ. 344.

Fũdamentũ Alciati eſt, quia hoc operatur proteſtatio, ex qua animus colligitur. Hæreditatis n. aditio ex animo pẽdet. Adſertur textus in l. Et ſi quis. §. Pleriq; ff. de religio. & ſumptib. funer. ibi: *Tamen ne uel miſcuiſſe ſe neceſſarij, uel cæteri geſſiſſe ſe pro hærede uideantur, ſolent teſtari pietatis gratia ſe facere ſepulturam,* &c.

Sed clarius & ad rẽ magis accõmodat⁹ eſt tex. in l. Pro hær. ff. de acq. hęr. ibi: *Et ideo ſolent teſtari liberi,* &c.

Et licet factum videatur repugnare proteſtationi, tamen id nihil iuuat aditionem. argumẽto l. Qui aliena. §. Celſus. ff. de acq. hær.

Fũdamẽtũ Socini eſt: quia proteſtatio eſt cõtraria facto, & ideo factũ ipſũ ceſſionis, uidelicet & in ſolutũ dationis creditorib. factæ, inſpici dẽt; & conſequẽter

ter aditio hæreditatis induci, argumento l. Pro hærede. §. Papinianus. ff. de acquir. hæred. vbi filius qui se abstinuerat ab hæreditate patris, (Hoc proculdubio idem valet, quod protestatio) nihilominus adire censetur, recipiendo pecuniam à statu libero, qui hæredi dare damnatus erat.

Respondet ad l. Qui in alien. §. Celsus. distinctionē adhibendam esse inter actum, qui fit contrarius protestationi, vtrum ex sola voluntate protestantis pendeat, an verò cum alio geratur. Prioris casus exemplū est, si quis protestetur, se nolle adire hæreditatem, deinde adierit, tunc non inducitur aditio, & ita loquitur textus in d. §. Celsus. Posterioris autem casus exemplum est, cùm hæres soluit alteri, vel accipit solutionem: & tunc protestatio contraria non impedit ipsam aditionem hæreditatis. Pro cuius distinctionis confirmatione adferri possunt, quæ notantur a Mascardo d. volum. 1. de Probationibus, conclus. 47. numero 11. & 12.

Verùm Alciatus respondet ad l. Pro hærede. §. Papinian. textum illum accipiendum esse, de facto contrario protestationi, quod gestum est cum alio ignorāte, qui aliàs deceptus remansisset. Nā statuliber ille soluit filio tāquam hæredi, ignorans eum ab hæreditate abstinuisse, ideo ex solutione facta filius cēsetur adire. Potest enim etiam postea quàm se abstinuit nihilominus adire. l. vlt. C. de repud. hęred.

Ego puto Alciati sententiam uerissimam esse. Nam certum est, actus, qui alioqui ad hæredem pertinēt, & aditionem hęreditatis significant, non tamen eam inducere, quoties alio animo, quàm adeundæ hęreditatis facti sunt, quod ex protestatione colligitur, vt in l. Pro hęrede. ff. de acq. hęred. Etsi ergo cessio bonorum vel in solutum datio ex his actibus sint, qui ad hęredē pertinent, & ideo immixtionem hæreditatis significare videantur, & aditionem inducere: tamen protestatio facta efficit, ut aditio non inducatur. Potest. n. quis cedere, vel in solutum dare creditoribus bona hæreditaria, uel negocij hæreditatis gerendi causa, uel aliam ob causam. Nam si hæres, qui protestatur, ita faceret tanquam hęres, & nulla alia causa subesse posset, tunc voluntas ex ipso facto appareret adeundi hæreditatē, & proinde contrariam, quæ ex protestatione oritur, prę sumptionem tolleret. & in his terminis nec loquitur, nec intelligendus est Alciatus.

Quod verò in contrarium adfertur argumētum, ex l. Pro hęrede. §. Papinianus. nihil prorsus mouet. Nam nos loquimur, quando eodem tempore, quo actus geritur, is qui eum gerit, testatur se non animo hæreditatis adeundæ illum gerere. Operatur hęc protestatio, ut hęreditas non censeatur adita: quia aditio ex uoluntate pendet, & uoluntatem adeundi deesse, uerba protestationis ostendūt, quam ob rem actus alia ob causam gestus fuisse iudicari dēt, siue ualidus sit, siue non sit ualidus. Sed Iurisconsultus in d. §. Papinian. loqtur de eo, qui prius ab hęreditate patris se abstinuit, postea à statu libero pecuniam accepit, & tunc siquidē is iussus erat hęredi dare, uidetur filius hæreditatem adire; etsi. n. prius eam recusauerit, tamen licentiam habet, rebus paternis in eodem statu permanentibus nihilominus adire. l. ult. C. de repud. & abstin. hęred. Potest ergo coniectura sumi, quod filius hoc in casu pœnitentia ductus uoluerit adire hęreditatem, quandoquidem post abstētionem pro hærede se gessit, recipiendo à statu libero pecuniam. At in specie nostra cōiectura ista locum habere non potest: quia eodem tempore, quo actus geritur conueniens aditioni hęreditatis, protestatio fit, quod non animo hęreditatem adeundi geratur, quę protestatio facit, ut hæreditas adita non uideatur. l. Pro hęrede. ff. de acquir. hęred. Atque ita sentio, saluo meliori iudicio.

A

CAPVT LVI.

Si filius asserat se aliqua bona patris defuncti possidere pro sua legitima, an videatur adiuisse hæreditatem sibi testamento relictam.

Recte docet Bartolus in l. Gerit. num. 22. ff. de acq. hæred. Filium asserentem se aliqua bona possidere pro sua legitima, adiuisse hæreditatem; quia legitima est pars hæreditatis, & non potest quis hæreditatis partem adire, & partem repudiare, l. 1. l. 2. ff. de acquir. hæred. & vnam portionem adeundo, omnes acquirit. l. Si solus, ff. eo. tit. Vnum casum excepit, quando filio vulgaris datus est substitutus, de quo disseremus in sequenti capite. Sententiam Bartoli secutus est ibidem Aret. col. 5. vers. Item add. & multi alij à Ti
B raquello citati, de iure primogenio. q. 35. num. 10. & q. 75. nu. 5. Et confirmari potest ex his, quæ nos supra lib. 4. cap. 65. attulimus in ea controuersia, an filius possit legitimam portionem acceptare, & reliquam hæreditatem repudiare. Nam pendet huius rei definitio ab illius articuli definitione. Sic enim argumentari licet: Aditio hæreditatis inducitur ex actu, qui non potest fieri citra ius & nomen hæredis. l. Pro hærede, §. Papinianus, ff. de acq. hæred. Sed iste actus, nempe acceptationis legitimæ fieri non potest, nisi quis totam hæreditatem acceptet: quia legitima est pars hæreditatis, & hæreditas aut tota debet acceptari, aut tota repudiari, vt dictum est. Ergo in præsenti casu aditio hæreditatis inducitur.

Contrariā sententiam in hoc ipso articulo aditionis hæreditatis nonnullorum autoritatibus adductis defendi posse scribit Menoch. de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. c. 1. num. 53. cuius argumentis respondendum
C est, & hæc addi poterūt iis, quæ deduximus dicto lib. 4. cap. 65. Primum argumentum est ex eo, quod filius possit legitimam portionem acceptare, & hæreditatē repudiare; Consequenter non videtur hæreditatem adiuisse, Antecedens probat, quia filius est creditor legitimæ. Creditor autem potest repudiare hæreditatem debitoris saluo eius credito. Respondi huic argumento suprà lib. 4. cap. 65. diuersam esse rationem legitimæ ab alijs creditis: quia legitima est pars hæreditatis, consequenter sola acceptari nō potest, reliqua parte repudiata. l. 1. & 2. ff. de acq. hæred. quod impedimētū nō habet locū in alijs creditis; & ideo mirum, si saluis alijs creditis repudiari pōt debitoris hæreditas.

Secundum argumentum est: Legitima differt ab hęreditate; est. n. pars bonorum, non autem pars hæreditatis; Ergo potest filius illam acceptare, & hæreditatē repudiare, sicut potest legatū quis acceptare & hæreditatē repudiare: quia legatum est diuersum ab hęredi
D tate. l. Filio pater. de leg. 1. l. Cum responso. C. de legat.

Respondi aliàs, & repeto, legitimam esse trientem vel semissem hæreditatis, iuxta Nouellam de Triente & Semisse. & consequenter partem hæreditatis esse. Nec obstat, quod legitima intelligatur deducto ære alieno. l. Papinianus, §. Quarta, ff. de inoff. testa. Quia id pertinet ad quantitatem & supputationem ipsius legitimæ: neque enim intelligi potest quanta sit, nisi prius deducatur æs alienum. Sed alioqui debetur tanquam pars hæreditatis, & titulo hæreditario.

Non obstat id, quod replicatur, titulo hæreditario legitimam filio relinquendam fauore ipsius filij: Ideo quod fauore inductum est, non debet in odium retorqueri. l. Quod fauore, C. de legib. Nam legitima semper est triens vel semis hæreditatis, & secundùm legē titulo hæreditario, siue institutionis relinquenda est. Hoc ius est certum & generale, ideo non potest filius eius formam immutare, atque adeò efficere, vt non sit

A pars hæreditatis, vt non relinqui debeat titulo institutionis, & sic naturam legitimæ à lege constitutam immutare non potest: & licet possit in aliquo casu testamentum approbare, in quo legitima non titulo institutionis relicta sit, non efficiet tamen, quin ipsa legitima sit triens, vel semis ipsius hæreditatis: quia non est in potestate priuatorum legum sanctiones, & iuris formam pro libitu euertere. l. 3. ff. de Testam. Et in quæstione nostra ex facto proponitur, filiũ velle legitimã acceptare, & hæreditatem repudiare: Ergo vult acceptare partẽ ipsius hæreditatis, nempe trientem, & reliquam partem repudiare. At hoc non põt, vt dictũ est.

Illud autem argumentum: Legitima propter inobedientiam vel propter non confectum inuentarium non perditur, & tamen perditur hæreditas. Auth. Hoc amplius, C. de fideicom. Auth. Sed cum testator, C. ad legem Falcid. Ergò legitima est quid diuersum ab hæreditate: ita refellitur; quia licet legitima sit pars hæreditatis, est tamen filio debita, & necessariò relinquẽda titulo institutionis, atq; ideo hoc singulari iure donata, vt nulli grauamini, nulli conditioni obnoxia esse queat: nullam ob causam auferri, nisi ea sit legitima & iure approbata. quæ singularia locũ non habent in reliqua hæreditate, ideo nil mirum videri debet, si ea ex causis supra relatis non amittatur: reliqua autem hęreditas amittatur.

B Tertium argumentum, repudiatio & aditio hæreditatis eodem iure censentur, §. penult. Institut. de hære. qual. & diff. Sed repudians hæreditatem non dicitur repudiare legitimam; ergo ex contrario, receptans legitimam non uidetur adire hæreditatem.

Respondi aliàs & repeto negãdo argumenti assumptionem. Nec enim id probatur ex l. Si quando, §. Et generaliter, C. de inoff. testam. Nihil enim aliud dicit, nisi eum qui simpliciter agnouit, & approbauit defuncti iudicium, non idcirco prohiberi legitimæ repletionem petere. Minus iuuat illud argumentum. Dos

C est ad instar seu loco legitimæ: Sed filia potest dotem retinere repudiata patris hæreditate. l. vlt. ff. de collat. dotis ergo similiter & filius legitimã retinere poterit hæreditate repudiata. Respondeo enim in hoc esse discrimen inter dotem & legitimam, (quod attinet ad rem nostrã) quoniã legitima est triens, & sic pars hæreditatis, & dos non est pars hæreditatis sed debitũ, quo pater viuens obstringitur. Tenetur.n. filię dotem dare. l. Qui liberos, ff. de ritu nupt. l. vlt. C. de dotis, promiss.

Quartum argumentũ. Filius in legitima grauari nõ potest. l. Quoniam in priorib. C. de inoff. testam. Sed si diceremus filium non posse hęreditatem repudiare, & legitimã retinere, grauaretur in ea ipsa legitima, quia contra suam voluntatem cogeretur acceptare hæreditatem. Est enim onus, cogi aliquid facere contra propriam voluntatem; Ergo dicendum est filium posse hęreditatem repudiare, & legitimam retinere.

Respondi aliàs, & confirmo, id non esse grauamen legitimæ adiectum ab homine, sed iuris hanc esse formam, ut quis non possit partem hæreditatis retinere,

D & partem repudiare: legitima autem est pars hæreditatis. Nulla ratio euiusmodi oneris habenda est, quia id ex iuris forma procedit. Sicuti nemo dixerit grauamẽ adiectum esse legitimæ eam ob causam, quod non aliter debeatur, quàm si filius erga parentes ingratus nõ extiterit. Hoc enim summa ratione iure constitutum est, vt filij ob iustas ingratitudinis causas exhæredari à parentibus possint, vt in Nouella. Vt cum de appell. cognosc. §. Aliud. Iuris igitur forma non continet iniuriam, sed obseruari debet.

Quintum argumentum. Legitima debetur iure naturali, sed ius naturale perimi non potest iure ciuili; ergo legitima non potest auferri per non aditionem hæreditatis, qui actus iuris ciuilis est: ex quo sequitur legitimam retineri posse repudiata hæreditate.

A Respondeo, legitimam non posse auferri iure ciuili ex causa iusta. etenim si absolutè auferri non posset, non liceret parentibus filios exhæredare etiam ob iustas ingratitudinis causas: Id enim iure ciuili constitutum est: & tamen id nemo dixerit. Hæc est autem iusta causa, quando filius reliquam repudiat hęreditatẽ; sic enim partem hæreditatis acceptaret, & partẽ repudiaret. quod fieri non licet, iustissimas ob causas; ne quis pro parte testatus, & pro parte intestatus moriatur, quod repugnat iuris regulis: ne pro parte hæredẽ habeat, pro parte non habeat, quod rationi repugnat, & multa continet incommoda, & absurda.

CAPVT LVII.

Possitne filius in re propria grauatus legitimam portionem retinere, & reliquam hæreditatem repudiare, si substitutum habeat vulgarem?

B Papinianus ita scribit: si libertus patrono hærede instituto ab eo petierit, ut seruũ manumittat, vel vt decẽ alicui det, *si substitutum habebit, æquè decreti remedium poterit procedere, ut accepta debita portione, cætera pars ad substitutum perueniat.* l. Si libertus patrono, ff. de bonis libert.

Huius legis autoritate communiori Doctorum sententia receptum est, filium, cui datus est vulgaris substitutus, hæredem institutum repudiare posse hæreditatem, & legitimam retinere, si legato rei propriæ grauatus sit. Nam si ita respondit Papinian. in patrono, cui legitima portio in bonis liberti debetur, id multò magis recipiendum videtur in filio cuius causa est longè fauorabilior, Bartol. in l. Gerit. nu. 23. ff. de acquir. hęred. Paulus Castren. & Alexand. in l. 3. C. de impub. & alijs substitut. Iason ibid. nu. 152. Couuar. in c. Raynut.

C §. 11. num. 11. de testam. Menochius de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. c. 1. nu. 69. Alexand. Trentacinq. de substitut. parte 1. cap. 10. num. 27.

Istis ego non assentior, quia aut filius hæres institutus, est in legitima grauatus, quia non habet integram legitimam; aut quia onus aliquod & grauamen seu conditio ei est adiecta: Priore casu testamentum impugnare non potest, sed repletionem petere. l. Omnimodo, C. de inoff. testamen. Posteriori casu grauamen seu conditio adiecta non valet, & pro non scripta habetur, l. Quoniam in prioribus, C. eod. tit. Cùm testamentum impugnare non possit, non uidetur etiam ei licere legitimam retinere, & reliquam hæreditatem repudiare: Quoniam, vt dictum est in præcedenti capite, nemo potest partem hæreditatis adire, partem repudiare. l. 1. & 2. ff. de acqui. hæred. Nec refert siue substitutũ habeat, siue non habeat, l. Si solus, ff. eo. tit.

Non erant hæc in legitima patroni ita constituta Papiniani tempore, ideo nil mirum, si patronus sic grauatus repudiata hæreditate legitimam portionem retinere potuerit. quod sanè nec Bartol. ignorauit.

D Sic enim scribit in l. Excusatus, ff. si quis omissa causa testam. *Si aliquis est grauatus in legitima, habet iustam causam omittendi. Hodie ista non esset iusta excusatio, quia de debita portione subducitur omne grauamen, tam in patrono, quàm in libertis.*

Sed non solus uideor communi sententiæ aduersari, autores habeo Salicetum in l. Quoniam in prioribus. C. de inoff. testamen. & Ancharanum in consi. 312. incipiente: Ex sola vulgari. Verba quin adscribam facere non possum, etsi paulò rudiora: *Sed falso semper fauori induio credo, quod grauamen in legitima non potest prætendi, si in reliqua portione hæreditatis, in qua est filius institutus, dato substituto, non allegetur grauamen, nec est ista causa iusta rũpẽdi iuris regulas, licet nouissimè leges, q̃ de nouo ius agẽdi ad supplementũ introduxerũt;*

hoc

hoc, sed oppositum voluerunt, dum tam filij quàm etiam testamenti, & voluntatibus testatorum subuenire voluerunt, ut patet in l. Quoniam in prioribus. & in l. Omnimodo. C. de inoff. testam. secundum enim illas leges grauamen succedendi est, & filius remanere debet heres, ut testator disposuit, ut sic tam testatori, quàm filio consulatur, & hac cognitio: an filius sit grauatus in legitima nec ne, est iudicis, non ipsius filij. Nam oportet ad hoc eum agere. Si enim deductis legatis & alijs oneribus, legitima non superest, iudex eam supplere debet: Si verò superest legitima, & etiam forte multū ultra, non credo filium posse legitimam retinere, & illud repudiare, & substituto locum facere: quia ille concursus instituti, & substituti, & partem adire, & partem repudiare, est contra iuris regulas. Non obstat l. Si libertus patronus. ff. de bonis libertor. Nam illum casum specialem in legitima patroni non traham ad legitimam filij. l. Quod contra. ff. de legibus. Vel secundum illam legem ius agendi ad supplementum, & submouendi omne grauamen de legitima, non erat cognitum. Ideo fortè illa lex non haberet locum in patrono, & multò minus in filio, cui est plenè consultum per l. Omnimodo. & hoc sentit expressè Bartol. in l. Excusatus. ff. si quis omissa causa testament. Hactenus Ancharanus.

CAPVT LVIII.

Bonorum possessionem an agnouisse præsumatur ille, qui possessoriam hæreditatis petitionem contra bonorum occupatores instituit?

INter veteres ac nouos interpretes, qui commentaria scripserunt in Rub. C. qui admitti, &c. controuersia agitata est, de eo, qui possessoriam hæreditatis petitionem instituit, an uideatur bonorum possessionem agnouisse, prout requiritur. Et post eos iterum hæc res in examen uocata est a Mantica de Coniecturis ultimar. volunt. lib. 12. tit. 15. & à Menochio de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. 103. Controuersia inde orta est, quòd olim causa cognita & decreto Prætoris interueniente agnoscenda erat bonor. possess. l. 3. §. Si causa cognita. ff. de bonor. possess. Nunc uerò qualiscunque testatio amplectendæ hæreditatis apud quemcūque iudicem sufficit ex lege Constātini, quæ est l. ult. C. qui admitti. Est igitur in eo controuersia posita, an ex eo, quòd quis in iudicio possessoriam hæreditatis petitionem mouet, uideatur bonorum possessionem agnoscere. Et mihi eorum sententia magis probatur, qui dixerūt videri. Nam procul dubio is, qui agit in iudicio, & bona ipsa uindicat, satis declarat se bonorum possessionem agnoscere, atque hæc uidetur esse sufficiens *testatio amplectendæ hæreditatis*. Neque enim aliqua uerborum solennitas ad hoc est necessaria, neque etiā decretum iudicis est necessarium, ut aliàs disputatum est; quia Constantinus *manium verborum* sustulit *captiones* & hoc *obseruari* decreuit, *ut qualiscunq; testatio amplectendæ hæreditatis ostendatur*, illaque sufficiat loco antiquæ solennitatis. Si ergo qualiscūque sufficit testatio, rectè infertur, & hanc, qua de agitur, sufficere.

Responderi solet specificam expressionem (ita.n. loquuntur) requiri, & præterea Prętoris consensum. Et ideo non induci agnitionem ex possessoria hæreditatis petitione instituta: neq; enim specificam id expressionem continet, neque iudicis decretum.

Sed replicari potest, specificam illam non requiri expressionem. id.n. meritò negari potest, cum ex Constantini lege sufficiat qualiscunq; testatio, hoc est, declaratio amplectendæ hæreditatis. Hæc autem est aliqua declaratio amplectendæ hęreditatis. Nam qui possessoriam hæreditatis petitionem mouet, sine dubio agnoscit bonorum sibi delatam possessionem, & satis apertè declarat, se illam amplecti. Id confirmari potest ex responso Papiniani in l. Cum quidam. ff. de bo-A nor. possess. in illis uerbis: *Attamē, quia hoc proposito accusationem instituit, ut ius suum sibi seruet: agnouisse successionem non immeritò videbitur.*

Quod uerò dicitur, decretum iudicis esse necessarium, nequaquā defendi posse, multis rationibus a nobis supra disputatum est, & ostensum lib. 5. c. 74.

At, inquiunt contrariæ sententię autores: Bonorum possessionis agnitio iudicis præsentiam requirit, quod patet ex d. l. ult. C. qui admitti. ibi: *apud quemlibet iudicem, &c.* Ergo requirit & intelligentiam. l. Coram. ff. de uerborum signific. Non intelligit autem iudex actorem uelle bonorum possessionem agnoscere, sed iam agnouisse præsupponit, quandoquidem actionem instituit.

Respōdeo, imò iudicem optimè intelligere ipsum actorem agnoscere, quæ enim clarior amplectendę hęreditatis contestatio esse potest, quàm illius, qui bona ipsa hæreditaria uindicat eo nomine, quòd ei delata B sit ipsa bonorum possessio? Ea uindicatio includit animum agnoscendæ possessionis tunc esse, utrum prius fuerit, incertum est: quid enim prohibet, quo minus tunc primum, cum possessio uindicatur, animus agnoscendi detegatur?

CAPVT LIX.

Bonorum possessio an intra statuta a legibus tempora agnita fuisse præsumatur?

MAxima est controuersia, utrum, si constet agnitam fuisse bonorum possessionē ab eo, cui delata est, præsumatur fuisse agnita intra tempora legibus constituta ad agnoscendam bonorum possessionem. Nam multi affirmant, multi negant, Alij alijs atque alijs distinctionibus utuntur, ut uidere licet ex antiqs C & nouis Doctoribus, qui commentati sunt in Rub. C. qui admitti. & nouissimè ex Mantica de coniecturis vlt. volunt. lib. 12. tit. 15. num. 13. & Menochio de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. 104.

Non animaduerti ego aliqua lege nunc iuris articulum decidi posse, quanquam multa variaque hinc inde proferantur argumenta. Hoc.n. duntaxat legib. decisum est, agnoscendam esse bonorum possessionē intra tempora statuta. l. vlt. C. Qui admitti. quod ad decisionem huius articuli nō rectè trahitur, quemadmodum nec illa verba Iustiniani trahi possunt in §. vltim. in Inst. de bono. possess. *Sed quocunque modo admittentis eam iudicium (intra statuta tamen tempora) ostenderit, plenum habeat earum beneficium.*

Horum enim verborum eadem est sententia, quæ Constantini in d. l. vltim. C. qui admitti. *Qualiscunque testatio amplectendæ hæreditatis ostendatur statutis prisco iure temporibus coarctanda, &c.*

D Sed non est hoc punctum, de quo disputatur: Quod enim intra statuta tempora sit agnoscenda bonorum possessio, ex his testimonijs satis constat; Vtrum verò præsumatur agnita intra constituta tempora nostra, hæc disputatio quærit.

Ex generalibus ergo iuris regulis & præceptis petēda est decisio. Prior regula sit hæc. Si agnoscens bonorum possessionem bona ipsa teneat atq; possideat, & ab alio conueniatur negante fuisse agnitam cōstituto tpe, iste negans probare dēt, & donec id probauerit, præsumendum erit agnitam fuisse tempore constituto. Hæc regula probatur ex eo, quòd pro possessore præsumitur. §. Commodum. Instit. de interd. l. vlt. C. de rei vind. c. Ex litteris. de prob. l. 2. ff. vti possid. l. 1. §. 1. ff. Si pars hæred. petatur.

Secunda regula: Si non possideat, Sed tamē ipsa bonorū possessio iudice præsente, & suā interponēte autoritatē agnita sit (quanquam.n. necessarium nō sit iu-

dicis decretũ, nihil tũ prohibet quo minus intercedat) tunc præſumetur agnita tempore legibus conſtituto: quia præſumitur iudex rectè & ritè proceſſiſſe. l. 2. C. de off. ciui. iud. c. Abbate. de verb. ſig.

Tertia regula: Si is, cui delata eſt bonorum poſſeſſio non ignorauerit ſibi delatam eſſe, ex morte eius, cuius de hæreditate agitur, non erit difficile intelligere, an intra tempora legibus conſtituta fuerit agnita nec ne. Nam dies delatæ bonorum poſſeſſionis ſpectabitur, & agnitionis factæ: & ex his facilè cognoſci id poterit, ac pinde nullus diſceptationi locus eſſe poterit.

Quarta regula: Si is, cui delata eſt bonorum poſſeſſio, ignorauerit eam ſibi delatam, eamque agnouerit, aduerſario dicenti non fuiſſe agnitam in tempore, pro batio incumbet. Nam tempus ad agnoſcendam bonorum poſſeſſionem non currit, niſi ex die ſcientiæ. l. 2. l. Quamdiu. C. Qui admitti. Cùm ergo ignorauit delatam eſſe, non poteſt in dubium vocari, an tempore cõſtituto agnouerit, niſi probetur ex die ſcientiæ lapſum eſſe legitimum tempus, intra quod agnita non fuerit.

Quinta regula: Si non conſtet, vtrum is, cui delata eſt bonorum poſſeſſio, ſcierit, vel ignorauerit ſibi delatam, in dubio præſumitur ignorantia. l. vlt. ff. pro ſuo. l. Verius. ff. de probatio. c. Ignorantia. de reg. iuris, lib. 6. niſi probetur ſcientia, quæ facilè probabitur, ſi mors in eadem Ciuitate contigit, publicè omnibus cognita, ſi is, cui delata eſt bonorum poſſeſſio, fuit præſens, & ab inteſtato delata ſit: ſicut econtrariò, ſi fuerit abſens, vel ex teſtamẽto delata ſit, & fortè ſit extraneus, ignorantiæ præſumptio erit. Verùm hæc ex varijs cauſarum figuris & circumſtantijs ratiò definiri poterit.

Alia multa ex Mantica & Menochio adſerri poſsũt locis annotatis; ſed cùm ea non expenderim, conſultius fore putaui, ad eos Lectorem remittere his paucis, quæ ad principalem controuerſiam pertinent, & iuris regulis uidentur mihi conſentanea, contentus.

CAPVT LX.

Si quis dixerit; Credo hanc hæreditatem eſſe reſpuendam, & mihi non expedire, *an repudiata cenſeatur poſt trium menſium lapſum?*



SI hæres inſtitutus non repudiauit, neque adiuit hæreditatem, ſed dixit eam reſpuẽdam credo, uel ſibi non expedire, hæc uerba cum concurſu trium menſium induxit repudiationem, ita docet Bartolus in l. ult. §. Cum igitur. nu. 1. C. de iure deliber. & in l. Si quis ſuus. nu. 8. ff. eod. tit. Sequitur Paulus Caſtrenſis in d. §. Cùm igitur. nu. 9. & in l. Qui ſe patris. nu. 2. C. unde liberi. Mantica de coniecturis ultimar. uoluntatum, lib. 12. tit. 14. nu. 20. & alij, quos commemorat Menochius de Præſumpt. lib. 4. Præſumpt. 102. nu. 7.

Sed non placuit hæc ſententia Iaſoni in d. l. Qui ſe patris. nu. 41. uerſ. Secundò limitat. nec Decio ibidem nu. 18. nec alijs, quorum facit mentionem Maſcardus de Probationib. uol. 2. concl. 853. nu. 16. 17. Nec mihi quoque placet, niſi verba ſint talia, quæ per ſe repudiationem inducant, iuxta ea, quæ diſſeruimus ſuprà hoc eod. lib. cap.

Nam fundamentum, quo prior nititur ſententia, valdè eſt infirmum: Eſt enim poſitum in l. vlt. §. Simili que modo. C. de iure delib. *Similique modo* (inquit Iuſtinianus) *ſi non titubante animo reſpuendam, vel abſtinendã eſſe crediderit hæreditatem, & apertiſſimè intra trium menſium ſpatium, ex quo ei cognitum fuerit, ſcriptum ſe eſſe, vel vocatum hæredem, renunciet, nullo nec inuentario faciendo, nec alio circuitu expectando, ſit alienus ab eiuſmodi hæreditate, ſiue onerosa, ſiue lucroſa ſit.*

Hæc eſt Iuſtiniani ſententia: quia hæres intra ſpatium trium menſium, ex quo ſcit hæreditatem ſibi de-

A latam eſſe, inuentarium facere tenetur, ſi intra illud tẽpus apertiſſimè hæreditati renunciauerit; quia non titubante animo, ſed deliberato & firmo credidit it non ſibi expedire, vt eam agnoſcat, & adeat, & ideo abſtinendam vel repudiandam eſſe: tunc alienus erit ab eiuſmodi hæreditate, ſiue damnoſa, ſiue lucroſa ſit. nec erit opus, vt inuentarium faciat, vel quid aliud expectet ur; quia ſcilicet manifeſtum eſt eum nolle hæreditatem adire, & ei renunciare.

Hoc in loco ſpatium trium menſium nihil operatur, ſed apertiſſima renunciatio eius, cui delata eſt hæreditas, totum facit, quamobrem, vt dixi, ſi renunciatio ex verbis, aut factis non appareat, non puto aliquid ad eam inducendam valere lapſum trium menſium.

Nec obſtat, ſi dicatur aliquid valere lapſum trium menſium, quia illud tempus datur ad conficiendũ inuentarium: Et ideo, ſi hæres illud non conficiat, videtur ſignificare, ſe non habere animum hæreditatem a-

B deundi: præſertim cùm dixit illa verba, *ſibi eam non expedire; Eam abſtinendam ſiue reſpuendam credere.* Nam reſpondeo, ſi hæc verba dixerit is, cui delata eſt hæreditas, quia *non titubante animo*, ſed certo ac firmo decreuerit abſtinere, vel repudiare, ſicut loquitur textus, nõ tamen eam repudiauerit, vel abſtinuerit *apertiſſimè*, tunc nihil profuturum eſſe lapſum trium menſium: Ex eo enim lapſu temporis excludetur quidem hæres à beneficijs inuentarij, quia illud non confecit: ſed nõ propterea ab hæreditate excludetur. Neq; enim ideo minus hæres eſſe, & hæreditatem adire aliquis poteſt, quoniam inuentarium facere neglexit. Et ſi enim ab initio dubitauerit, an eſſet adeunda, & proclius eſſet ad eam reſpuendam, vel abſtinendam; quia tamen poſtea non renunciauit, præſumi poteſt velle deliberare, iuxta l. Cùm antiquioribus. C. de iure delib.

C Et ideo nequaquam eorum ſententiam probo, qui hoc in caſu, quo labitur trimeſtre ſpatium, hærede nõ apertè renunciante, exiſtimant eum adiuiſſe hæreditatem. Cur enim hanc coniecturam capiunt repugnantem priori eius cõteſtationi, cùm alia capi poſſit huic negotio magis accommodata, vt videlicet, ſi non perſpicua ſit repudiatio ex priori conteſtatione, uel aliàs poſtea intra trium menſium ſpatium eum, cui delata ſit hæreditas, credatur uelle deliberare, cùm poſſit cõſtitutionis beneficium inuentario non confecto intra ſtatuta tempora negligere, & ad deliberationis auxiliũ conuolare? d. l. ult. §. Sin autem hoc aliquis fecerit. C. de iure delib. ibi: *Cùm enim gemini tramites inuenti ſint, vnus quidem ex anterioribus, qui de liberationem dedit: alter autem rudis, & nouus a noſtro numine repertus, per quem adeuntes ſine damno conſeruantur: Electionem ei damus, uel noſtram conſtitutionem eligere, & beneficium eius ſentire: uel ſi eam aſpernandam exiſtimauerit, & ad deliberationis auxilium conuolauerit, eius effectum habere.*

D

CAPVT LXI.

Repudiatio hæreditatis an inducatur ex eo, quod is, cui delata eſt, verbis futurum tempus ſignificantibus teſtetur ſe nolle adire.



VNum teſtat de repudiatione controuerſum: Sitne repudiatio hæreditatis inducenda ex uerbis futurum tempus denotantibus, puta ſi is, cui delata eſt hæreditas, dicat; *Non adibo, Profiteor me non aditurum.* Affirmant induci repudiationem Baldus in l. Qui ſe patris. nu. 12. C. unde lib. nec non ibidem Salycetus & Alexand. num. 6. uerſic. Tertiò fallit. Mantica de Coniecturis ult. uolunt. lib. 12. tit. 14. nu. 22. Menoch. de Præſump. lib. 4. Præſumpt. 102. nu. 9. Negant Iaſon in d. l. Qui ſe patris, poſt n. 41. uerſ. Quartò mirabiliter. Decius poſt nu. 18. & quidã alij à Maſcardo relati de Probationibus, vol. 2. concl. 853. ubi

853. vbi quandam distinctiunem adhibet ad concilian das opiniones ex Benedicto Plumbino.

Sed certè hac in re distinctione opus non est, quoniam satis plana est & perspicua. Etenim constat inter omnes, recusari hæreditatem posse verbis, & quocunque indicio uoluntatis, l. Recusari, ff. de acq. hære. sed quænam sunt uerba magis apta istis: Non adibo, Profiteor me non aditurum? His verbis usi sunt ad declarandam hæreditatis repudiationem Iurisconsulti, vt in l. 1. ff. de Curatore bonis dando, & in l. Vnius, §. 2. ff. Quibus ex cau. in possess. eatur. Vnde non obstat, quod responderi solet, hæredi statutum fuisse tempus ad repudiandum, uel adeundum in casibus, de quibus Iurisconsulti responderunt; quia unum hoc perpendo, usos eos fuisse uerbis illis, & ita interpretatos, ut repudiandi animum significent.

Quod uerò Iason attulit, non tam ad impugnandã hanc sententiam pertinet, quàm ad ostendendum nullum esse discrimen inter uerba præsentis & futuri B tem poris. Quod etsi concedi posse nõ dubitem; quoniam illa uerba, *nolo adire*, mihi repudiandi animum significant, ut superius explicaui, tamen non idem omnibus uidetur, & leges ab Iasone citatæ nihil eum iuuant; quoniam in eo casu loquuntur, quo certum esse præsupponitur, hæredem animum repudiandi habere, quod Decius Iasoni parum æquus non reticuit.

CAPVT LXII.

Vtrum pater feudum vni ex filijs prælegare possit?



Trum pater prelegare uni ex filijs feudum possit, uariæ ac dissidentes sunt Doctorũ sententiæ, ut uidere licet ex Curtio iuniore de feudis in quarta par. Tiraquello de rettractu consanguin. §. 1. Glos. 6. nu. 23. C Claro in §. Feudum q. 40.

Prima est sententia; patrem posse feudum prælegare uni ex filijs, ita respondit Paulus Castrens. in cons. 379. incipien. In causa, quam Magnificus, li. 1. qui multos habuit sequaces. Fundamentum eius est, quia valet argumentum ex similib. l. Non possunt, ff. de legibus. Sunt autem multi casus similes, in quib. pater potest uni ex filijs aliquid prælegare. Nam lucra nuptialia tenetur mater reseruare filijs primi matrimonij: & tamen unum ex eis potest eligere, & alios excludere, l. 2. C. de secund. nupt. Et licet illa lex Nouella Iustiniani sublata sit, tamen ratio illius sublata non est.

Secundò, ius patronatus descendit in omnes liberos æqualiter, l. Vt iurisiurandi, §. Si liberi, ff. de operis liberto. tamen potest vni ex filijs assignari, alijs exclusis, l. 1. ff. de assign. liber.

Tertiò, si quis rogatus sit aliquid familiæ relinquere, D potest unum solũ ex familia eligere, cui relinquat, l. Vnum ex familia. de leg. 2.

Quartò, licet quis receperit emphyteusim pro se & liberis suis, põt tñ vnum eligere ex eis, cui relinquat, cęteris exclusis, ut docet Speculator tit. de locato. q. 78.

Sic ergo & de feudo respondendum, licet teneatur pater illud omnibus filijs reseruare, pro quibus fuit cõcessum. Potest tamen illud vni prælegare.

Nec obstat, si dicatur non esse permissum, vt quis de feudo testetur, ut in c. 1. de success. feudi. Quoniã id intelligendum est, quando in extraneos quis testari vellet, & extraneis feudum legare: nõ autem si liberis relinquere velit, præsertim si hoc faceret propter publicam vtilitatem, ut puta, si feudum iurisdictionẽ haberet annexam. Expedit enim, vt uni tantùm assignetur: quia melius per unum, quàm per multos iurisdictio administratur.

Cæterum hoc fundamentum Pauli Castrensis faci A lè destruitur. In primis tex. in ca. 1. de success. feudi. excludit interpretationem, quam ipse adfert. Sic enim ait: *Si quis igitur decesserit filijs & filiabus superstitibus, succedunt tantum filij æqualiter, vel nepotes ex filio, loco sui patris, nulla ordinatione defuncti in feudo manẽte vel valente.*

Illa verba textus: *Nulla ordinatione*, excludunt omnem ordinationem. Sunt enim generalia. Et quoniam in præcedentibus verbis dictum est, filios æqualiter in feudo succedere, & statim subiecta est illa clausula: *Nulla ordinatione*, &c. satis apertè colligitur non valere ullam defuncti ordinationem, per quam filij non æqualiter succederent.

Deinde, quod attinet ad l. 2. C. de secund. nupt. illa est prorsus sublata ex Iustiniani Nouella 2. & 22. Quare, vt maximè olim ex ea liceret argumentum sumere, quod uni ex filijs pater feudum prælegare possit, exemplo matris, quæ lucra nuptialia uni ex filijs poterat relinquere: hoc tamen argumentum non potest amplius B adferri; quoniam matri ius illud eligendi unum ex filijs ademptum est.

Denique, argumentum ex iure patronatus ideo nõ obstat: quia de eo testari pater prohibitus non est, sicut de feudo, imò testamento assignare libertum potest, l. Testamento, ff. de assignan. liber. Similiter nec ille, qui aliquid familiæ rogatus est relinquere. Quod verò adfertur ex Speculatore de emphyteusi argumentum, non magni ponderis est; tum quia controuersia est illa Speculatoris sententia; tum quia in emphyteusi talem prohibitionem testandi non habemus.

Solet à nonnullis & hoc argumẽtum adferri, quòd si pater uni ex filijs feudum prælegauerit, ideo consistat legatum; quia non potest alter filius patris uoluntatem impugnare, cùm sit hæres, l. Ex qua persona. De reg. iur. l. Cum à matre. C. de rei vind. Sed facilè refellitur hoc argumentum. Etenim non est filius, qui hoc in casu patris uoluntatem impugnet, sed est lex, quæ pro C hibet patrem testari, & consequenter feudum ipsum prælegare. Ita quoque nemo diceret, hæredem obligatum esse ad legata præstanda, quæ secundùm legem nullius sunt momenti, vt in §. Non solùm. in Instit. de legatis: & tamen, quia defuncti uoluntatem impugnare hæres non potest, dicendum esset, teneri ad ea legata præstanda, quòd est absurdum.

Secunda est opinio, distinguendum esse inter feudum antiquum & nouum, uidelicet à patre ipso quæsitum: vt si de feudo antiquo agatur, illud pater uni ex filijs prælegare non possit; si uerò de nouo feudo agatur, possit. Autores huius sententiæ putantur fuisse, Andreas Isernia in c. 1. de aliena. feud. Andreas Siculus in cons. inserto inter consil. Alexandri. 4. lib. consil. 55. nu. 58. 59. & eam secutus est Clarus d. §. Feudum, qu. 40. & multi alij à Tiraquello citati loco annotato.

Fundamentum est, quia in feudo antiquo non potest pater filijs pręiudicare, quibus est ius quæsitum ex D antiqua concessione à domino facta, c. 1. de aliena. feudi paterni. Cæterùm in feudo nouo, quod ipse pater acquisiuit, potest, argumẽto l. 3. ff. de seruis exportan. & d. c. 1. de aliena. feudi. pater à contrario sensu.

Sed hæc sententia haud difficulter refutari potest. Quoniam dato, quod pater uiuens alienando præiudicare possit filijs suis in feudo nouo, non tamen sequitur eum posse testando præiudicare: quia alienatio feudi cum consensu domini ualet, sed testamentaria dispositio de feudo non ualet.

Tertia est opinio, distinguendum esse inter feudum hæreditarium, & non hæreditarium. Nam, si sit hæreditarium, ut puta concessum pro quibuscunque hæredibus, etiã extraneis, uidetur patri licere illud uni prælegare; secus, si non sit hæreditarium. Ita post alios Alexander respondit in cons. 28. col. vlt. lib. 5. & Curtius iunior hanc secutus est sententiam loco suprà citato, nec non etiam Clarus. Et fundamentum est, quia

tale

tale feudum transire potest ad quemcunque extraneum; A ergò multò magis ad filium. Item, quia non trãsit ad filios, nisi sint hæredes patris? Ergo non licebit eis impugnare defuncti testamentum ac voluntatem. argum. l. Cum à matre. C. de rei vindic.

Sed hæc sententia non est recipienda propter duas causas. Prima est, quod cùm disputamus, an feudũ possit vni à patre prælegari, id de feudo proprio accipiendum videtur. Illud autem est impropriè feudum, quod transit ad extraneos hæredes. Deinde, quia etiam in eiusmodi feudo improprio locum habet generalis prohibitio testandi, & ratio illius, vt ex sequentibus patebit. Et quod dicitur, filium hæredem patris impugnare non posse eius voluntatem, refutatur ex his, quæ superius dicta sunt.

Quarta igitur sententia docet, patri non licere feudum vni ex filijs prælegare, quæ mihi verissima videtur. Et est communis sententia, teste Zasio de feudis in 8. part. in 3. particu. vers. Et hanc partem. B multi eam secuti sunt, quos loco annotato Tiraquellus commemorat. ego addo Iacobum Cuiacium in commentarijs ad lib. 4. feudor. tit. 54.

Probatur multis argumentis. Primò, quia nulla defuncti ordinatio in feudo valet, ut in c. 1. de success. feudi. ergo nec illa ualebit, qua uni ex filijs feudum prælegauerit.

Secundò. Nam patris ius omne, quod habet in feudo, morte eius extinguitur, & alijs defertur, qui ex concessione uocati sunt. Nemo autem legare potest ius, quod morte sua periturũ est. l. Vxor patrui. C. de legat.

Tertiò, nam si posset uasallus de feudo testari, & feudum legare, illud alienare, & in alium transferre posset absque domini consensu, quod legibus feudorũ repugnat. c. 1. de prohib. feudi alienat. per Fridericum. Nec dicatur posse adhiberi domini consensum: *Nam satis constanter veteres decreuerunt testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.* C l. Illa institutio. ff. de hæred. instituend.

Quartò, omnes filij æqualiter in feudo succedunt. c. 1. de success. feudi. ergo non licet patri aliter disponendo efficere, ut unus tantùm succedat. argumento Nouellę 2. & Nouellę 22.

Si dicatur etiam in alijs rebus idem constitutum esse, ut æqualiter liberi ab intestato parentibus succedãt, & tamen licet ipsis parentibus plus uni legare, quàm alteri. l. Parentibus. C. de inoff. testament. Respondeo, hæc esse dissimilia. Nam in alijs rebus permissum est parentibus testamentum condere. At in feudis permissum non est. Deinde in alijs rebus ius filijs non competit excepta legitima portione, at in feudo ius competit ex concessione domini, qui post mortem patris liberos ad feudum inuitauit. Quod si proponas patri duntaxat feudum concessum fuisse, non etiam D eius liberis, tunc res erit magis perspicua, quod pater non possit feudum uni prælegare; quoniam ius quod habet, morte ipsius perimitur, & filijs defertur non tanquam à patre transmissum, sicut cętera iura transmittuntur ad hæredem; sed tanquam à lege delatum ipsis filijs, non tanquam patris hęredibus; sed tanquam filijs.

Hæc postrema ratio locum non habet in feudo hæreditario; sed tamen in eo sufficere possunt aliæ rationes, pręsertim, quia de feudo proprio disputatio accipienda est, non de eo, quod propriam feudi naturam non habet, quale est illud, de quo loquitur tex. in cap. 1. tit. de feudo non habente propriam naturam feudi. & si qui alij sunt similes.

CAPVT LXIII.

Pater an prælegare possit emphyteusim vni ex filijs suis.

PAter emphyteusim stipulatus est sibi suisq; liberis, vtrum eam testamento prælegare vni ex liberis possit? Negat Bartolus ad l. Vt iusiurandi. §. Si liberi. ff. de operis libertor. Affirmat Io. Imolẽsis in c. Potuit, nu. 68. de locato. Vtrique non desunt adstipulantes, vt videre licet ex Curtio iuniore de feudis in 4. par. post nu. 132. Vers. Subijcit tamen. Claro. in §. Emphyteusis, q. 16. Couuar. variar. resol. lib. 2. cap. 18. nu. 2.

Fundamentum Bartoli est primo in c. 1. de success. feudi, ibi: *Nulla ordinatione defuncti in feudo tenente vel valente*. Idem igitur & in emphyteusi. Secundò, quia filijs ius quęsitum est omnib. æqualiter ex stipulatione patris, ergo non potest eis auferri. arg. l. Si cum pater. §. Si pater. ff. sol. mat. l. Id quod nostrum. de reg. iur.

Fundamentum Imolensis est, quia filijs ius acquisitum est beneficio patris, ergo pater auferre potest. arg. l. 3. ff. de seruis exportand. l. Qui Romæ. §. Flauius. ff. de verb. oblig. cum ibi notatis à Bartolo.

Deinde, quia pater dum acquirit filijs suis aliquid, videtur illis donare. l. Filię. C. fam. hercisc. sed donatio reuocari potest, vt ibi dicitur. Videtur autem reuocari ex eo, quod pater vni prælegauit, quia ex eo apparet patrem nolle, vt alij habeant. Ergo prælegatum valet. Addi potest emphyteusim alienari posse, & in alios trãsferri. l. 3. C. de iure emphyt. §. Adeò. in Instit. de locat. Ergo & legari poterit.

Ego puto Bartoli sententiam veriorem esse, & moueor hoc argumento; Quoties pater filio stipulatur in tempus, quo sui iuris est, actio ipsi filio acquiritur. l. Non quodcunque 45. §. si quis ita. ff. de verb. oblig. Vlpianus; *Si quis ita stipulatus, post mortem meam filia mea dari. vel ita: post mortem filia mea mihi dari, utiliter erit stipulatus: sed primo casu filia utilis actio competit, licet hæres ei non exstat.* Dicitur autem vtilis actio competere, & non directa: quia nemo alteri stipulari potest, tamen hoc in casu valet stipulatio, quia pater est, qui filio stipulatur: sed quia refertur stipulatio in tẽpus, quo sui iuris est, videtur idem, ac si extraneo vel emancipato stipuletur, ideo non oritur directa actio, sed vtilis.

Sed in præsenti casu pater filijs suis stipulatur in tẽpus, cum erunt sui iuris effecti: nimirum post mortem ipsius patris: quia emphyteusis hoc modo cõcessa, intelligitur concessa primum patri, & eo mortuo filijs: ergo post mortem patris actio filijs acquiritur.

Hoc ita posito sic argumentor: Emphyteusis post mortem patris ad filios spectat æqualiter, quia ęqualiter omnib. pater acquisiuit & stipulatus est. Ergo non licet patri eam vni tantum prælegare.

Probo consequentiam. Nam si filijs omnibus emphyteusis acquiritur post mortem patris: ergo patris ius morte finitur. Sed quando aliquis legat rem aliquã in qua ius habet, sed illud morte eius extinguitur, non valet legatum. l. Vxor patrui. C. de legatis. l. Si domus, §. vlt. & l. Quod in rerum natura. §. 1. de leg. 1. Ergo in proposito casu legatum non valet.

Ad primum argumentum contrariæ opinionis respondeo: illud procedere, quando id, quod pater stipulatur vel acquirit filijs, non refertur ad illud tempus, quo sui iuris sunt: quia tũc ius acquiritur filijs, ac proinde eis auferri non potest. Nec ad rem pertinet, l. 3. ff. de seruis exportand. & similes, quibus dicitur, vendito seruo, vt intra certum tempus manumittatur, posse venditorem ab hac manumissionis lege discedere, & eo pœnitente, non teneri emptorem seruum ea lege venditum manumittere. Nam ratio est ibi manifesta, quia seruus est venditoris, quia pactum adiecit,

neque

neque seruo actio quæsita est; licet enim libertatis sit capax, ac proinde fiat liber ex eo pacto: non tamen ius acquirit irreuocabile, sed hoc pendet ex voluntate domini. At in casu nostro actio filijs acquiritur ex stipulatione patris, quia refertur in illud tempus, quo filij iuris sui sunt, quo casu patri non acquiritur. A

Ad secundum argumentum conceddo donationem esse; sed quia confertur in tempus, quo filij sui iuris sunt, illis actio competit, quam pater auferre non potest prælegando; quia prælegatum post mortem patris effectum habet, quo tempore pater nullum ius habet in emphyteusi.

Ad argumentum, quod attuli de alienandi potestate, quæ patri competit, respondeo, diuersam esse rationem inter alienationem & legatum. Nam alienatio fit inter viuos à patre, qui tunc obtinet & possidet emphyteusim; ac proinde potest illam alienare. Nam acquirendo sibi & filijs, primùm sibi acquisiuit, deinde filijs, quare si velit, potest meritò alienare. Neq; enim dum filijs stipulatus est, intelligitur sibi præiudicare voluisse, quò minus suo iure rem alienare posset. Sed prælegatum fit in vltima voluntate, & in tempus refertur, quo pater nullum ius habet: sed filijs ex stipulatione ius competit. l. Illa institutio. ff. de hæred. instit. B

Si quis autem hoc adferat iuris regulam: Hæredem non posse voluntatem defuncti impugnare; ac proinde filium, qui est patris hæres, prælegatum agnoscere, ac minimè impugnare oportere, cùm & res aliena legari possit, & ipsius hæredis propria. Respondeo, non filium hæredem patris legatum impugnare sed legem, quæ hanc legati speciem non fouet: quia hoc legatū interpretatur, non tanquam rei alienæ legatum, sed tanquam legatum rei propriæ legantis, qui crediderit se ius habere legandi, cùm non haberet. Vt latius hoc videre? *Vxor patrui tui, si testata decesserit, res tuas tā-tùm vsumfructum earum habens, legare non potuit.* l. Vxor. C. de legatis. Hic testator si res alienas legauerit, ideo non valet legatum; quia videtur legare ius quod habet, illud autem morte eius extinguitur: Id non latuit Accursium, qui ita scribit eo in loco: *Sed nonne potuit rem alienam legare? Respondeo vtique, sed cùm non sit sua, tunc quod habet tantùm legare videtur, at hi post mortem nullum ius remanebit, quare legatum non tenet.* Et sequitur Iason. Bartol. & alij in commentarijs d. l. Vxor. C

Atque huc pertinent verba illa l. Sticho. ff. de vsufr. legat. *Videri Stichum potius, quod habere se crederet, quàm quod onerare hæredes vellet, legasse.* Et est communis omnium sententia, quod legatum non valeat, quoties testator legatam rem, in qua ius habet morte sua periturū. in feudo, & emphyteusi exempla adfert post alios ab eo citatos Menochius de Præsumpt. lib. 4. Præsumpt. 18 nu. 19. 20.

Quod si proponatur testatorem omnino voluisse, etiamsi sciret post mortem suam nihil sibi iuris competere in emphyteusi, sed eam ad liberos pertinere, pro æquis portionibus, eam vni prælegare, tunc putarem legatum valere; quia in claris non est opus coniecturis, ex tradditis per Alexandrum in cons. 9. num. 16. lib. 2. cum alijs a Menochio citatis loco proximè anno 1a. cu. nu. 23. & Præsumpt. 117. nu. 6. 7. eod. lib. Est enim exploratum, rem alienam legari posse. l. Cùm alienā. C. de legatis, & rem hæredis. l. Vnum ex familia. §. Si rem. de leg. 2. l. Cum filius. §. Dominus. ff. eodem. cum multis alijs similibus. D

Verùm in istis terminis cōtrouersia à nobis hoc in capite proposita, non est inter Doctores: sed quando pater simpliciter, prælegat vni ex filijs totam emphyteusim, quæ communis est omnibus filijs, Tale legatū non valet, quia patris ius morte extinguitur, ex ijs, quæ iam allata sunt.

CAPVT LXIV.

De donatione simplici, an sit conferenda ad l. Filiæ. C. fam. hercisc. & l. Si donatione. C. de collat. & l. pen. C. eod. tit.



Vperiore libro nonnullas de collationib. quæstiones controuersias exposui, atque illam in primis: an donatio simplex filiofamilias collata sit conferenda nec ne? quam & in hoc capite iterum exponendam proposui. Iuuat autem eam retractare: quoniam alia quædam in mentem venerūt, quæ veritati magis cōsona esse planè iudico, nec illud moror, quòd fortè aliqua ex parte, ijs, quæ alias dixi, hæc aduersabuntur, quoniam hoc vnum mihi præcipuum studiū est, veritatis inquirendæ, eiusdemq; inuentæ ad publicam vtilitatem in lucem proferendæ, paratusque semper ero, toties mutare sententiam, quoties veritatem vel ipse inuenero, vel ab alijs inuentam cognouero.

Controuertitur; an donatio simplex, vt dixi, conferenda sit. Non esse conferendam probat l. Filiæ. C. famil. hercisc. Conferendam esse probat l. Si donatione. C. de collat. Rursus conferendam non esse probat l. pen. C. eod.

Quod attinet ad l. Filiæ. eam sic accipio, vt loquatur condito testamēto, propter illa verba: *Si non postea contrarium eius iudicium probetur*. Videntur enim indicare, textum accipiendum esse, quando aliquod extat patris iudicium, scilicet testamentum, sed non contrariū donationi factæ; Et in hoc assentior Iacobo Cuiacio lib. 3. capite 30.

Quod attinet ad l. Si donatione. quæ est eiusdem Diocletiani, eam puto accipiendam nullo condito testamento, vt videlicet tunc collationi locus sit: nullum enim est ibi verbum, ex quo testamentum conditum significetur.

Sed contra objicitur, eiusmodi donationem conferendam non esse; quia non valet, & morte patris silentioque confirmatur. l. Donationes. C. de donat. inter vir. & vxor. Et ideo videtur filius rem donatam habere quasi ex legato vel fideicommisso, atque adeo post mortem patris acquirere, quo in casu collationi locū non esse inter omnes conuenit, & verum est. l. Nec emancipati. C. de collat.

Item opponitur l. pen. in fi. C. eo. titulo, vbi dicitur: *Simplicem donationem non aliter conferri, quàm si donator eam legem suæ liberalitati apposuerit.*

Non satisfacit, quod nonnulli dicunt, Diocletiano imperante nondum fuisse cōstitutum, vt donatio morte patris confirmaretur, quasi id a Iustiniano constitutum fuerit in d. l. Donationes. quoniam etiam Diocletiani temporibus idem iuris fuisse, vt donatio confirmaretur morte & silentio donatoris, indicant l. 2. C. de inutil. donat. l. Si non verum is, C. de donat. inter vir. & vxor. l. Cum de bonis. 11. C. de donat. & ex ipsa l. Donationes. apparet non Iustinianum illud primum statuisse, sed declarasse, quomodo esset accipiendum id, quod iam erat constitutum, & quod donatio retro trahenda esset ad diem, quo conscripta est.

Et hæc est communis veterum interpretum sententia, quod donatio morte patris olim confirmaretur, vt videre licet ex Bartolo, Castrensi, & alijs ad l. 1. §. 1. ff. pro donato. quibus non obstat ille textus, dicens, vsucapi non posse rem a patre donatam filiofam. cum alijs a Cuiacio notatis ad l. 2. ff. pro hærede. & ad lib. 5. senten. Pauli tit. 11. quia, vt post Cynum declarat Castrensis in d. §. 1. confirmatur quidem morte patris donatio, si pater rem suam donet: secus si alienam, nam esset iniquū, vt confirmetur in præiudiciū alterius, qui est dominus. Et notādum est, idem esse, quod dicitur, silentio donatoris patris confirmari donatio-

nem,

nem, sicut loquitur l. Donationes. C. de donat. inter vir. & vxor. ac si dicatur, si pater in eadem voluntate perseuerauerit, vt loquitur Diocletianus in l. Si non verum is. C. eo. ti. Dicitur enim in eadem voluntate perseuerasse, qui mortuus est voluntate non mutata. Et ideo Iustinianus in d. l. Donationes. *Ita firma esse*, inquit, *per silentium donatoris vel donatricis sancimus. Si vsque ad quantitatem legitimam, vel eam excedentes actis fuerint insinuata.* Et paulò infrà; *Tunc & silentium donatoris, vel donatricis & specialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta est.* Ex quibus verbis apparet Iustinianum idem esse perseuerantiam in eadem voluntate, & silentium donatoris. Et id solum statuisse, vt tunc confirmetur donatio, cum nō excedit quantitatem legitimam, vel cum eam excedens fuerit actis insinuata. Item vt donatio retrò trahatur ad tempus, quo conscripta est, quod antea constitutum non erat.

Item non probatur, q̃ ad l. pen. dicunt, illam esse accipiendam de filio emancipato, quia ibi loquatur textus de donatione matris, quam constat non habere filios in potestate. Nam nullum ibi fit uerbum de filio emancipato, sed de filio simpliciter, & fit mentio etiā donationis patris, & quod caput est, filium emancipatum conferre debere donationem simplicem, dubitari non potest ex forma edicti Prætoris, de quo in l. 1. ff. de collat. honor. & in l. Si emancipati. C. de collat. & in l. Vt liberis. C. eo. ad finem.

Existimo itaque ita respondendum esse, licet simplex donatio patris non valeat, & morte cōfirmetur, tamen conferri debet: quoniam legati & fideicommissi naturam non habet, sed potios donationis inter uiuos. Id patet, quia retrotrahitur ad tempus, quo conscripta est: & sic non ualet ex die mortis patris, ut cætera legata & fideicommissa, sed fingitur ab initio ualuisse, ut in d. l. Donationes. ibi; *Tunc & silentium donatoris vel donatricis, & specialis confirmatio ad illud tempus referatur, quo donatio conscripta sit.* Cūm itaque retro trahatur, atque perinde habeatur, ac si ab initio ualuisset, cum fuit conscripta, cessat argumentum, ex quo uidebatur locus non esse collationi, quasi filius donationem post mortem patris consecutus esset, & ex ultima eius uoluntate. Videtur enim eam consecutus patre uiuente; & ideo meritò conferenda, ut seruetur inter filios æqualitas parentibus intestatis succedentes: uel etiam attento nouissimo iure testamento condito defunctis, iuxta Nouellam de Triente & Semisse. §. Illud.

Quod uerò attinet ad l. pen. non puto sensum esse illius legis hunc, ut donatio simplex non conferatur, si pater, uel mater intestati decesserint: sed si decesserint testamento cōdito, quod per querelam rescissum sit, tunc enim ex antiquis legibus certum erat, donationem inter uiuos conferendam non esse, nisi donator eam legē suæ liberalitati apposuerit, ut in l. Si non mortis. ff. de inoffi. testa. & in l. Si quando. §. Illud & §. Generaliter. C. eod. tit. Vlpianus: *Si non mortis*, inquit, *causa fuerit donatum; sed inter viuos, hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur, potest dici inofficiosi querelam cessare, si quartam in donatione habeat; aut si minus habeat, quod deest, viri boni arbitratu repleatur, aut certè conferri oportet id, quod donatum est.*

Vides, ut puto, lector, hic locum esse collationi, etiā testamento condito. Item donationem simplicē conferri, qui eam conditionem donator apposuit, ut conferretur. Id patet ex illis uerbis: *Hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur.* Est enim perinde, ac si dictum fuisset, hac tamen contemplatione, ut conferatur: quia omnia conferūtur, quæ in quartam imputantur, ut patet ex d. l. pen. C. de collationib. *Vt omnia*, inquit textus, *quæ in quartam portionem ab intestato succesionis computantur ijs, qui ad actionem de inofficioso testamento uocantur, etiamsi intestatus is decesserit, ad cuius he-*

A *reditatem ueniunt, omnimodo coheredibus suis conferant.*

Ad eundem modum loquitur textus in d. l. Si quando. §. Et generaliter. C. de inoffi. testa. ut patet. ibi: *Aliquid dederit, ut mortis causa donatione, ut inter uiuos sub ea conditione, ut hæc inter uiuos donatio in quartam ei computetur.* Et post hæc textus loquitur de illa specie, in qua testamentum est conditum, & minus legitima portione filio relictum est.

Donatio itaque inter uiuos in legitimam filij non imputatur, & ideo testamentum inofficiosum filius dicere potest: nisi ea conditio donationi adiecta sit, ut in legitimam imputetur. Nam eo in casu querela cessat, & conferenda erit, ut in d. l. Si non mortis.

Hæc igitur est sententia Iustiniani in d. l. pen. C. de collat. licet simplex donatio non conferatur, nisi eam conditionem donator, s. pater uel mater, nel alij parentes adiecerint: tamen illo in casu conferenda erit, ut inter liberos æqualitas seruetur, quādo alter filius con-

B fert dotem uel donationem propter nuptias.

Exemplum esto. Vnus ex filiis cōfert dotem uel donationem propter nuptias. Alter, in quem simplex donatio collata est, negat se conferre debere: Affert hāc rationem: quia est donatio simplex inter uiuos, quæ non confertur, nisi donator eam conditionem apposuerit. Imperator statuit, vt ea exceptione non obstante conferre debeat.

Illa verò exceptio, q̃ simplex donatio non conferatur, non habet locum in successione intestati, sed restati duntaxat, & in hunc modum obijcitur. Nā cum ita constitutum sit, ut si testamentum sit inofficiosum, illud rescindi possit à filio exhæredato, licet donationem inter uiuos simplicem consecutus fuerit, ea conditione non adiecta, vt cōferatur, vel ut in legitimam portionem imputetur, & sic eo in casu donatio simplex non conferatur. Tamen fieri potest, ut alter ex fi-

C lijs, ei, qui simplicem donationem accepit, conferre teneatur dotem, vel donationem propter nuptias, si fortè testamentum tanquam inofficiosum rescissum sit. & tunc Iustinianus statuit, illum quoque, qui simplicem donationem accepit, conferre oportere donationem ipsam, ut æqualitas seruetur ea exceptione nō obstante. Quod autem rescisso testamento per querelam locus collationi sit dotis vel donationis propter nuptias, manifestum est ex l. Vt liberis. C. eo. ti. in qua sic statuit Imperator Leo; *Vt liberis siue sui iuris, siue in potestate constitutis quocunque iure intestata successionis, id est, aut testamento penitus non condito, aut si factum fuerit contra tabulas bonorum possessione petita, vel inofficiosi quærela mota rescisso, æqua lance parique, modo prospici possit, hoc etiam æquitatis studio præsenti lege credidimus inserendum, vt in diuidendis rebus intestato defunctorum parentum tam dos, quàm ante nuptias donatio conferatur.*

Hæc est mea hac in re longè difficillima sententia,

D ex qua primo perspicuum euadit, simplicem donationem filio in potestate factam, conferendam esse, & hanc amplectot quicquid dixerim. Secundò, nullam esse antinomiam inter l. Filiæ. & l. Si Donatione. Tertio, aliam esse sententiam, quam vulgo credatur. l. penul. C. de collat.

CAPVT LXV.

Ad l. vlt. C. de collat. an sit extendenda ad filios emancipatos.

Controuersia est maximi momēti, an quod constitutum est in l. vlt. C. de collat. ut ad ueotitia bona non conferantur, iusta interpretatione trahi ad emācipatos possit. Et licet sup. lib. 5. c. 83. ea de re aliquid dixerim, placet tamen diligentius expendere, ne summas difficultates præterire, & eis quodāmodo videat terga

ga vertere: *Vt nemini, inquit Iustinianus, de cætero super collatione dubietas oriatur, necessarium duximus, constitutioni, quam iam fauore liberorum fecimus, hoc addere, vt res quas parentibus adquirendas esse prohibuimus, nec collationi post obitum eorum inter liberos subiaceant. Vt enim Castrense peculium in commune conferre in hæreditate diuidenda, & ex prisci iuris authoritate minime cogebantur: ita & alias res, quæ minime parentibus adquiruntur, proprias liberis manere censemus.*

Qui negant hanc Constitutionem ad emancipatos pertinere duo perpendunt. Primum, quod Iustinianus dicit: *Vt nemini de cætero super collatione dubietas oriatur.* Hæc dubitatio oriri non poterat, quantum ad filios emãcipatos, quia certum erat eos conferre debere sua, cum appetunt paterna. l. 1. ff. de collat. bonor. l. Si emancipati. l. Vt liberis. C. de collat. sed oriri poterat hæc dubitatio, quantum ad filios in potestate: quia Iustinianus iam statuerat in l. Cum oportet. C. de bonis, quæ liberis. vt aduentitia bona patri non acquirerentur, nisi quantum ad vsumfructum; quamobrem meritò dubitare quis poterat, an aduentitia conferre tenerentur. Nam eos ad conferendum teneri illa ratio adferri poterat, quod antiquæ leges hũc casum non excipiebãt. Contra non teneri: quia cùm patri aduentitia bona non acquirerentur, non videbantur etiam conferẽda, sicut nec Castrensia, vel quasi Castrensia bona, quæ patri non acquirebantur.

Alterum est, quoniam Iustinianus dicit se hoc addere velle constitutioni, quam iam fauore liberorum fecit, vt res, quas patrib. acquirendas esse prohibuit, nec collationi post obitum eorum inter liberos subiacerent. Illa autem Constitutio pertinet tantum ad liberos, qui sunt in potestate. Est. n. in l. Cùm oportet. C. de bonis, quæ liberis. Ergo & hęc noua Cõstitutio de collationibus ad eosdem tantum pertinere debet.

Pro confirmatione addi potest argumentum aliud, nimirũ, si emancipatus aduentitia bona conferre non teneatur, fore, vt edicto Prætoris forma quæ in l. 1. ff. de collat. bonor. habetur, vna cùm alijs legib. quæ emãcipatos conferre præcipiunt, sublata nunc sit, quod tamen cùm expressè a Iustiniano factum non sit, non videtur esse temerè præsumendum.

His non obstantibus ab ea sententia non recedo, quàm potui supra d. lib. 5. cap. 83. nempe Iustiniani Cõstitutionem ad emãcipatos etiam pertinere ex interpretatione prudentum, & ideo nec emancipatos hodierno iure ad conferenda bona aduentitia obligatos videri. Moueor hoc argumento. Nam ratio, cur emancipati olim conferre tenerentur aduentitia bona, hæc erat: quoniam quicquid acquirebat filius in potestate existens, acquirebat patri, exceptis Castrensibus, vel quasi. l. Placet. ff. de acq. hæred. l. 1. ff. Si à parente quis fuerit manu. Illud autem, quod acquirebat filius emancipatus, acquirebat sibi, Ergo iniquum erat, vt emancipatus æqualem haberet partẽ bonor. paternor., in quibus erant etiam bona a filio in potestate quæsita, nisi ipse quoque emancipatus sua bona conferret. & hæc est illa æquitas, cuius meminit Iurisconsultus in l. 1. ff. de collat. bonor. *Vt sua quoque bona in medium conferant, qui appetunt paterna.* & ibi Bartolus optimè declarat. Quapropter, si emancipatus olim aliqua bona acquireret, quæ non acquirerentur patri, licet in potestate patris esset, illa non conferebãtur. l. Si fratres. §. Idem Papinianus. ff. pro socio. ibi: *Quamuis filius emãcipatus hæc non cogatur conferre fratri in potestate manenti, quia etsi in potestate maneret, præcipua ea haberet.*

His adde, Iustinianum ipsum in d. l. vlt. simili modo ratiocinantem, dum ait; *Vt enim Castrense peculium in commune conferre in hæreditate diuidenda, & ex prisci iuris authoritate minimè cogebantur, ita & alias res, quæ minimè parentibus acquiruntur, proprias liberis manere sancimus.*

Cùm igitur aduentitia bona ex l. Cùm oportet. C. de bonis, quæ liberis. non acquirantur patri, licet filius sit in potestate, cessat prorsus ratio & fundamentũ collationis. Nam sicut emancipatus non acquirit patri, ita nec suus. Ergo ille non potest emancipatum cogere, ut conferat, eam ob causam, quod ipse filius in potestate omnia patri suo acquirat, emancipatus autẽ sibi. Nam nec suus aduentitia quærit patri, sed sibi. Et ideo res redacta est ad antiquam regulam illam, cuius meminit Papinianus in d. l. Si fratres. §. Idem Papinian. ff. pro socio, *ut quæ emancipatus, si in potestate maneret, præcipua haberet, non cogatur conferre fratri in potestate manenti.* Sed iam aduentitia, quæ emancipatus habet præcipua, simili modo præcipua haberet, si in potestate maneret. ex l. Cùm oportet. C. de bonis, quæ lib. ergo conferre non tenetur.

Ad argumenta in contrarium respondeo, fatendo verba Iustiniani pertinere ad filios in potestate manentes, quod satis clarè euincunt rationes superius allatę, sed nostra disputatio est: an ex interpretatione idẽ statuendum nunc sit in emancipatis; & dicimus idem esse statuendum, atque ita Iustiniani legem, quæ de suis loquitur, ad emancipatos extendimus, ob causas iam allatas.

Antiquas verò leges, & Prætoris edictum ideo non offendimus, quia cessat ratio nũc antiquarum legum, & Prætorij edicti, propter nouam l. Cùm oportet. C. de bonis, quæ lib. Et isto in statu, in quo nunc res est, etiam veteres Iurisconsultos responsuros fuisse collationi locum non fore, satis perspicuum esse ex supradicto Papiniani responso existimamus.

CAPVT LXVI.

Ad l. Qui se patris C. Vnde liberi.

IMperator Constantius: *Qui se patris post auum intestatum defuncti negat hæredẽ, mortui aui paterni suscipere facultates non potest. maximè emancipatus, nisi per bonorum possessionem ad huiusmodi beneficium peruenerit.* l. Qui se patris. C. vnde liberi.

Iacobus Cuiacius lib. 4. Obseruat. cap. 6. *Hoc Rescriptum, ut obscurum esse existimetur, Accursij interpretatio facit, quæ nutat, vacillatq; adeo, ut certi ex ea, quod statuat, colligere nix quisquã possit. Mihi huius Rescripti species apertissima uidetur. Si post mortem aui intestati filius delata hæreditate priusquam se immisceret, decesserit, nepos ex eo dubitare potest, an auo hæres sit. Si filius immiscuisset se, nihil dubitaremus: nec enim tunc, nisi per patrem nepos aui hæreditatem obtinere posset. At si filius non miscuerit se, & decesserit, dubitatur, an nepos auo hæres sit. Et sanè, si patris sui, id est, si filij hæreditatem susceptat, suscipiet etiam aui hæreditatẽ transmissionis iure, quoniam sui etiam ignorantes parentum hæreditatem ad hæredes transmittunt. l. Apud hostes. C. de suis & legit. hæred. l. 2. §. Si quis ex liberis. ff. ad Tertyll. At si nepos nolit filio hæres esse, an dicemus eum auo suum hæredem futurum? Minimè verò, idq; in emancipato nepote dicemus facilius, quam in eo, qui est in potestate aui. Sed tamen in utroque idem iuris est, quoniam in suis hæredibus successio non est. l. §. Sciendum. ff. de suis & legit. hæred. Tempore enim delatæ hæreditatis eum filius in ea hæreditate præcessit. At defendi potest, daturum ei Prætorem bonorum possessionem Vnde liberi. & hoc sensit in eo Rescripto Constantius, cum sit positum sub tit. Vnde liberi, &c.*

Hæc, quam attulit Cuiacius, interpretatio antiquorum fuit interpretum Baldi, Aretini, Iasonis, Cagnoli, & aliorum multorum.

Sed vt reuertar ad Cuiacium, ille explicat causam, ob quam iure Ciuili nepos non admittitur, ut & alij explicarunt, & satis est perspicua. Verũ in eo versatur difficultas, quo pacto nepos bonorum possessionẽ petere possit. Etenim hæreditas aui ad filiũ eius transit ipso

iure,

iure, tanquam ſuum hæredem, qui moriens eam etiã non agnitam ad hæredem tranſmiſit, l. Apud hoſtes, C. de ſuis & legit. hæret. Sed nepos negat ſe patris hæredem eſſe, ergo ad alios patris hæreditas pertinere debet; Et conſequenter etiam aui hæreditas, quæ mixta eſt, & in unum patrimonium redacta.

Reſpondent Cagnolus & alij ex antiquioribus, æquitatem Prætoris hoc efficere, propter ſummam coniunctionem aui, & nepotis, vt hæreditas deuoluatur ad extraneos. Non rectè, quia ſibi nepos imputet, qui abſtinet ab hæreditate patris, cui admixta eſt & aui hæreditas. Nec enim Prætor alijs auferre ius ſuum poteſt, & iuris ſummam tollere.

Alij dixerunt, patrem in ſpecie dictæ legis repudiaſſe hæreditatem patris ſui, id eſt, aui ipſius nepotis; Gloſ. Bartolus, Paulus Caſtrenſis & Aretinus. Sed illis obſtat primò, quod tunc nepos potuiſſet, etiam iure Ciuili ſuccedere in hæreditate aui, l. Defunctis, C. de legitim. hæred. Secundò, quod nepoti hoc in caſu nil noceret repudiatio hæreditatis paternæ. Videtur autem à contrario ſenſu Conſtantinus indicare nepotem, ſi non neget ſe patris hæredem, iure Ciuili admittendum ad hæreditatem aui. Et tamen id ei non prodeſſet, ſi pater eius abſtinuiſſet: neque enim ex perſona eius, tanquam hæres, auitam hæreditatem conſequi poteſt.

Alij dixerunt nepotem iſtum, qui ſe patris negat hæredem, non videri bonorum poſſeſſionem iure prętorio competentem omittere, l. Suum, C. de iure delib. l. Quoties duplici. de reg. iur. itaque excluſus ab adeunda hæreditate iure Ciuili, videtur bonorum poſſeſſionem unde liberi petere poſſe. ita Albericus, quem ſequuntur Duarenus & Decius, repugnante Cagnolo, quoniam hæreditatis appellatione veniat etiam bonorum poſſeſſio, ex l. Hæreditatis appellatione, ff. de verb. ſig. & l. Puberem, C. de iure delib. quæ leges id non dicunt.

Sed libenter ſcirem, quo pacto id accipiendum ſit: an nepos petita bonorum poſſeſſione obtineat etiam patris ſui facultates; an verò aui duntaxat? Si patris quoque ſui, res eſt ſatis plana, ſed vereor, vt Cæſareo reſcripto ſit conformis; quia præſupponit nepotem patris ſui hæredem non eſſe, & conſequenter loquitur eo in caſu, quo facultates eius non obtinet: non ponens vim in eo, quod negando ſe patris hæredem à bonorum poſſeſſione excluſus non ſit; nec illud requirens, vt nepos bonorum poſſeſſionem petat patris ſui, ſed dicit ad huiuſmodi beneficium per bonorum poſſeſſionem, nepotem peruenire, vt ſcilicet aui paterni ſuſcipere facultates poſſit.

Si verò aui paterni duntaxat bonorum poſſeſſionem nepos conſequitur, in ſuperiorem ſcopulum incidimus, quo pacto liceat Prætori bonorum poſſeſſionem hoc in caſu concedere nepoti abſtinenti ab hæreditate patris, cùm ad alios hæredes ipſius patris pertineat & hæreditas, & bonorum poſſeſſio aui; quæ cum paterna hæreditate in vnũ patrimonium eſt redacta.

Hæc eſt mea coniectura, hunc, de quo agitur, nepotem ſuum eſſe patris defuncti, in cuius eſt poteſtate, ſed cum beneficio abſtinendi, iuxta §. Sui. in Inſtit. de hæred. qualit. & diff. Tanquam igitur patris hæres cõſequitur etiam auitam hæreditatem: Illam enim, vt rectè dictum eſt, etiam non agnitam tranſmittit filius, l. Apud hoſtes, C. de ſuis & legitim. hæred. & ideo ad hunc nepotem hæredem tranſmittit. Cùm itaque nepos iſte, tanquam hæres patris, etiam hæreditatem aui obtineret, volebat abſtinere ab hæreditate patris, & aui hęreditatem retinere. Reſpondit Conſtantinus iure Ciuili non poſſe id fieri; quia videtur eſſe vna & eadem hæreditas patris & aui: iure autem Prætorio id obtineri poſſe per bonorũ poſſeſſionem, ratio eſt; quia licet videatur vna eſt hæreditas, tamen conſiderari debet

A bet ex æquitate prætoria vt duplex hæreditas. Nam ſi nepos, tanquam hæres patris ſui, vellet ſe abſtinere hoc in caſu ab hæreditate aui, poſſet id facere, l. Si quis filium, 7. §. 1. ff. de acq. hæred. Paulus: *Si filius priuſquã ſciret ſe neceſſarium extitiſſe patri hæredem, deceſſerit: relicto filio neceſſario: permittendum eſt nepoti abſtinere ſe aui hæreditate; quia & patri eius idem ius tribueretur.*

Si, vt vna hæreditas conſideranda eſſet, non liceret nepoti abſtinere, quia nemo poteſt hæreditatis partẽ retinere, & partem repudiare. l. 1. & 2. ff. de acq. hære. Sed quia duplex eſt hæreditas, ideo permiſsũ eſt nepoti, retẽta patris hęreditate, abſtinere ab hæreditate aui.

Idem ergo permiſſum eſt ex contrario, ut nepos hæres patris ſui, & aui abſtineat ab hæreditate patris, & aui hæreditatem obtineat. Hoc autem Prætoria beneficio obtinebit per bonorum poſſeſſionem, non iure Ciuili: quia in ſuis hæredibus ſucceſſio non eſt. l. 1. §. Sciẽdum, ff. de ſuis & legit. hæred. hoc eſt, non eſt locus B edicto ſucceſſorio ex perſona in perſonam; & ſic ex perſona filij in perſonam nepotis. Quamobrem ad hæreditatẽ aui nepos non vocatur, quia filius gradu eum præcedit, & ſuus hæres eſt ipſo iure; nec enim abſtinuit iſto in caſu. Iure tamen Prætorio bonorum poſſeſſionem obtinebit ex capite *Vnde liberi.* quandoquidem filius ei non obſtat, nec alius extraneus hæres.

CAPVT LXVII.

An l. Qui ſe patris, C. vnde liberi. hodie ſit correcta.



POſt hæc breuiter tractanda eſt illa controuerſia, an l. Qui ſe patris, C. Vnde liberi. correcta ſit. Accurſius enim correctam eſſe exiſtimauit, quem poſteriores vſque ad Bartolum refutarunt. Sed Bartolus, Caſtrenſis, Decius defendunt. Iaſon contradicit & qui- C dam alij. Rei difficultas in hoc eſt poſita, quod nouo iure ſucceſſorium edictum locũ habet inter agnatos, ideo, ſi filius in ſpecie huius legis patris hæreditatem repudiaret, iure Ciuili nepos admitteretur tanquam agnatus, §. Placebat. in Inſtit. de legitim. agnato. ſucceſſ. & Bartolus textum pro hac ſententia affert notatu dignum in l. Defunctis, C. de legitim. hæred. Diocletianus: *Defunctis ſuis extantibus hæredibus & abſtinentibus, vel repudiantibus hæreditatem, frater iure conſanguinitatis ſuccedere poteſt.* Reſpondetur ab aliquibus, ſed malè, textus illos de collateralibus loqui; Nam licet de his loquantur, argumentum tamen non tollitur, quia ex ijs textibus apparet ſuis hæredibus abſtinentibus, alios ex edicto ſucceſſorio vocari: Et conſequenter nepotes vocabuntur ex capite *Vnde legitimi.* Nam ex capite Vnde liberi vocari non poſſe conſtat, ſiquidem in ſuis non eſt ſucceſſio, l. 1. §. Sciendum, ff. de ſuis & legiti. hæred. Et ideo, ſi plures ſint hæredes ſui vno D abſtinente, alij ſuccedunt ex iure accreſcendi. l. Vn. C. quando non peten. partes. Si vnus tantùm ſit & abſtineat, ad alium gradum defertur, l. 2. §. Sed ſi ſint ſui, ff. ad Tertyll. l. 1. §. Poſt ſuos, ff. de ſuis & legitim. niſi ipſe ſuus velit ex alio capite ſuccedere, l. 1. §. Sed videndum, ff. de ſucceſſio. edicto.

Igitur Accurſij, Bartolique ſententia nititur hoc fundamento, & præſupponit accipiendam eſſe l. Qui ſe patris, in eo caſu, quo pater nepotis hæreditatem aui repudiauit: tunc enim ad nepotem iure Ciuili defertur ex ſucceſſorio edicto, quapropter Prætoris beneficio non indigeret.

Fundamentum eſt firmum, ſed legis interpretatio, quæ præmittitur, conſiſtere non poteſt ex his, quæ ſuperiore capite deducta ſunt, ad refellendam eorum ſẽtentiam, qui hanc legem accipiendam putat, cum in caſu, quo pater repudiauit. quibus addo nunc argumenti loco illud abſurdum, quod ex ea interpretatione ſequeretur,

ſequererur, nẽpe legem iſtam repngnare alijs legibus, A quibus probatur, ſuis hæredibus abſtinẽtibus, ad alios hęreditatem pertinere iure Ciuili. Non enim dico correctum eſſe: Qui enim Diocletianus, qui fuit prior, Cõſtantini (Cuiacius putat Conſtantij eſſe) legem tollere poſſit? Hęc igitur lex, quam in manibus habemos, neque correcta eſt, & alium habet ſenſum, quàm Accurſius, & Bartolus exiſtimauerint, vt in præcedenti capite latiùs diſputatum eſt.

CAPVT LXVIII.

De euictione inter cohæredes præſtanda.



QVæſtionem hanc, de euictione inter cohæredes præſtanda, nonnihil controuerſam elucidare conabor aliquot concluſionibus propoſitis, atque vt res poſtulauerit diſcuſſis ex his, quæ interpretes adſer B re ſolent ad l. Cum pater. §. Euictis. de leg. 2. in l. Si familiæ, C. fam. hercisc. in l. Si fratres, C. commu. vtriuſque iud. in l. Qui Romæ. §. Duo fratres. in vlt. quæſtio. Bartol. ff. de verb. oblig. & poſt eos Caballinus de Euictionibus. §. 4. poſt num. 51. Menochius in conſil. 87. lib. 1. Burſatus in conſi. 173. lib. 2.

Prima concluſio: Si res vni ex hæredibus prælegata ſit, ob euictionem actio nõ competit. Papinianus: *Euictis prædijs, quæ pater, qui ſe dominum eſſe crediderat, verbis fideicommiſſi filio reliquit: nulla cum fratribus & cohæredibus actio erit.* l. Cum pater. §. Euictis. de leg. 2.

Secunda concluſio: Si diuiſio facta ſit à teſtatore inter cohæredes, quia prælegatæ cuique res cenſentur. l. Ex facto. ff. de hæred. inſti. ſi res uni aſſignata fuerat euicta, non competit actio, ſed exceptio. Idem Papinianus loco proximè citato: *Si tamen inter filios diuiſionem fecit, arbiter coniectura voluntatis non patietur eum partes cohæredibus prælegatas reſtituere, niſi parati fuerint & ipſi* C *patris iudicium fratri conſeruare.*

Hoc in loco Bartolus, & cęteri communiter perpẽdunt, Papinianum nõ dicere, rei euictæ nomine actionem dari cohæredi, ſed eum ſe tueri poſſe exceptione, ſi conueniatur à cohæredibus, vt prælegata reſtituat, vt videlicet ea reſtituere non teneatur, niſi parati fuerint & ipſi patris iudicium conſeruare.

Fulgoſius à cæteris diſſentit exiſtimans etiam actionem cohæredi competere, propter illa verba: *Arbiter coniectura voluntatis non patietur.* Nam ſi hæc voluntatis coniectura eſt, ſequitur, vt ex ea detur tam actio, quàm exceptio. argumen. leg. Cùm proponebatur. de leg. 2. & l. 1. C. comm. de legat.

Ego Fulgoſio aſſentior, tum propter coniecturam iſtam uoluntatis paternę, tum propter ipſam legis rationem, tum quia Bartoli & aliorum interpretatio de exceptione non eſt ſatis ſolida. Nam ſi volũtas patris D fuit, ut quilibet hęredum prælegatas partes obtineret, ut Papinianus exiſtimauit, & teſtificatus eſt, actio cõpetere debet de euictione, quemadmodum competit, quoties rem alienam coniunctæ perſonæ etiam ignorans alienam eſſe teſtator legat. l. Cum alienam, C. de legat. competit, inquam, ad rei euictæ æſtimationem, vt declarant Bartolus in l. Si domus. §. De euictione. num. 3. & ibidem Caſtrenſis, num. 6. Iaſon, num. 30.

Quod ſi rationẽ legis ſpectemus fortiſſimũ inde ſuppetet argumentum. Nam cùm vni tantũ ex hæredibus aliquid prælegatur, ideo non habet actionẽ de euictione, ne oriatur inæqualitas, & inuidia inter cohæredes. Neque enim exiſtimandus eſt teſtator voluiſſe legare, ſi credidiſſet rem alienam eſſe, & huc alludũt illa verba d. §. Euictis. *Pater, qui ſe dominum eſſe crediderat.* quoniã ut dixi, repugnat ratio inæqualitatis, quæ inde orietur. Hæc inæqualitatis ratio locũ nõ habet, cùm à teſtatore facta eſt diuiſio, & alijs etiam cohęredibus partes aliæ prælegatæ ſunt: imò coniectura voluntatis eſt, teſtatorem id, quod euictum eſt, prælegaturũ fuiſſe, licet alienũ eſſe crediſſet, & ideo ſtatim textus ſubdit: *Si tamen diuiſionem fecit, arbiter cõiectura voluntatis,* &c.

Quod autem ſolida non ſit Bartoli & aliorum interpretatio in eo, quod de exceptione dicunt, perſpicuum eſt ex eo, quòd non negat textus actionem competere: ſed ſententia legis eſt, ſi alij cohæredes velint, & ipſi partes prælegatas conſequi, eos conſeruare cohæredi partem euictam debere. Nam ſi nollent ſuccedere, proculdubio non tenerentur. Itaque eſt perinde, ac ſi text. diceret eos teneri de euictione, ſi partem ſuam conſequi intendunt.

Tertia concluſio: Actio de euictione locum habet in diuiſione facta inter cohæredes iudicio familiæ herciſcundæ. l. Si familiæ. C. famil. hercisc. l. Si fratres. C. commu. vtriuſque iudic. l. Hęredes. §. Item curare. ff. fam. hercisc.

Quarta concluſio: Non habet locum euictionis actio inter cohæredes, quoties res euicta eſt ex facto ipſius cohæredis. l. Fundum meum. ff. de euict. Idem iuris eſt, ſi euincatur facto teſtatoris. Ita omnes docent in d. §. Duo fratres. ubi Zaſius nume. 15. quia hæres defuncti factum præſtat. l. Ex qua perſona. de reg. iur. de quo tamen uidendi ſunt alij Doctores in d. §. Duo fratres. Eſt enim articulus, quem ibi latè tractant, à noſtra diſputatione nonnihil alienus.

Quinta concluſio: Non eſt locus actioni de euictione inter cohęredes, quoties nõ ignotãs res diuiſas periculo euictionis ſubiacere, niſi pacto, uel ſtipulatione conuentum ſit, ut euictio præſtetur. l. Si fratres. C. cõmu. utriuſque iud. l. Si fundum ſciens, C. de euict.

Sexta cõcluſio: Inter ſciẽtes tamẽ res euictionis periculo ſubeſſe, præſtãda eſt euictio, quoties uni ſoli res euictioni obnoxia in diuiſione attributa eſt, ceteris autẽ bona libera obuenerũt. ita dicebat olim Guidu Suzarius Alex. in l. Qui Romæ. §. Duo fratres. nu. 34. ff. de uerbo. oblig. Alciat. ibidem, num. 40. Menoch. d. conſi. 87. num. 84. Burſatus in d. conſ. 173. num. 19.

Dum tamen in hoc aduertatur, inquit Alciatus, *an qui bona fideicõmiſſa accepit, id fecerit, quia in præſenti eſſẽt vberiora, voluerit, eam vtilitatẽ cum futuri euentus periculo cõpenſare.* argumẽto l. De fideicõmiſſo. C. de Tranſactio.

Mihi placet Alciati ſententia: Amplius generaliter exiſtimo ei, qui ſciens bona fideicommiſſo ſubiecta acceperit in diuiſione, actionẽ de euictione nõ competere, nulla ratione habita, quod cęteris hæredibus bona libera obuenerint in ea diuiſione. Imputandũ eſt enim huic, quod ſcienter bona fideicõmiſſo ſubiecta acceperit. Itẽ quod ſibi de euictione pacto uel ſtipulatione nõ proſpexerit. l. Si fratres. C. cõm. utriuſque Iud. Diocletianus: *Nã ſi fundi ſcientes obligationẽ dominiũ ſuſcepiſtis; tantũ euictionis promiſſionẽ ſolemnitate verborum, vel pacto promiſſam probantes, eos conueniendi facultatem habebitis.*

Hoc in loco non diſtinguitur, an cæteris fratribus bona libera obuenerint; ſed generaliter negatur euictionis actionem ei competere, qui ſciuit obligationem, quod iuri conſentaneum eſt d. l. Si fundum ſciens. C. de Euict.

Quod ſi hoc in caſu quis læſus eſſe dicatur, tunc iuris remedia ſuppetent opportuna l. tertia, C. comm. utriuſque iud. ſed non pertinent ad euictionem.

Septima concluſio. Quoties euictionis periculum inter cohæredes mutuum & cõmune eſt, quia omnes poſſident res obligatas creditoribus, vel aliter obnoxias euictioni; tunc ſi uni res euincatur, is non habet actionem de euictione aduerſus cohæredes, quia uerſantur & ipſi quoque in eodem periculo. Ita poſt Gulielmum Cuneum docet Paulus Caſtrenſis in d. l. Si familiæ. num. 2. C. fam. hercis. adducta l. Cum duobus. C. de inoff. teſtam. quæ nihil probat.

Salycętus autem in d. l. Si familię. exiſtimat actionẽ

hoc in caſu competere, cui Ripa adſtipulatur in d. l. A Qui Romæ. §. Duo fratres. num. 98. Alciatus autem ibid. nu. 34. diſtinguendum putat, vt ſi in limine iudicij euictio immineat locũ habeat ſententia Baldi. (Nam & Baldus Cuneum ſecutus eſt) *alias*, inquit, *Salycetum ſequer.*

Difficultas in hoc conſiſtit, cum l. Si familiæ. C. fam. herciſc. generaliter dicat, inter cohæredes locum eſſe euictioni, niſi contrarium pacti fuerint, vtrum hæc ſit iuſta interpretatio. Si omnes hæredes res poſſideant periculo euictionis obnoxias, & uni fuerint euictæ, alteri non, euictionem præſtandam non eſſe: quia ſufficit alijs quoque cohæredibus idem periculum imminere, & ideo ſi non eis res euincantur, id lucro eorum cedere debere, & caſui fortuito adſcribendum. Non puto iuſtam eſſe interpretationem. Nam diuiſio vicem obtinet permutationis, at in permutatione clarum eſt præſtari euictionem, ſicut in uenditionis contractu. Quare ſi uni ſit res euicta præſtanda, eſt euictio. Quod ſi & alteri euincetur, ſimiliter præſtanda erit. Interim non debet ipſe propter periculum, quod imminet, liber eſſe. Deinque nulla lege, B nulla iuris ratione probari poteſt hæc interpretatio. Lex autem generalis eſt, & euictionem præſtandam inter cohæredes decernit.

Octaua concluſio. Quoties euictio ex natura rei contingit, inter cohæredes euictionis actio non habet locum, niſi pacto aliter ſit conuentum. Exemplum: Si uni ex hæredibus bona feudalia obuenerint, et eo mortuo abſque filijs maſculis, filia ſuperſtite, feuda fuerint euicta, non datur actio. ita docet Accurſius in d. l. Si familiæ. C. fam. herciſc. & ibid. Bartol. Salyc. Caſtren. Alexand. cõſil. 21. nu. 4. lib. 5. Socinus iun. cõſil. 119. nu. 2. lib. 3. alios citat Menoch. d. conſ. 87. num. 78. Probatur argum. l. Si ſeruus. ff. de euict. illis verbis: *Quia nemo eum euincat, ſed factum humanæ ſortis.*

Verum Alciatus in conſ. 138. nu. 3. hoc in caſu locum eſſe euictionis actioni reſpondit, ſi ex coniecturis id actum probabiliter arguatur. v. g. quando manifeſta læſio alias induceretur; vt quia bona paris æſti- C mationis eſſent cuilibet fratrum aſſignata. *Videtur enim*, inquit, *hoc caſu præſtanda euictio. quia ceſſat ratio, quod mutuum periculum ſuſcepiſſe videantur.* quæ fuit opinio Guidonis de Suzario, quem refert Alexander in §. Duo fratres. Suadet hoc & æqualitas, quæ inter fratres ſeruari debet, maximè in diuiſionibus. Idem reſpondit Menochius d. conſil. 87. num. 84. 85. 86. Burſatus d. conſ. 173. num. 19.

His ego non aſſentior. Nam præſuppono factam eſſe diuiſionem æqualem inter cohæredes ſine dolo & fraude. Vnum hoc dubium exiſtere; an ſi vni feudalia obuenerint, et alijs allodialia, præſtanda ſit euictio, quæ contingit ex natura feudi. Et nego præſtandam. Pro confirmatione huius ſententiæ addo argumentum aliud. Nam is, qui feudalia bona accepit, ſciebat aut ſcire debebat ea ſecundum naturam ſuam ad maſculos pertinere, non ad fœminas; quare ſi deceſſit D nullis filijs maſculis ſuperſtitibus, filia hæres non habet actionem de euictione, propter patris ſui ſcientiam. Sicut enim ſcienti actio non datur, vt ſuprà concluſione 5. ita nec hæredi eius. Nec enim melioris conditionis eſt hæres, quàm ſit autor eius. Quod ſi forte res feudales illi obuenerunt, vel ex iudicis ſententia, idem eſt dicendum. Nam præſuppono iuſtè diuiſionem factam, & conſequenter bona feudalia aſſignata fuiſſe ſecundum æſtimationem iuſtam, ratione ſcilicet habita qualitatis ipſorum bonorũ. Huc accedat, quod in læſione dijudicanda ſpectãdum eſt tempus contractus celebrati. l. Si voluntate. in fine. C. de reſcind. vẽd. Tẽpore autem diuiſionis factæ nulla læſio interuenit.

Nec Guidonis Suzarij placita me deterrent, quæ ſuperius etiam confutaui. Nec argumentum ex æ- A qualitate; quia, vt dixi, ſuppono æqualem & iuſtam diuiſionem: Quod ſi caſus eam iniquam fecit, non propterea videtur mihi actio concedenda. Nam & alijs cohæredibus res, quæ attributæ ſunt, ſecundum naturam earum perire potuerunt, ſerui puta mori potuerunt, fructus corrumpi, res aliæ etiam perdi varias ob cauſas, & nemo diceret tunc euictionem præſtandam fore: quoniã non eſt euictio, ſed natura ipſius rei.

CAPVT LXIX.

Diuiſio patris inter filios facta bonorum eius, ſi iuramento firmata ſit, an poſſit reuocari.

EXiſtimo diuiſionem bonorum à patre factam inter filios in poteſtate exiſtentes, etſi iuramento firmata ſit, tamen reuocari poſſe. Nam nõ eſt donatio ſimplex, quę iuramento firmatur, vt aliàs diſſerui, in 1. part. controuerſ. lib. 3. cap. 77. ſed potius ſupremi iudicij diuiſio eſt. l. Si filia. §. Si pater. ff. fam. herci. Vl- B pianus. *Si pater inter filios ſine ſcriptura bona diuiſit, & onus æris alieni pro modo poſſeſſionum diſtribuit, non uideri ſimplicem donationem, ſed potius ſupremi iudicij diuiſionẽ, Papinianus ait.* Supremum autem iudicium reuocari poſſe, procul dubio eſt. Non obſtat iuramentum, quia non mutat naturam rei. Intelligitur enim niſi patrem pœniteret, ſecundùm naturam vltimæ uoluntatis. Item facit, ut pater ſit periurus, non ut reuocatio impediatur. Ita reſpondit Oldradus in conſ. 231 Et licet contraria ſententia ſit magis communiter recepta, ut uidere licet ex Cacherano deciſ. Pedemontana 125. Seraphino de Priuilegijs iuramẽti, Priuilegio 112. Id tamen nequaquam mouet: quoniam præcipuum fundamentum, quo illa nititur, non eſt ſolidum. Fundamentum enim eſt; quia iuramentum confirmat patris donationem, et alios contractus, qui aliàs non ualent, c. Quamuis. de Pactis. lib. 6. & notatur in l. Frater à fratre. ff. de cond. indeb. Reſpondeo, ut id maximè ue- C rum ſit, ad caſum, de quo agitur, non pertinere, quia nec de donatione loquimur, nec de alio contractu inter uiuos, ſed de ultima uoluntate, quæ reuocari poteſt, non obſtante iuramento, ut dixi lib. 4. cap. 8. ad fin. *Ambulatoria eſt enim uoluntas defuncti, uſque ad uitæ ſupremum exitum.* l. 4. ff. de adim. legatis. Eſt autem hæc diuiſio non ſimplex donatio; ſed potius ſupremi iudicij diuiſio, ut in d. §. Si pater. Vlpianus teſtatur. Quamobrem meritò reuocari poterit.

CAPVT LXX.

Ad l. Filium quem habentem. C. familiæ herciſcundæ.

DIocletianus: *Filium, quem habentem fundum, portionem hæreditatis fratribus, & quibuſdam alijs ſub conditione uerbis precarijs reſtituere ſanxit teſtator: poſt eius conditionis euentum hæreditaria parte prædij in quarta ratione retenta, compenſato præterea, quod à cohæredibus* D *ſuæ mutua percepit: & ſi quid accẽſſit, in ſupplementum deducto, quod à cæteris in eo fundo ſoluitur, ſupra quartam habens reddere compellitur.* l. Filium. C. fam. herciſ.

Difficillimam hanc legem ueteres dixerunt, quia eam non intellexerunt: Alijs fundum filio in peculium à patre datum exiſtimantibus: Alijs dicentibus donatum, alijs prælegatum fuiſſe. Sed primæ interpretationi obſtat, quod ea, quæ filijs in peculium dantur, mortuo patre in hæreditate remanent inter filios cohæredes diuidenda, ex l. Certum, C. eodem titulo, conſequenter quarta ex fundo in peculium conceſſo, deduci non poteſt magis, quàm ex alijs rebus hæreditarijs. Et ideo intelligi non poteſt,

cui

eus hæreditatiam partem prædij in quartæ ratione filius retinere poſſit, cùm prædium ſit commune, ſicut aliæ res hæreditariæ cęteris cohæredib. **A** Nec.n. iure probatur, quod ſolet pro ſolutione adferri ex coniectura voluntatis paternæ, & ne dura priuatio eius inducatur, fundũ iam aſſignatũ in quartam imputari. Hic.n. caſus exceptus non eſt à regula iuris; quæ mandat ex ſingulis rebus quartam deduci. l. Linea. l. Plautius, ff. ad legem Falcid.

Secundæ autem expoſitioni illud obſtat, quod donatio illa morte confirmatur, & ideo vt præcipua filio aſſignatur. l. Filiæ, C. eo. tit. Nec in quartam imputatur; quia non habet illam filius iudicio teſtatoris, vt requiritur. l. In quartam, ff. ad legem Falcid.

Tertiæ autem expoſitioni nihil te nera obſtat, ſed ideo veteribus non placuit; quia crediderunt obſtare illa verba textus: *Filium, quem non habentem fundum*, &c. Nam ſi filius fundum habebat eo tempore, quo teſtamentum fuit conditum, fieri non potuit, vt illum ex **B** prælegato haberet, quia prælegata ex teſtamento teſtatore defuncto debentur, non prius.

Sed verba illa nihil obſtant, quia non hunc ſenſum habent, quod filius fundum haberet eo tempore, quo teſtamẽtum fuit conditum, ſed indicant legatum fundum filio fuiſſe, *Vindicationis iure.* Caius in Inſtit. tit. de legatis. *Vindicationis legatum eſt, ſi teſtator ſic locutus fuerit: Illum ſeruum tibi do, aut lego, uel illam rem tibi præſume, habe, vindica.*

Hunc antiquorum interpretum errorem, & veram expoſitionem primus omnium Alciatus detexit lib. 6. Paradoxorum, c. 5. *Teſtator,* inquit, *pluribus filijs hæredibus inſtitutis, uni prælegauit fundum per legatum uindicationis, quod fiebat hoc modo. Fili mi, talem fundum tibi habe, vel præſume, uel uindica, ut Caius in Inſtit. ſub rub. de Legatis ſcribit. Idem teſtator eum rogauit, ut hæreditatem fratribus reſtitueret, ſi nauis ex Aſia uenerit, mandauitq; ut ipſi fratres uice mutua decem illi darent: Ea conditione exiſtente, quæritur, quid quarta ex S.C. Trebelliano deducenda* **C** *imputandum ſit. Et ſi hæreditas reſtituenda centum æſtimetur; XXV. erunt pro ea quarta retinenda: quæ computatio ſic inibitur, ut in primis portionem hæreditariam fundi imputet, quæ ſi fundus XXIV. ualeat, cùm tres hæredes ſcripti proponantur, erunt VIII. Rurſus decem quoq; illa, quæ a cohæredibus uice mutua percipit, compenſet: quod uerò ad quartam deeſt, nempe VII. ex eo, quod reſtituere debet, ſibi ſuppleat. Reliquas enim partes fundi ſupra quartam habet, nec imputat.* Hactenus Alciatus.

Huic veriſſimæ expoſitioni, ſi Cuiacij adiungas obſeruationem, rectè alium errorem confutabis; Eorum ſcilicet, qui ex hac lege probari crediderũt, filium per fideicommiſſum rogatum hæreditatem reſtituere, nõ poſſe niſi vnam quartam detrahere, propter illa verba textus, *ſupra quartam habẽs reddere compellitur:* ac ſi lex diceret, filium oneratum fideicommiſſo conditionali, **D** reddere compelli quod ſupra quartam habet: *Cum hoc lex potius dicat, ſimpliciter exiſtente conditione fideicommiſſi, filiũ portionem hæreditatis cohæredibus, quibus eam reſtituere rogatus eſt, reddere compelli, fundi prælegati partem, quam iure hæreditario capit, imputare in Falcidiam, partẽ quam iure legati capit à cohæredibus, quibus uice mutua portionem ſuam reſtituit, compenſare, partem quam iure legati capit, a cæteris cohæredibus, quibus nihil reſtituit, ſupra quartã habere; id eſt, neq; imputare, neq; cõpenſare; & ſic extra quartã accipitur in l. In quartã, ff. ad l. Falcid. & ſupra quartam l. 15. §. pen. ff. eo.* Hactenus Cuiacius lib. 8. obſer. c. 3.

Gratiæ igitur habendæ ſunt in hac re recẽtioribus; in multis alijs antiquioribus interpretibus habemus, quos proinde non ſuperbè contemnere, etſi quandoq; errarunt, debemus, ſed venerari, & colere, quod nobis molta legum arcana aperuerũt, plurimas deciſiones veriſſimas tradiderunt.

A

CAPVT LXXI.

Ad l. vlt. C. de fideicommiſſis. an teſtator poſſit legatario ſtipulari.



QVæ ſit huius legis ſententia, nemo melius explicat, quàm Iuſtinianus in §. vlt. in Inſtitut. de fideicõmiſſ. hæreditat. Cæterùm Bartolus in l. Nemo. de leg. 1. non procul à principio, hanc legem addocens adijcit hæc verba: *Ponere in fine hæredis, ita quod hæres promittat hoc defuncto, ſapit naturam contractus, & ita hæret, qui hoc promiſit, ad hoc conuenitur, arg. l. Quidam cùm filium. de hæred. inſtit. & l. Spadonem, §. 1. de excuſ. tutor.*

Hæc verba Bartoli dicit Io. Imolenſis in d. l. Nemo. col. 2. quem refert & ſequitur ibid. Alexander col. 3. põderanda eſſe, quia ex eis colligitur alia interpretatio d. **B** l. Vlt. C. de fideicom. nimirũ eam loqui, cùm teſtator *fecit ſibi promitti per hæredem, quod legatario uel fideicommiſſario dabit legata; & ſic uidetur hæc diſpoſitio tranſire in unum contractum: & ſufficit tunc apparere de tali promiſſione per duos teſtes, & poteſt teſtator ſtipulari legatario, qui, quoad legatum, repræſentat defunctum.*

Ex his cautelã format Bartolomęus Veronẽſis 129. ad probandũ legatũ per duos teſtes, vt curet teſtator *ſibi ab hærede promitti de præſtando legatum legatario: nam tunc tale legatum tranſit in unum contractum, & per duos tantum teſtes probari poterit, ſicut probantur cæteri contractus.*

Sequitur eandem ſententiam Ripa in d. l. Nemo. num. 32. 33.

Sed his contradixit primùm Iaſon in d. l. Nemo, cuius argumentis reſpondit Ripa. Diſſenſit & Alciatus in commentarijs eiuſdem loci, necnon lib. 1. Paradoxorum cap. 4. quem refellere conatus in antiparadoxis Angelus à S. Ioanne. Diſſentit deniq; & Ruinus in d. **C** l. Nemo. num. 24.

Sed videamus iure, an iniuria, hæc ita alij aſſeuerẽt, alij autem diſſentiant. Et vt breuiter, ac liberè dicam quod ſentio, Bartoli & ſequacium ſententia mihi nõ probatur. Video enim omnes iuris regulas apertiſſimè huic ſententię aduerſari: Contrà uerò nullum pro ea adferri ſolidum argumentum.

Prima regula hæc eſt. Alteri ſtipulari nemo poteſt, l. Stipulatio iſta, §. Alteri, ff. de uerb. oblig. Ergo nec teſtator legatario ſtipulari poterit.

Nec valet illa reſpõſio, ab hac regula caſus aliquos exceptos eſſe, ergo & hunc excipiendũ, quo de agitur: Nam ſi liceret ita ratiocinari, nulla iuris regula in diſputationibus adſerri poſſet; quia ferè ſemper aliqui caſus excipiuntur, quamobrem promptum eſſet dicere, excipiendum etiam caſum eſſe, quo de ageretur.

Non obſtat illa reſponſio. Aliquis poteſt hæredi ſuo **D** ſtipulari, ergo & legatario. Nam hæres eſt ſucceſſor in uniuerſum ius; legatarius autem in re tantùm legata. Et plerunq; tam hæredibus noſtris, quàm nobis ipſis cauemus, l. Si pactum, ff. de probation. nuſquam iure dicitur nos ſtipulando legatarijs cauere ſolitos eſſe.

Secunda regula. In omni ultima uoluntate excepto teſtamento quinq; teſtes debent adhiberi, l. ult. C. de codicill. Ergo duo nõ ſufficiunt in legato uel fideicommiſſo. Eſt enim ultima uoluntas. Nec uerum eſt per ſtipulationem in contractum tranſire, & ideo ex promiſſione agi inter uiuos facta ab hærede, quia aut hoc in caſu locus eſt pœnitentiæ, aut locus non eſt, ſi non eſt locus pœnitentiæ, iam non erit legatum, uel ultima uoluntas. Illa enim ambulatoria eſt uſque ad ſupremum uitæ exitum, l. 4. ff. de adim. leg. Si locus eſt pœnitentiæ, non erit contractus ſiue obligatio inter uiuos; quia in ea locus pœnitentiæ non eſt, l. Sicut, C. de act. & oblig.

Tertia regula: Vno contextu actionis teſtari opor-

ret. Est autem vno contextu, nullum alienum actum testamento intermiscere, l. Hæredes palam, §. vlt. de Testament.

Ex hac regula ego semper credidi non esse illud recipiendum, quod vulgo dicitur, contractus in testamẽto fieri posse, vt & aliàs disputaui.

Quod igitur testator fidei hæredis aliquid committat, ad testamentum pertinere dubium non est. Cæterùm quod ab hærede stipuletur legatario aliquid dari, extraneus planè actus est, & non conueniens testamento, nisi pro simplici fideicommisso accipiatur; & stipulatio illa alteri facta nihil aliud importet, quàm firmissimum fideicommissum, in quo hæredis fidem expressam testator secutus sit.

His regulis accedit ratio, qua Ruinos vsus est. Nam ex hac sententia Bartoli, & aliorum inuenta esset ratio legata & fideicommissa dandi coram duobus tantùm testibus, tametsi plures testes requirantur, l. vlt. C. de codicillis. propter suspicionem falsitatis, l. vlt. C. de fideicommiss. Et consequenter via quadam indirecta fieret, quod lege prohibitum est.

Nullum autem solidum argumentum pro Bartoli, & sequacium sententia adferri palam est. Nam quod attinet ad l. vlt. C. de fideicommiss. non loquitur de stipulatione, sed de fideicõmisso, quod à testatore nullis testibus præsentibus iniunctum est hæredi uel legatario, & dicit eum cogi iurare, aut soluere: Nullum prorsus verbum in ea legitur testatorem stipulatum fuisse dari cuiquam.

Adfertur secundò l. Quidam cùm filium, ff. de hære. instit. Sed ibi amicus ille nil promisit testatori, sed hæredi, ac proinde inquit Africanus: *Respondi, etiamsi manifestum sit, scriptum hæredem fidem suam interposuisse: non tamen aliter ab eo fideicommissum peti posse, quàm si & ipsum testatorem fidem eius secutum esse probaretur.*

Testatorem autem fidem illius secutum esse, non est idem Africano, quod Bartolo. Nam Bartolus existimauit id per stipulationem fieri, veluti si testator stipulatus esset in illa facti specie filiosam. dari. Africanus autem hoc intelligit fieri per tacitum fideicommissum, vt patet ex illis verbis: *Nec quicquam ab eo petitum est.* Hæc enim sunt verba fideicommissorum propria, *peto, mando, rogo*, & similia. Sed difficile est, huiusmodi tacitum fideicõmissum probare, ideo respondit Africanus, fideicommissum peti nõ posse, nisi probaretur, &c. Si probatum fuisset, peti à filio potuisset, vt fideicõmissum nõ vt aliquid promissũ ac debitũ ex stipulatione, & ex contractu inter viuos, hoc. n. nec Africanus dicit, & longè à sententia eius alienum est. quod verò ibi subijcit textus de actione mandati, ad illam speciẽ pertinet, in qua hæres scriptus filio ipsi promiserat, se aditurum hæreditatem, & restituturum.

Tertiò adfertur tex. in l. Spadonem, §. 1. ff. de excus. tutor. Nil aliud dicit, nisi eum, qui promisit patri se tutelam filiorum eius accepturũ, excusationibus vti non posse. Non est hæc stipulatio alteri facta, sed patri, qui filijs de tutore uoluit prospicere, quod nec legibus repugnat, & rationi maximè conuenire perspicuum est.

Adfertur postremo loco etiam contractus in testamento fieri posse, sed vt aliàs, disputaui, nec iure id probatur, nec mihi vnquam placuit. Testatorem posse aliquid fateri se accepisse, se debere, libertum assignare, & id genus alia, facilè concedo. Quod autem alios omnes contractus extraneos, & ad testamẽtum non pertinentes facere possit, non recipio, donec mihi fuerit ostensum iure conuenire. Sed vt maximè contractus facere possit quis in testamento, sequiturne & alteri stipulari posse, & duos tunc testes sufficere, & nõ posse reuocari? Non confundamus quæso contractus, stipulationes, & alia quæ inter viuos geruntur, cum ijs quæ testamẽtis ac alijs vltimis voluntatibus expediuntur, ne inde absurda, & legibus contraria multa sequan-

A tur, ne iuris ordo euertatur, ne forma eius & solennia tollantur: ne falsitatibus & dolis aditus aperiatur. Præclarè Vlpianus: *Verba contraxerunt, gesserunt, non pertinent ad ius testandi*, l. Verba. ff. de verb. sig.

CAPVT LXXII.

Testator possitne inducere vsuras.



VLpianus: *Si cui certa quantitas legetur, & quoad præstetur in singulos annos certum aliquid, velut vsuras iusserit testator præstari legatum valet: sed in vsuris hactenus debet valere, quatenus modum probabilem vsurarum non excedit.* l. 3. §. vlt. ff. de annuis legatis. Ingens disputatio est, an inspecto iure Canonico, quo vsuræ sunt prohibitæ, eiusmodi testatoris dispositio valeat, quantum ad vsuras. quæ res maximi momenti est, quia si non valeat, vsuræ in sortem

B computandę erunt. Et frequenter legata id genus vxoribus dantur, vt donec dotes suas acceperint, vsumfructũ, vel aliud quidpiam percipiant. & loquor quando vsuræ non excedunt legitimum modum, nam quæ excedunt, non debentur etiam iure Ciuili. Variæ ac dissentientes sunt Doctorum sententiæ. Nam multi existimarũt valere testatoris dispositionem, & vsuras istas peti posse. Multi id negarunt. Alij vsi sunt distinctione; Verum in potestate legatarij sit, legatam sortẽ petere ac exigere, & tunc vsuræ tanquam illicitæ nõ debeantur; an verò in arbitrio hæredis positum sit, sortem præstare uel non præstare, donec usuras præstet: & tunc usuras deberi ac permissas esse. Alij denique in eo casu, quo in arbitrio hęredis est, præstare sortem, vel non præstare, distinguunt; utrum legatarius interpellauerit hæredem ad pręstandam sortem, an uerò non interpellauerit; ut priore casu licitè usuras percipiat, posteriore non item.

C Vide Bartolũ in d. l. 3. §. Si cui, ff. de annuis legatis. & in l. 2. ff. de his, quæ pœnæ nom. & ibidem Socinum seniorem, nu. 6. Iasonẽ in d. 1. on. 59. C. de summa Trinit. & ibidem Castren. nu. 14. & eundem ad Rub. ff. de his, quæ pœnæ nom. & in cons. 501. lib. 1. Ruma. cons. 510. nu. 15. Ripam in l. Nemo potest, num. 23. ff. de leg. 1. Cagnolum ad l. Curabit. nu. 14. C. de act. emp. Couu. lib. 3. uariar. resol. c. 1. ad finem. Alciatum lib. 5. Paradoxorum, c. ult. Aretinum in cons. 151. Barbatiam cons. 66. lib. 2. Socin. cons. 41. lib. 4. Ancharanum cons. 150. in quæstione, quæ uertitur inter Alexand. cons. 27. lib. 4. nu. 9. & 74. nu. 14. lib. 5. Puteum decis. 106. lib. 1. alios citat Menochius in cons. 441. lib. 5.

Ego ex his sententijs duas meritò amplectendas esse iudico. Prima est, testatoris dispositionẽ non ualere, quantum ad usuras, quoties in potestate legatarij est sortem debitam petere ac exigere. Altera, ualere, & ser-

D uandam esse, quoties in potestate legatarij non est sortem petere, sed in arbitrio hęredis est eam soluere, uel non soluere donec usuras soluerit. Duas has sententias cur amplectendas esse putauerim, vbi breuiter demonstrauero, tum argumenta diluam, quæ illis aduersari uidentur.

Quod attinet ad priorem sententiam, vt eam amplectar, in causa est primum, quod sit communis. Est enim in rebus obscuris & arduis communis sententię maxima autoritas. ca. Ne innitaris, de Constitutio.

Secundò, quod eandem secuta est Rota Romana apud Puteum, dicta decis. 506. lib. 1. Nemo autem ignorat, quanta sit eius autoritas: & meritò: Assident. o. illi semper integerrimi & doctissimi viri.

Tertiò, quia vsurę iure Canonico ac diuino prohibitæ sunt. Negari aũt nõ põt, quin legatum, quo de agitur, vsuras contineat. Est enim hac in re testis locupletissimus Vlpianus, qui in d. l. 3. §. vlt. ff. de annuis legatis, propterea monet, *Eatenus legatum valere, quatenus proba-*

probabilem vsurarum modum non excedit. Extat & intè-ger tit. de usuris & fructibus rei legatæ. & tex. in l. Titia Seio. §. i. de leg. 2. Ex quo patet legatum, quo de agitur, usuras continere.

Quartò, quia iuris ratio hoc ipsum suadet. Nam vsura est cum aliquid ultra sortem debitam accipitur. c. Plerique. 14. quæst. 4. c. Sicut 2. 47. distinct. Sed hoc in casu ultra debitam sortem aliquid accipitur. Ergo est vsura.

Postremò, cum legatarius possit debitam sortem petere & exigere, & nō exigat, uidetur tacitè pecuniam mutuare hæredi ea lege, ut usuras præstet, sicut mercator, qui merces suas longè maiori precio distrahit, si ad solutionem faciendam prolixioris temporis dilatio prorogetur. c. Consuluit. de Vsuris. Est enim hoc in casu mutuum quoddam palliatum, vt loquuntur nostri Doctores, & declarat optimè Nauarrus in Manuali, cap. 17. nu. 206. Excipio ab hac sententia casum illum, quo vsura omni iure est permissa propter damnum emergens, uel lucrum cessans, quam restauratiuam appellant, quam passim Theologi & Canonistæ admittendam fatentur, & docēt, ad quos me remitto.

Quod verò attinet ad posteriorem sentētiam, vt eā amplectar, tres sunt potissimum causę. Prima, ꝙ communior est. Secunda, quoniā Romæ ita fuit hæc quęstio decisa, cum ex facto proponeretur, teste Socino in d. l. 2. ff. de his, quæ pœnæ nom. nu. 9. Tertia, quia firmissimum habet fundamētum. Nam hoc in casu considerari non potest ulla ratio mutui ueri, uel ficti. Non veri mutui, quia illud a creditore exigi semper potest, hoc autem casu a legatario non potest exigi. Quare id potius simile est emptioni annui census perpetui, quę iure licita reputatur, de quo in 1. par. Controuersiarū multa dixi. Non mutui ficti, siue tecti, quia cum legatarius non possit hæredem cogere ad soluendum debitum, non potest etiam uideri breui quadam manu debitum ab eo exegisse, & illi pecuniā mutuasse sub vsuris. Excipio casum illum ab hac sententia, in quo legatarius potest, nō obstante testatoris uolūtate, id quod sibi debetur, petere, & ab hærede exigere; tunc enim, si non exigat, idem puto dicendum, quod in priori casu proximè dixi, quia est eadem ratio.

Sed nunc argumenta dissoluenda sunt. Primū usura esse dicitur, quæ prouenit ex pacto creditoris, qui lucri cupiditate illud fecit tacitè, vel expressè, sed hoc in casu nihil est pactus legatarius, sed vsuras percipit ex benignitate testatoris. Ergo, &c.

Respondeo, imò ex lucri cupiditate legatarius eas percipit, quoties sortem legatam, uel debitam petere potest. Nam si non petat, causa est, quod usuras percipit, & pecunia illi pecuniam parit, ꝙ fœnus, si ei non placeret, sortem peteret, ac exigeret iure sibi cōcesso.

Secundum argumentum est; quia testator non præsumitur, præsertim moriens, velle, ut legatarius usurā committat; quia in extremis agēs præsumitur memor salutis æternæ. l. ult. C. ad legem Iul. repetun. Respondeo, fieri posse, ut testatoris mēs sit bona & recta, nec putet ille usuram committi hoc in casu, sed quia committitur, ideo exigi non potest: plus enim ualere debet ueritas, quàm opinio testatoris.

Tertium est argumentum ex d. l. 3. §. ult. ff. de annuis legatis. Respondeo, iure Ciuili locum habere, quo tēpore usuræ permittebantur. iure Canonico, quod præualere debet, contrarium sancitum est, & secundum illud nostra disputatio accipienda est.

Hæc aduersus sententiam priorem objiciuntur. Aduersus autem posteriorem objicitur, (vt cætera prætereā argumenta leuiora, quæ ex Doctorum placitis petuntur) hoc argumentum, quoniam hoc etiam in casu aliquid ultra sortem exigitur, & pecunia pecuniam parit: Ergo vsura committitur. Et quia, cum legatarius non petat sortē sibi restitui, nec interpellet hæredem,

A videtur tacitè consentire usurarum præstationi, atque adeo tacitum cum hęrede & palliatum, vt vocant, mutuum contrahere.

Respondeo, legatarium vsuras consequi ex testatoris uoluntate, non ex pacto tacito, vel expresso; Sicut enim testator potuisset annuatim, & simpliciter legare pecuniam, quam pro usuris legauit, ita nihil ei potest obesse, quod interea solui eam uoluerit pro vsuris rei legatæ. Et ideo non committitur usura illa, quæ iure prohibetur.

Quòd verò legatarius non petat rem principalem legatam; nec hæredem interpellet ad eam præstandā, non facit ipsum in usuræ crimen incidere, si ex facto proponatur, non esse in potestate legatarii hæredem cogere ad sortem principalem præstandā. Cur enim legatarius hæredem interpellaret eo in casu ad soluēdum, quo id ei non licet? etenim contra leges illum vrgeret, & ideo non est in culpa is, qui non facit, quod de iure facere nec tenetur, nec potest.

Quod si proponatur, legatarium actionem habere ad exigēdam principalem ac debitam summam, non B obstante contraria testatoris dispositione, hæredis arbitrio id committente, tunc legatarium usuræ crimen contrahere non dubito, si iuris, quod ei competit, auxilio ad consequendam sortem debitam omisso, turpi usurarum legatarum lucello inhiare deprehendatur.

C A P V T LXXIII.

Vtrum filius legitimam portionem amittat, si legata pia soluere neglexerit?

SI filius hæres institutus sit, & in legatis pijs exequēdis monitus ab Episcopo negligens fuerit, legitimam amittit, quæ secundum legem ei defertur in parentum successione: Ita Io. And. Hostiensis, Antonius But. & Ancharanus in c. Si hæredes. de testam. C Fundamentum est primo in §. Si autem, qui hoc facere. in Authen. de Ecclesiasticis titulis, ubi Iustinianus. *Si autem, qui hoc facere iussi sunt, semel & secundo a beatissimo locorum Episcopo, aut eius Oeconomis per publicas personas admoniti distulerint quæ disposita sunt adimplere, iubemus eos omne lucrum eis relictum ab eo, qui hoc præceperit, amittere, &c.*

Secundò in c. Licet. de voto. ibi: *Ne si onus tibi a patre iniunctum, & a te spontè susceptum occasione qualibet detrectaueris, paterna te reddas successione indignum, et hæreditatis emolumento priueris, cuius recusaueris onera supportare, sciturus ex tunc anathematis te uinculo subiacere, & iure, quod tibi, si dictus Rex sine prole decederet, in regno Vngariæ, competebat ordine geniture priuandum.*

Contrarium docuerunt Cardinalis, Abbas, Imolensis, & Barbatia in d. c. Si hæredes. & ibidem Couarr. nu. 9. Fundamentum est primò in §. Si quis autē D non implens. in Authen. de hęred. & Falcidia. vbi Iustinianus: *Si quis autem non implens, quod dispositum est, sed dum competat ei, qui honoratus est, quod relictum est, etiam ex decreto iudicis admonitus, annum totum protraxerit, non agens hoc, quod preceptum est, siquidem aliquis eorū fuerit, qui necessario ex lege percipiunt, in plus autem, quam quod lex ei dari uult, scriptus est heres: tantum accipiat solum, quantum lex ei dari, secundùm quartam ab intestato partem concedit: aliud uero totum auferri.*

Nec obstat, si quis dixerit, Iustinianum eo in loco non loqui de legatis pijs, quia etiam de legato libertatis loquitur; vt infrà patet ex illis uerbis; *Aut seruus libertate donatus, &c.* legatum uerò libertatis pium est lege prima, §. Sin autem. C. de commu. seruo manum.

Sed licet hoc ita sit, negari tamē non potest, quia

constitutio hæc, quæ habetur in Nouella de hæred. & Falcid. differat ab alia constitutione, quæ habetur in Nouella de Ecclesiasticis titulis, quia lucrum, quod aufertur hæredi negligenti legata pia adimplere Episcopi distributioni defertur; illud autem, quod hæredi aufertur, generaliter negligenti exequi voluntatem testatoris, defertur substitutis coniunctis legatarijs & alijs. Illa Constitutio loquitur de herede bis monito, & de pœna priuationis eius etiam ante annum negligentis præstare legata pia: Hęc autem de hęrede loquitur, qui totum annum protraxerit, in exequenda voluntate defuncti, iudicis decreto admonitus.

Secundò, fundamentum est, quia Nouella constitutio de Ecclesiasticis titulis aufert lucrum hęreditatis hęredi negligenti soluere legata pia. Legitima verò portio filijs debita non dicitur lucrum, sed potius debitum. l. Si quis legatum. §. vlt. ff. ad l. Cor. de fals. & habetur in Nouella de Triente & Semisse.

B Sed nec istud fundamentum solidum est: quia textus prædictæ Nouellę omne lucrum aufert hęredibus relictum ab eo, qui hęc pręceperit; consequenter, si hæres ille institutus est, uidetur ei tota hęreditas à testatore relicta auferenda. Est autem legitima portio tręs eiusmodi hereditatis, quamobrē & illa aufertur, quia in toto inest pars.

Tertiò fundamentū est: quia legitimæ nullum adijci onus potest. l. Quoniam in prioribus. C. de inoff. testam. Sed hoc est magnū onus, vt filius illam amittat, nisi legata pia executus fuerit. Responderi potest, non esse hoc onus legitimæ portioni adiectum a testatore, de quo loquitur lex illa, séd est pœna à lege imposita aduersus eos, qui legata pia executioni mandare ac præstare detrectauerint, ac bis moniti neglexerint. quam quidem pœnam in legitima portione locum habere non posse, nulla lege demonstrari, nulla ratione euinci potest.

C Imò verò etiam legitimam portionem hoc in casu amitti debere ex lege Iustiniani, non leuis coniectura est, quòd cùm de hæredis negligentia circa aliorum legatorum præstationem locutus est, & pœnam in eo casu statuit, satis clarè, & dilertè legitimam filijs hæredibus, vel alijs debitam excepit. Cùm autem pęnam statuit in eos, qui in legatis pijs soluendis negligentes sunt, non excepit legitimam portionem hæredi debitam: Ex quo coniecturam sumere licet, quia maior est culpa negligentium pia legata implere, eos etiam maiori pœna afficiendos; ac propterea omnem hęreditatem istis meritò auferendam: illis autem portionem legitimam reseruandam, qui cętera implere negligunt. Propter hanc coniecturam, & quia nullum posterior sententia solidum habet fundamentum, vt priori sententiæ acquiescam, faciendum esse iudicaui.

D

CAPVT LXIX.

Militare testamentum an subiaceat querelæ.

ALexander Imperator; *De inofficioso testamēto militis, vel iure militari, vel ciuili facto, uel Centurionis, uel tribuni numeri; nec filios posse queri, ius certum est.* l. De inoffi. C. de testamen. milit. Idē habetur in l. vlt. C. de inof. test. in l. Si instituta. §. De inoffic. & in l. Papinianus. §. Papinianus, ff. eod. tit.

Sed controuersia est, an hodierno iure inspecto idē respondendum sit, cuius rei causam attulit Nouella Iustiniani 115. Vt cum de appellationibus. §. Aliud quoque capitulum. vbi Iustinianus: *Sancimus igitur nō licere penitus patri, vel matri, auo, &c. suum filium, vel filiam, vel cęteros præterire, aut exhæredes in suo facere testamento, &c. Nisi forsan probabuntur ingrati, & ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento.* Et paulò inferiùs: *Et hæc quidem de parentum ordinauimus testamentis. Iustum perspeximus & econtrariò de liberorum testamentis hæc eadem cum aliqua distinctione disponere: Sancimus itaque non licere liberis parentes suos præterire, aut quolibet modo à rebus proprijs, in quibus habēt testandi licentiam, eos omnino alienare, nisi causas, quas numerauimus, in suis testamentis specialiter nominauerint.*

Inter Doctores igitur est controuersia; Vtrum hac generali constitutione contineantur etiam milites, ac proinde testamentum militum rescindatur, sicut aliorum, si parentes milites filios suos absq; legitima causa exhæredauerint, vel præterierint, & econtrariò filij suos parentes simili modo præterierint, vel exhæredauerint absque legitima causa.

Et communis est sententia etiam milites ea constitutione contineri. Glos. in l. vlt. vers. Testamenta. C. de inoff. testam. Bartolus in Auth. Ex causa. C. de lib. præteri. & in l. Filio præterito. nu. 22. ff. de iniusto rupto. & irr. testam. Conuar. alios citans in c. Quia nos. de testam. Clarus in §. Testamentum. quæst. 40. versic. Sed quæro.

Ab hac sententia recesserunt Ledouicus Romanus & Iason in l. Sicut. C. de Testam. milit. col. penul. Viglius in §. Sed si. in Insti. de Exhæred. lib.

Communis sententiæ fundamentum est; quia constitutio generalis est; & consequenter ad omnes generaliter porrigitur. Item, quia dum Imperator loquitur de filijs, eis non licere declarat parentes suos præterire *in rebus, in quibus habent testandi licentiam*. Testandi verò licentiam habent milites præcipuè, ut in Insti. de exhæred. lib. non procul ab initio & alibi. De Castrēsi etiā peculio permissum est testari filijsfamilias, & quasi Castrensi. l. pen. & l. ult. C. de Testam.

Fundamentum contrariæ opinionis est; quia Iustinianus in dicta Nouella non corrigit antiquas leges, quibus priuilegium hoc testamenti militaris continetur: Ergo manent incorrectæ. Quod uerò dicitur in dicta Nouella filijsfami. in rebus, in quibus habent testandi licentiam, non pertinet ad filiosfamil. milites, qui in expeditione militari sunt, sed ad filiosfamil. qui testari possunt de peculio quasi Castrēsi, uel etiam Castrensi, non tamen eo tempore, quo sunt in Castris, & in ipsa expeditione militari.

Ego libentius sequor posteriorem hanc sententiam eo argumento, quod mihi familiare est, & solidum videtur, Veteres leges nunquam ex Nouellis corrigi, nisi exprimatur præfatione præmissa à Iustiniano, aut necessariò ex verbis nouæ constitutionis eliciatur legum veterum correctio. In hac autem, qua de agitur constitutione, nullum verbum de militari testamēto: nullum verbum, quod veteres leges sint sublatæ, quibus constitutum erat, vt militis testamentum non subiaceret querelę. Et sanè Iustiniano in Nouella illa id propositū est, causas determinare, quæ sunt iustæ, vt filij exhæredari possint. Item, vt filij instituti debeant, & non sufficiat legitimam eis portionem alio titulo relinquere, quàm institutionis, & ut ex causa præteritionis, uel exhæredationis rupto testamento legata præstentur, & quædam alia ibi expressa, quę legibus antiquis repugnant.

Quod aūt subijcitur in §. Et hęc quidē. etiam in liberis testantibus idem sancitum esse, ut eis non liceat parentes suos exhęredare, uel pręterire in reb. proprijs, de quibus habent testandi licentiam, id, inquam, ostendit filiorum testamenta subiacere querelę, & rescissioni, siue de Castrensi, siue de quasi Castrensi peculio restentur, & in hoc leges ueteres correctas esse, quia nō possunt cum hac constitutione saluæ cohęrere: nisi ad filios emancipatos constitutio Iustiniani restringatur, & quod absurdum est; Sed non ostendit militaria testamenta eorundem filiorum simili modo subiacere querelę, & rescissioni.

Mili-

Militaria, ioquam, testamenta, de quibus nostra est disputatio, & quæ milites in Castris conficiunt, de quibus antiquæ leges loquuntur, statuentes, vt de inofficioso querelam euadant. Nec dubium est, quin eiusmodi militaria testamenta, quæ singularibus priuilegijs iure donata sunt, eisdem speciali quadam constitutione priuanda essent: Præsertim, quia Iustiniano id solenne est, vt in militum quoque personis locum esse constitutionibus suis expressim decernat, cùm eisdem etiam milites contineri intendit, vt patet ex Nouella de hæredib. & Falcid. ibi: *In omni persona, siue priuata, siue militari*, &c. & alibi sæpe.

CAPVT LXXV

Clericorum testamenta num subiaceant querelæ, ac rescissioni, si sint inofficiosa.

Clericorum testamenta de his rebus, quæ præter Ecclesiæ reditus, acquirunt, ex causa exhæredationis, vel præteritionis non rescindi, autores sunt Accursius, Iacobus Butriga. & Baldus in Auth. Presbyteros, C. de Episcop. & Cleri. Abbas Panorm. in ca. Quia nos, de testam. Angelus, Paulus & Iacopio. in l. 1. ff. de inoff. testam. Corneus in Auth. Ex causa. num. 100. C. de lib. præte.

Argumenta verò hæc sunt: Primum ex c. Quia nos. de testam. in illis verbis: *Liberè disponere valeant*. Si. n. liberè disponere possunt ac testari, vt ibi dicitur; ergo non subiacent querelæ eorum testamenta. Probatur hæc consequentia ex l. Si filiam tuam, C. de inoff. testa: Diocletianus: *Si filiam tuam eo, quòd turpiter, & cum flagitiosa faditate viuit, à successione tua excludendam putes; si non inconsulto calore, sed ex meritis eius ad odium incitatus es: postremis iudicij liberum arbitrium habebis*.

Liberum arbitrium ibi intelligitur habere parens, quia filiam suam exhæredare potest.

Secundum argumentum est; quia testamenta filiorum fam. de peculio Castrensi, uel quasi Castrensi quæ relç non subiaceot, l. vlt. C. de inoff. testam. Ergo neque Clericorum, qui de bonis ira acquisitis testantur, quia sunt quasi Castrēsia; vt habetur in Auth. Presbyteros. ibi: *Ad similitudinem Castrensium peculiorum*, &c.

Tertium argumentum est ex d. Auth. Presbyteros desumpta ex Nouella de sāctissimis Episcopis, §. Presbyteros. Eius verba hæc sunt: *Presbyteros, & Diaconos, & Subdiaconos, & Cantores, quos omnes Clericos appellamus, res quolibet modo ad dominium eorum venientes, habere in sua potestate præcipimus, ad similitudinem Castrensiū peculiorum, & donare, cui voluni secundùm leges; & in his testari, licet sub parentum potestate sint. Sic tamen, ut horū filij, aut his non extantibus, parentes eorum legitimam ferant partem.*

Sed contrarium docuerunt Andreas Siculus in d.c. Quia nos. de Testam. Salycetus in d. Auth. Presbyteros, & in Auth. Ex causa. num. 18. C. de lib. præteritis, quib. Couarruuias in d.c. Quia nos, dicit se non admodum inuitum accedere, ego verò libentissimè accedo, nec dubito, quin contraria hæc sententia iuri sit magis consentanea, quod ne elarè ostensurum confido, si eius fundamento solido prius iacto, tum prioris sententiæ argumenta diluere aggrediar.

Fundamentum est planè firmum in Nouella Iustiniani 115. Vt cum de appellat. in §. Et hæc quidem. vbi generaliter Iustinianus statuit idem de liberis testantibus, quod de parentibus cōstituit; vt eis non liceat parentes suos in rebus, de quibus testari possunt, exhæredare vel præterire sine iusta causa, alioquin testamentum rescindatur, vel secundum multorum sententiam nullius sit momenti. Hæc constitutio clericos non excipit: nec iure Canonico illi eximūtur. Ergo eadem cō

A stitutione continentur, qua cæteri liberi, in rebus de quibus testari possunt, vt puta Castrensibus vel quasi: Constat enim eos de ijs testari posse, nō de alijs, si sint in potestate patris: quibus proculdubio Imperator æquè legem illam statuit, atque emancipatis. Fundamē tum hoc satis mihi firmum uidetur.

Ad argumenta prioris sententiæ sic respōdeo, quod attinet ad text. in c. Quia nos, de Testam. illud uerbum *liberè*, non esse ita accipiendum, vt possit Clericus contra leges, & constitutiones filios vel parentes præterire. Præclarè enim Iustinianus: *Si quando talis concessio Imperialis processerit, per quam libera testamenti factio conceditur: nihil aliud uideri Principem concedere, nisi vt habeat legitimam, & consuetam testamenti factionem*, l. Si quando, C. de inoff. testam.

Nec obstat textus in l. Si filiam. C. de inoff. testam. quia *liberum arbitrium* ibi necessariò propter subiectā materiam hoc importat, vt filia turpiter uiuēs, & quā

B propterea pater excludendam putabat, exhæredari possit.

Ad secundum argumentum respondeo, l. vlt. C. de inoff. testam. & si quæ sunt aliæ similes, quibus declaretur filiorumfamil. testamenta de Castrensi, vel quasi Castrensi peculio querelam euadere, antiquatam esse ex Nouella supradicta Iustiniani. Vt cū de Appel. cog. §. Et hæc quidem. solis militibus exceptis, ut declarani in capite præcedenti.

Ad tertium argumentum ex Auth. Presbyteros respondeo, nihil minus dicere ibi Iustinianum, quàm quod Clerici possint liberos uel parentes suos exhæredare sine causa legitima, ac proinde testamenta eorum querela expugnari non possit; immò contrarium indicant illa verba, *& donare cui volunt secundum leges*. Item illa: *Sic tamen vt horum filij, aut his non extantibus, parentes legitimam ferant portionem*. Præclarè Salycetus in d. Auth. Ex causa. num. 18. *Pondera verbum sic*, in-

C quit, *& illud verbum, ferant, quod sequitur; non enim dicit: petant vel aduocent, sed ferant, quod intelligitur in illo testamento, & omnia simul iuncta probant: quasi dicat, sic testentur secundum leges, quod parentes in eo vel ex eo testamento legitimam ferant, quasi dicat; quod si non fecerint, quia eos non instituerint in legitima, iuris remedia locum habebunt; Hæc autem remedia sunt, quia vel testamentum nullum dicent vel querelam intentabunt.* Sic ille.

CAPVT LXXVI.

Ingratitudinis causa si probetur, quæ testamento parentum expressa non sit, possint ne filij exhæredati rescisso testamento ab intestato hæreditatem vindicare.

D Imperator Iustinianus: *Sancimus non licere penitus patri vel matri, &c. filium vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exhæredes in suo facere testamento, &c. Nisi forsan probabuntur ingrati, & ipsas nominatim ingratitudinis causas parentes suo inseruerint testamento*. Nouella 115. Vt cùm de appellat. cognoscitur, §. Aliud quoq; capitulum.

Huius textus authoritate probatur testamentum rescindi, & filium exhæredatum uindicare posse hæreditatem, licet ingratitudinis causa ab hærede probetur, si ea testamento nominatim inserta non fuerit; quia Iustinianus duo coniunctim exigit: Vnum, vt causa ingratitudinis probetur. Alterum, vt nominatim testamento inseratur. Atque ita rectè docent Aretinus in l. 3. §. Filius, col. 2. ff. de lib. & posthumis. Alexander in Authen. Ex causa, col. pen. C. de lib. præteritis, & multi alijs, quos refert & sequitur Couuar. in c. Rainutius, num. 7. de testameo. qui duos textus pro huius sententiç confirmatione adfert, l. Io atenam, & l. Om-

l. Omnimodo. C. de inoff. teſtam. Sed l. In arenam. ni- A
hil iuuat hanc ſententiam. Nec l. Omnimodo. illam planè euincit, in illis verbis: *Si tamen non ingrati legitimis modis arguantur: cum eos ſcilicet ingratos circa ſe fuiſſe teſtator dixerit. Nam ſi nullam eorum quaſi ingratorum fecerit mentionem, non licebit eius hæredibus ingratos eos nominare, & huiuſmodi quæſtionem introducere.*

Ideo hanc ſententiam locus iſte non euincit; quia hoc tantum requirit, vt in teſtamento pateos mentionem faciat liberorum quaſi ingratorum, nos autem exigimus, vt nominatim etiam cauſam adſerat ingratitudinis legitimam. Itaq; ſi parens in teſtamento eos ingratos fuiſſe diceret, id ex mente d. l. Omnimodo. ſufficeret, ad filios probata ingratitudine excludêdos; ſed non ſufficit ex mête Iuſtiniani in d. Nouella; quia hoc requirit, vt etiam cauſa ingratitudinis legitima nominatim teſtamento inſeratur.

Quod licet ita clarè conſtitutum ſit, non deſunt ta-
men, qui ex locis alienis, & verbis ac argumentis ge- B
neralibus contrarium docuerint, nempe ingratitudinis cauſa probata, licet teſtamento nõ inſerta liberos excludendos ab hæreditate. Ita docuit Angelus in §. Ingratitudinem. in Auth. de nuptijs. Iaſon in l. Cum mota. nu. 17. C. de Tranſact. & in Auth. Ex cauſa. col. 3. & in Auth. Non licet. in 7. limit. C. de lib. præterit. Corſetus in ſingul. in verbu Ingratitudo. qui citat Gl. in c. vult. de poſtulando.

Primum argumentum eſt ex d. §. Ingratitudinem. Nihil probat: quia hoc tantùm dicit, ſicut filij, qui probantur ingrati excluduntur à lucris nuptialibus, quæ mater conſecuta eſt, ita etiam & fratres excludi, nec fratribus ſuis in huiuſmodi lucris ſuccedere poſſe. Excluduntur autem omnes iſti ex ingratitudinis cauſa. quod ego ſic accipio, ſi teſtamento videlicet exhæredati fuerint à matre ſiue fratre: nec enim Iuſtinianus aliquid hac in parte noui ſtatuit, quaſi velit eos excludi
etiam ab inteſtato, ſed matri ac fratri reſeruat ius ex- C
hæredandi filios & fratres ingratos. Id patet ex verbis, quæ præcedunt dictum §. Ingratitudinem. ibi: *Ratione contra ingratos filios undique, & ſuper iſtis rebus ſeruata.* Et ſtatim ſubdit idem iuris eſſe in fratribus ingratis, ſic dicens: *Ingratitudinem autem hic conſideramus non ſolum ad matrem, ſed etiam aduerſus fratrem ipſum defunctum.* Et quòd maximè notandum eſt, refert ſe ad Cõſtitutionem ſuper hoc editam, vt ex illis verbis patet: *Secundum quod pridem à nobis dictum eſt.* Quamobrem hoc primum argumentum nihil obſtat, quia quantum ad filios attinet, ſicut propter ingratitudinem excludentur ab hæreditate patris, ſi teſtamento cauſa ingratitudinis inſerta exhæredati fuerint, iuxta Nouellam. Vt cum de appell. cognoſc. §. Aliud quoque capitulum. Ita & ab eiuſmodi lucris excluduntur, ſi fuerint teſtamento matris propter ingratitudinis culpam exhæredati.

Secundum eſt ex l. Liberi. C. de inoff. teſta. quæ nil aliud habet, quàm parentes ingratus exhæredari poſſe, & ingratitudine probata, teſtamentum impugna-
re non poſſe. Quod ſanè, quo pacto iuuet hanc ſen- D
tentiam, non intelligo.

Tertium eſt protius alienum à quæſtione iſta ex l. 3. §. vlt. ff. de adim. legat. Vlpianus: *Non ſolùm autem legata, ſed & fideicommiſſa adimi poſſunt, & quidem nuda voluntate. Vnde quæritur, an etiam inimicitijs interpoſitis fideicommiſſum non debeatur? Et ſi quidem capitales, vel grauiſſimæ inimicitiæ interceſſerint: ademptum videtur, quod relictum eſt,* &c.

Ideo verba attuli & adſcripſi: quia attuliſſe illa, confutaſſe eſt argumentum, quod ex eis adfertur.

CAPVT LXXVII.

Ad interpretationem Nouellæ 115. Vt cùm de Appell. cognoſc. §. Aliud quoque capitulum. an locum habeat in præteritione paterna filiorum, qui ſunt in poteſtate.

QVI filium in poteſtate habet, curare debet, vt eum hæredem inſtituat, vel exhæredem nominatim faciat. Alioqui ſi eum ſilentio præterierit, inutiliter teſtabitur: adeo quidem, vt ſi viuo patre filius mortuus ſit, nemo hæres ex eo teſtamento exiſtere poſſit: quia ſcilicet ab initio non conſtiterit teſtamentum. Verba ſunt Imperatoris in §. 1. in Inſti. de exhæred. liber.

Idem Iuſtinianus in Nouella 115. Vt cùm de ap-
pell. cognoſc. §. Aliud quoque capitulum. ita ſtatuit:
B *Sancimus non licere penitus patri vel matri,* &c. *Suum filium vel filiam, vel cæteros liberos præterire, aut exhæredes in ſuo facere teſtamento,* &c. *Niſi forſan probabuntur ingrati, & ipſis nominatim ingratitudinis cauſas parentes ſuo inſeruerint teſtamento.*

Hic controuerſia oritur, ſi pater filium, quem in poteſtate habet, præterierit cauſa legitima teſtamento inſerta, quæ vera eſſe probetur: vtrum teſtamentũ valeat. Mouet dubitationem, quòd ſecundum leges veteres non valet illud teſtamentum, in quo filius in poteſtate exiſtens, neque hæres inſtitutus eſt, neque nominatim exhæredatus. l. Inter cætera. ff. de lib. & poſtum. l. Filio præterito. ff. de iniuſto rupt. teſt. & habetur in d. §. 1. in Inſti. de exhæredat. liber. Veteres autem leges non correxit Iuſtinianus in hac parte, nec vllam eorum fecit mentionem in d. §. Aliud quoq. capitulum. Ergo manent incorrectę, & conſequenter teſtamentum nullius eſt momenti, in quo filius eſt præ-
C teritus, etiam ſi ingratus eſſe probetur, & ingratitudinis cauſa teſtamento fuerit inſerta, quia non poteſt eũ pater præterire, ſed nominatim exhęredare debet.

Sed huic ſententię uerba Iuſtiniani repugnant in d. §. Aliud quoque capitulum. Nam dum ſtatuit patri non licere filiosfam. pręterire, niſi ingrati probentur, & ipſę ingratitudinis cauſę nominatim teſtamento inſerantur, ex contrario indicat, ſi ingrati probentur, & cauſæ ingratitudinis nominatim teſtamento inſerantur, patri licere filios ſuos pręterire: & conſequẽter teſtamentum eo in caſu valere, & firmum eſſe.

Hęc eſt illa quęſtio, quam Fulgoſius in Auth. Ex cauſa. C. de lib. præterit. dicebat Cæſarea deciſione indigere, & quam in Concilio Conſtantienſi decidendam proponere in animo habebat; Et ſanè Couarr. in c. Rainucius, num. 1. 2. & 8. de teſtam. adductis vtriuſque ſententię autoribus, & nonnullis rationibus in eam ſententiam magis propendet, vt teſtamentum hoc in caſu valeat. Et idem quoque mihi videtur, quia cùm pater in teſtamento dicit: *Filium meum prætereo, quia me uerberauit*, ſi non verba, ſed ſenſum
D ſpectemus, uidetur filium ſuum exhæredare; neque enim ad exhæredationem inducendam neceſſaria eſt forma illa verborum, *Filium meum exhæredo*, ſed qualiacunque verba, idem ſignificantia ſufficiũt, l. 3. C. de lib. præterit.

Moueor præterea, quoniam cùm Iuſtiniani Nouella cohęrere nequeunt leges antiquæ, quæ ob præteritionem teſtamentum nullum eſſe ſtatuerunt, eo ſcilicet in caſu, quo filij ſunt præteriti iuſtam ob cauſam ingratitudinis teſtamento inſertam; quia Iuſtinianus vult illud ualere, ergo neceſſe eſt dicere, leges ueteres ſublatas eſſe noua illa Iuſtiniani Conſtitutione.

Non obſtant duæ reſponſiones, quæ adferri ſolent. Prima, id, quod Iuſtinianus in Nouella dicit de præteritione filiorum, accipiendum eſſe reſpectu matris, cu-
ius

ius præterito pro exhæredatione habetur; Vel de præteritione filiorum, qui non sunt in potestate. Cõstat enim testamentum valere, in quo filius emancipatus est preteritus.

Altera, hoc Iustinianum velle: vt si causę ingratitudinis in testamento fuerint expressę, quo filius est preteritus, testamentum ex sua constitutione non possit infirmari, nisi tamen fuerit nullum aliam ob causam, puta propter preteritionem filij, ob quam, secundum leges veteres testamentum est nullum.

Posterior hęc responsio nihil ualet, quia perinde est, ac si diceretur, nolle Iustinianum, ut testamentum hoc in casu ualeat, non obstante præteritione: sed tamen propter preteritionem nullum esse ex antiquis legibus, quod manifestam implicat contradictionem. Si autem ita diceretur, non puto dubitari posse, quin absurda esset interpretatio, & Iustinianus uellet repugnantia, & quę simul cohętere non possunt. Adde etiam ipsius Iustiniani proposito adnersantia, quia si B uult testamentum ualere, ubi causę ingratitudinis expressę sunt legitimæ & ueræ, consequenter uult ueteres leges hac in parte cessare, & uires nõ habere. Sed audiamus ipsum Iustinianum: *Siue igitur omnes memoratas ingratitudinis causas, siue certas ex his, &c. Testamẽto suo inseruerint, &c. Testamentum suam habere firmitatem decernimus.* Vult igitur disertè, testamentũ hoc in casu ualere: Ergo ueteres leges, quæ illud non ualere statuunt, necessariò abrogantur.

Prior autem responsio ideo consistere non potest, quia uerba Iustiniani dicenti, patri, uel matri non licere filios suos præterire, uel exhæredes in suo facere testamento, tam de patre, quàm de matre accipienda sunt, & tam de filijs in potestate positis, quàm de emãcipatis. Alioqui si non de patre accipienda fiot, respectu filij in potestate patris existentis, licebit filios in potestate preterire, licet ingrati non probentur, & licet ingratitudinis causam suo testamento non inseruerit, quod tamen absurdum est. Sicut ergo Iustinianus generaliter accipiendus est de patre & matre, & C filijs tam suis, quàm emancipatis in sensu directo, quatenus statuit non licere patri uel matri filios preterire, uel exhæredare, nisi ea forma seruata, ita etiam accipiendus uidetur in sensu cõtrario, quatenus uult ea forma seruata, patri & matri licere filios præterire; uel exhæredare, & eo in casu testamentum ualere. Id quod expressè statuit in §. Siue igitur. cuius uerba proximè adscripsi, & mox iterum adscribam.

Non obstant, quæ pro contraria sententia adferuntur; quæ duo sunt potissimum argumenta: Primum est ex illis uerbis dictæ Nouellæ: *Siue igitur omnes memoratas ingratitudinis causas, siue certas ex his, &c. Parentes in testamento suo inseruerint, & scripti haredes, &c. Veram esse monstrauerint, testamentum suam habere firmitatem decernimus.*

His enim uerbis uidetur colligi, Iustinianum loqui de testamento, quod à principio ualet, & ideo dicit, *suam obtineat firmitatem.* At testamentum, quo filius est præteritus, à principio non ualet, sed nullum est; D ergo de hoc testamento non loquitur Imperator.

Alterum est argumentum, ex uerbis sequentibus: *Si autem hac obseruata non fuerint nullum exhæredatis liberis praiudicium generari.* Non dicit Imperator, *præteritis*, sed *exhæredatis.* Ex quo uidetur colligi posse Imperatorem suprà locutum esse de exhæredatis tam à patre, quàm à matre, & de præteritis à matre, cuius præteritio, pro exhæredatione habetur. §. Mater. in Instit. de exhæred. lib.

Ad primum argumentum ita respondeo: sensus illorum uerborum, *testamentum suam obtineat firmitatẽ*, hunc esse; testamentum ualere, & rescindi non posse; ualere, inquam, ab initio, & suam obtentorum firmitatẽ, quia rescindi nõ poterit, nec infirmari ulla rõne. Et dom in argumento assumitur. Sed testamentũ, in quo filius est præteritus, ab initio non ualet. Istud nego. Nam dico ualere, si forma à Iustiniano statuta seruetur. Nec obstant antiquæ leges; quia per nouam Constitutionem antiquantur, & locum non habent. Id manifestum est ex his, quæ superius diximus: quia Iustinianus hoc vult, licere patri & matri filios prætetire causa ingratitudinis probata, & testamento inserta; ergo necessariò vult sublatas esse leges veteres, quibus non erat permissum filios preterire.

Ad secundum argumentum respondeo, verbum *exhæredatis*, quo Imperator vsus est, latè ibi accipiẽdum esse, & ideo præteritos quoque filios comprehendere. Alioqui absurdum sequeretur, Iustinianum scilicet statuisse, vt non liceret patri filios præterire vel exhæredare, nihil forma illa seruata; & tamen si præterijsset, nihil dixisse; si verò exhæredasset, declarasse, vt nullum eis præiudicium generaretur. Hoc est absurdum; quia sicut liberis præteritis antea consultũ erat, ita & iniustè exhæredatis per querelam inofficiosi testamenti; & tamen Iustinianus declarauit, nullum exhæredatis præiudicium generari. Aliud præterea absurdum sequeretur: a videlicet, quæ Iustinianus postea decernit de testamento, quantum ad institutionẽ hæredis, irritando, & quantum ad legata & fideicommissa conferuando, non pertinere ad eam facti speciem, in qua filius testamento præteritus esse proponatur, quod ex verbis Iustiniani, & menti repugnare manifestum est.

Porrò exhæredationis verbum latè patere, vt & preteritionem comprehendat, testis est Vlpianus in l. Si patronus. 1. 2. ff. de bonis libe. ibi: *Silentio exhæredauerit.* Quid enim aliud est exhæredare, quàm priuare hęreditate? Priuat autem hæreditate preteritio, vt patet.

CAPVT LXXVIII.

Ad eandem Nouellam 115. Vt cùm de appell. cognosc. §. Aliud quoq; capitulum. possintne parentes filios suos exhæredare ex alia causa, quæ non sit ex 14. ibi expressis, quæ tamen similis sit, vel maior.

Filius exhædari non posse à parentibus ex vlla ingratitudinis causa, quæ non sit ex 14. à Iustiniano constitutis in Nouella 115. Vt cum de appella. cognosc. §. Aliud quoq; capitulum. existimauit olim Martinus Laudensis, & hanc sententiam de iure veriorem esse Alexander dixit in Auth. Non licet. C. de lib. præter. nu. 4. eo argumento, quòd nouissima illa Cõstitutio corrigat antiquas leges, & pœnam introducat, cõsequenter odiosa sit, & nequaquam extendenda ad alios casus in ea non expressos, præsertim cum Iustinianus ipse extensionem prohibeat, sic dicens: *Sed quia causas, ex quibus ingrati liberi debeant iudicari, in diuersis legibus dispersas, & non apertè declaratas inuenimus, quarum aliqua nec digna nobis ad ingratitudinem visa sunt, aliqua verò, cùm essent digna, praetermissa sunt; ideo necessarium esse perspeximus, eas nominatim præsenti lege comprehendere: vt præter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi qua in huius Cõstitutionis serie continentur.*

Sed contrariam sententiam vti receptissimam, ita & verissimam esse iudico. Receptissimam esse oẽs fatentur, in Auth. Non licet. C. de lib. præter. Couuar. ad c. Raynucius. nu. 16. de test. Clarus §. Testamentũ. q. 41. vers. Sed quæro. Verissimam autem esse, ut ostendam, Vtor ipse, cæteris omissis, hoc argumento, quod absurdum esset, & longè à iure alienum, si causa ingratitudinis maior committatur, uel similis eis, quæ à lege expressæ, & enumeratæ sunt, eam non eodem iure cen-

cẽsendã, quo causæ lege Iustiniani expressæ; *Nõ possunt* inquit Iulianus, *omnes articuli singulatim aut legibus, aut Senatusconsultis comprehendi; sed cùm in aliqua causa sententia eorum manifesta est: is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere, atque ita ius dicere debeat.* l. Non possunt. ff. de legib.

Nec mens illa Iustiniani est, vt causas similes, vel maiores expressis ab eo excludat, sed vt eas tantum causas excludat, quæ alijs legibus continentur, si non fuerint in ea cõstitutione expressæ. Sic enim ait; *Et praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quæ in huius constitutionis serie continentur.* Sensus est; licet aliæ causæ aliquibus legibus contineantur, si tamen non contineantur in Constitutione illa, non licere cuiquam eas opponere, quia Imperator eas pro legitimis non iudicauit: Tales autem causæ non sunt proculdubio, quę maiores vel similes sunt expressis, quoniam illas Iustinianus approbauit, aut approbasse existimãdus est, propter similitudinem. Sed sunt B leuiores & dissimiles causæ. Sed de quæstione ista non admodum difficili, hæc sufficiant.

CAPVT LXXIX.

Si filius post iniuriam parenti factam ei reconciliatus fuerit, vtrum exhæredatio locum habeat.

Sed rursus cõtrouertitur, si pater filiũ exhæredauerit propter iniuriam ei factam grauem, quæque iustam exhæredationi causam prębuerit; vtrum si eidem filio reconciliatus fuerit, eumque in gratiam receperit, exhæredatio locum habere possit. Tres sunt Doctorũ sententię hac de re. Prima, exhæredationem locum amplius non habere. Ita Bart. in l. 3. §. vlt. ff. de adim. legatis: refert & sequitur Iason in Auth. Non licet. ad finem. C. de lib. præterit. Addẽtes ad consi. 159. Alex. lib. C 7. Fundamentum est in d. l. 3. §. vl. cum l. seq. Vlpianus; *Quod si iterum in amicitiam redierint, & pœnituerit testatorem prioris offensæ, legatum vel fideicommissum relictum redintegratur.* Huc accedit tex. in l. 5. C. fam. hercis. ibi; *Proinde si offensam istam clementia flexit,* &c. & tex. in §. vlt. de iniur.

Secunda est sentẽtia, exhæredationem non cessare, licet filius in gratiam patris redierit, ita Aretin. ad l. Filio, quem pater. ff. de lib. & postum. Gerardus sing. 3. & alij, quos commemorat Couuar. in c. Raimucius. nu. 17. de Testam.

Fundamẽtum est in d. l. Filio, quem pater. Papinianus; *Filio, quem pater post emancipationem à se factam, iterum arrogauit, exhæredationem antea scriptam, nocere dixi,* &c. Huc accedit ratio; nam si exhæredatio censeretur extincta, filius maneret præteritus, esset q. testamentũ nullum, quod minimè conuenit parentis uoluntati.

D Tertia est opinio: Si filius ante exhęredationem in gratiam patris redierit, tunc sequi non posse exhęredationem, quia iam tacitè pater remiserat ingratitudinis culpam: aliàs secus. ita Purpuratus ad l. vlt. nu. 145. C. de pact. & alij à Couuar. citati, ubi supra.

Fundamẽtum est in d. l. 5. C. Famil. hercis. & in l. Lucius Titius. 90. §. Lucius. de leg. 2. Scæuola. *Respondi secundùm ea, quæ proponerentur, ita deberi, si ij, qui peterent, manifestè docerent eo animo circa se patronum, cùm testamentum faceret, esse cœpisse, ut ijs quoque legatum dari uellet, alioquin nihil ipsis præstetur.*

Mihi uidetur pro filio ita exhæredato magna æquitas pugnare; atque ideo eum uindicare hæreditatẽ posse, exhæredatione illa non obstante, existimo. Non eo colore, quod testamentum nullum sit, quasi præteritus esse uideatur. Nam exhæredatus est; Nec exhæredatio cessat propterea, quod filius in gratiam redierit. Neque eo prætextu, quod exhęredatio ritè & rectè facta non A sit, quia formam debitam habere supponitur per insertionem in testamento, factam causæ iustę ingratitudinis filij. Nõ eam ob causam, quod pater exhæredationis factæ pœnituerit, propterea quod eum in gratiam receperit; quia etsi pœnituisset, nihilominus testamentum erat reuocandum per aliud nouum Testamentum. §. Posteriore. in Instit. Quibus mod. testam. infir. vel per alios modos, de quibus in l. Sancimus. C. de Testamen. & in l. Hac consultissima. §. Si quis autem. C. de Testam.

Sed eo colore & prætextu, quod secuta post iniuriã patri factam reconciliatione, non potuerit exhæredari, aut si antea fuerit exhæredatus, non debuerit exhæredatio amplius ualere post iniuriam remissam. Nam iniuria remitti potest. §. ult. in Instit. de iniur. Sed hoc in casu remissa est; quia pater filium in gratiam recepit, & ei pepercit; Ergo non potest amplius illam vindicare exhæredando filium. Et licet antè remissionem B iniurię potuerit eam uindicare, & propterea filiũ exhęredare, post remissionem tamen non potest. Et causa exhæredationis remissione facta extinguitur, quia culpa filio est remissa. Itaque filius inofficiosum in proposita specie dicet testamẽtum patris. Si excipiatur ipsum ingratitudinis culpam admisisse, ac proinde exhęredari potuisse. Replicabit ille, culpam remissam fuisse, ac proinde uindicari exhæredatione non potuisse, ac sibi meritò licere paternam hæreditatem uindicare, perinde ac si exhæredatus fuisset nulla culpa existente, culpa enim iam remissa, pro non commissa habenda esse uidetur.

CAPVT LXXX.

Si filius post commissam ingratitudinis culpam pœnitentiam egerit, possitne exhæredari à patre?

C Filium, qui commisit aliquam ingratitudinis culpam, & pęnitentiam egit, exhæredari non posse, autores sunt Alexander, in l. 1. nu. 33. ff. sol. mat. Iason in l. In arenam. C. de inoffi. testam. & in Auth. Non licet. C. de lib. præterit. Castellianus Cotta in Memor. in dictione, Filiusfamilias. Clarus §. Testamentum. q. 41. vers. Præterea quæro.

Fundamentum est in eo, quod Speculat. docet in tit. Qui filij sint legitimi. vers. Quid si filia tua peccat, nu. 15. vbi docet, filiã, quæ in corpus suum peccauerit, exhæredari posse, & ei alimenta denegari, sed si de peccato pœnitentiam egerit, ei prodesse, & non posse exhæredari, uel priuari alimentis. arg. l. Imperialis. C. de nuptijs. §. Aliud. in Auth. Vt cùm de appella. cogno. c. Ferrum. c. Fidelior. 50. distin. c. Inter opera. de sponsalib. *Nam patria potestas in pietate debet, non in atrocitate* D *consistere.* l. Diuus. ff. ad l. Pompeiam de Paricid. §. Hac authoritate. 35. quęst. 3.

Contrarium docuit Felyn. in c. Rodolphus. colu. 3. de rescript. & post alios Couuar. in c. Raimucius. nu. 18. de Testam.

Fundamentum est: quia pœnitentia criminis tantum, quoad Deum, operatur remissionem, non autem quoad forum externum, ut docet Glo. communiter recepta in c. De his. de Accusat. Ego in hac quæstione distinguendum puto, ut siquidem uersamur in eo genere ingratitudinis, quod filium solum concernit, tunc pœnitentia illi prosit, ut puta si filius, vel filia, qui inter mimos, uel arenarios, uel scenicam artem exercentes se sociauerit, vel turpiter alioqui viuere cœperit, ab eo uitæ genere desistere, & pœnitentiam agere uoluerit, quo pacto Speculator mihi intelligendus uidetur, & eius sententia legibus allegatis confirmatur. Nam in d. Nouella, Vt cùm de appell. cognosc. §. Aliud.

laud. dom ibi causæ iustæ exheredationis recensentur, illa inter alias adsertur: *Si præter voluntatem parentum inter arenarios, vel mimos sese filius sociauerit. Et in hac professione permanserit.* Item; *Si luxuriosam degere vitam elegerit.* quæ omnia ostendunt clarè, perseuerantiam requiri in ipso crimine, vt iusta sit exheredationis causa. Si ergò pœnituerint filij, & vitam turpem ac inhonestam reliquerint, *Omnia macula penitus detersa, & quasi suis natalibus mulieribus redditis, neque vocabulum inhonestum eis inhærere de cætero volumus, neque differentiam aliquam eas habere cum ijs, quæ nihil simile peccauerunt.* l. Imperialis. §. Præsenti. C. de nupt.

Quod si de alio ingratitudinis genere agatur, quod patrem concernat, puta, si filius patrem verberauerit, si ei atrocem iniuriam fecerit, si vitæ parentum suorũ per venenum, vel alio modo insidiari tentauerit, si nouercæ suæ se immiscuerit, & alia id genus fecerit, quæ à Iustiniano commemorantur inter legitimas ingratitudinis causas, tunc filijs nequaquam arbitror ad exhæredationem euadendam pœnitentiam prodesse. argum. l. Qui ea. ff. de furtis. Vlpianus: *Nemo enim tali peccato pœnitentia sua nocens esse desijt.* l. pen. ff. de vi bonor. raptor.

CAPVT LXXXI.

Si filius factus fuerit post culpam ingratitudinis commissam Monachus, possitne à parente testamento exhæredari?

GRatianus in decreto 19. q. 3. ca. vlt. ex Nouella Iustiniani. tit. de Monachis docet: *Non licere parentibus liberos, vel liberis parentes ab hæreditate sua repellere Monachos factos; quamuis dum Laici fuerant, in causam ingratitudinis inciderunt*, atque ita docuerunt Romanus sing. 485. Marsilius sing. 413. nu. 5. Campegius de dote, parte 1. q. 47. Felynus in c. Rodulphus. col. 3. de Rescript. Panormitanus cons. 27. lib. 2. Cassançus con suet. Burgundiæ rub. 1. §. 5. Archidiaconus. nu. 102.

Sed Glo. in Auth. de Monachis. in principio, in verbo *maculam*, iuri Ciuili id consentaneum non esse docet, sed iuri Canonum; & sequitur Iason in Auth. Nõ licet. nu. 4. C. de lib. præteritis.

Videtur enim obstare priori sententiæ. l. Deo nobis. §. 1. C. de Episco. & Cler. vbi dicitur, filium propter eã solam causam, quod Monachus factus fuerit, exhæredari non posse; Ergo propter alias causas exhæredari poterit.

Baldus autem in commentarijs d. l. Deo nobis. §. 1. existimauit priorem sententiam locum habere posse, vbi causa ingratitudinis oritur ex crimine, quod ipsũ filium concernit; posteriorem autem sententiam verã esse, vbi ingratitudinis causam filius commisit ex eo crimine, & vitio, quod patrem ipsum lædit: Idem docet Aretinus in l. 3. §. 1. ff. de lib. & postum. num. 9. & Curtius iunior in Auth. Non licet. C. de lib. præter.

Cæterùm Alciatus lib. 4. Parergon. c. 23. Gratianum suspectum habet, quòd cum Monachus fuerit, voluerit gratificari causæ Monachorum, quandoquidẽ Nouella illa, quam citat, nullibi extet. Nec alij defuerũt, qui Gratianum hac in re mendacij arguere conati fuerint.

A quibus calumnijs eũ vindicat Didacus Couuar. in c. Raynucius. nu. 20. 21. de testa. ex Constantino Hermanopulo, lib. 5. Epit. c. 9. docens extare dictam Nouellam sub tit. Vt cùm de appellatione cognoscitur. in qua olim inserta erat & illa pars, quam de Monachis filijs non exhæredandis Gratianus desumpsit, in hæc verba: *Monachi, siue patres, siue filij, minimè priuantur hæreditate, ob ingratitudinis causam, ante professionem commissam.*

Ego verò in libro, qui inscribitur Nouellæ, nouiter inuentæ Iustiniani hanc Nouellam, de qua loquitur Gratianus, eisdem verbis conscriptam inueni, quibus in Gratiani decreto descripta est, lib. 2. tit. 130. de Monachis & Monasterijs: Et ideo ex hoc loco Gratianũ eam desumpsisse non dubito. Nam & verba illa, quæ sunt apud Gratianum, extant etiam in dicta Nouella, nempe; *Non licere parentibus ad solitariam vitam transeuntes de Monasterijs abstrahere.* Et suspicor esse hanc Epitomen Iuliani, cuius mentionem facit Gregorius XIII. Pontifex Maximus in suis ad Gratiani decretũ annotationibus; Et ex his in hanc sententiam venio, vt Monachi digni sanè maioribus priuilegijs, quia se suaque omnia Deo dicarunt, hac fruantur lege, vt exhæredari à parentibus non possint ob causas ingratitudinis antea commissas; quanquam contrarium argumentum sumi possit ex d. l. Deo nobis. §. 1. Nouella enim, quæ posterior est, meritò præferenda erit, & sequenda.

CAPVT LXXXII.

Vtrum legata pia debeantur hæreditate non adita?

LEgata pia deberi etiam hæreditate non adita, Autores sunt Abbas in c. Relatum. 1. col. vlt. de Testam. Bartolus in l. 1. nu. 66. in Repe. C. de sacrosanct. Eccl. Io. de Anania in cons. 28. Romanus cons. 493. Matthe silanus sing. 163. Ancharanus in c. Cùm esses. nu. 15. de testam. & in cons. 144. Barbatia cons. 8. num. 14. lib. 1. Bal. in cons. 287. lib. 4. Lapus Allegat. 91. num. 4. Capella Tholosana decis. 89. Couuar. in c. Rainaldus. §. 3. nu. 2. vers. Illud sanè. & vers. Octauus casus.

Contrarium docuerunt Salycetus ad l. 1. in 3. q. C. de sacrosanct. Eccl. Fulgosius ibid. & Iason in prima lect. nu. 29. & in 2. lect. col. vlt. & in l. Eam quam. num. 19. C. de fideicommiss. Alex. in cons. 209. col. pen. lib. 2. Imola in l. Qui filio. §. 1. ff. de hæred. inst.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia in legatis pijs non videtur iuris Ciuilis subtilitas habere locum, sed iuris gentium. Id patet; quia valet testamentum ad pias causas, etiam sine iuris Ciuilis solennibus. c. Relatum. de Testam. vbi sufficiunt duo testes; Sed hęc est iuris Ciuilis subtilitas, vt non aliter legata sint præstanda, quàm si ex testamento hæreditas adita fuerit. l. Si nemo. de testam. tutela. Ergo necessaria non est in legatis ad pias causas.

Huc accedat, quod in legatis pijs Falcidia locũ nõ habet, Auth. Similiter. C. ad l. Falcid. Sicut ergo legata debent præstari, quando hæreditas non est adita, propter expressam prohibitionem detractionis Falcidię à testatore factam, ut in §. Si verò expressim. in Auth. de hæred. & Falcidia. ita etiam & hoc in casu, quo per legis prohibitionem Falcidia cessat.

Hoc postremum argumentum nullius est momẽti, propter duas causas; Vna, quia nõ est satis exploratũ, an in legatis pijs cesset Falcidia, immò aliàs differẽdo hac de re, contrariam sententiam veriorem esse, nisi fallor, demonstraui. Altera, quod ex hoc argumento inferri non potest id, quod infertur, nempe generaliter hæreditate non adita, legata pia esse præstanda; quia textus in d. §. Si verò expressim. loquitur de hærede *Parere volente institutori* prohibenti Falcidiæ detractionem, ac proinde dicit *eum quidem recedere ab huiusmodi institutione, locum verò fieri substitutis; & cohæredibus, & fideicommissarijs, & legatarijs, & eis, qui ab intestato sunt, & alijs*, &c. Quamobrem non licet inde argumentum sumere generaliter, ut semper legata debeantur, licet ex testamento hæreditas adita non sit; Id enim non solùm ad legata pia pertineret, sed etiam ad alia omnia. Et ex eo vetus regula iuris tolleretur, quod

Iusti-

Iustinianum in animum babuisse credibile non est.

Posterioris autem sententię fundamentum est, quia libertas non debetur hęreditate non adita per scriptũ hęredem, aut per eum, cui bona adijciuntur fauore libertatum. l. 2. C. Si quis omissa cau. test. Glo. in l. Qui filia. §. 1. ff. de hæred. instit. l. 4. ff. de fideicõ. liber. l. vlt. C. de manu. testam. libertas autem dicitur causa pia. l. 1. §. Sin autem. C. de commu. seruo. manum.

Ego in hac quæstione pro pijs causis video pugnare communiorem Doctorum sentētiam, & rationem illam, quod ea fuerit voluntas testatoris, vt pręstentur legata: sed tamen, si, vt soleo, liberè sententiam meam adferre debeo, vereor ne iuri hæc sententia sit parum consentanea. Nam non rectè iudicio meo Bartolus & alij probant, in testamentis ad pias causas sublata esse iuris Ciuilis solennia, & solam rationem naturalem sequendam, vel iuris gentium, ex eo, quod sanctum sit, duos tantum testes sufficere in testamētis, quæ ad pias causas facta sunt. Non si in vno vel altero casu, fauore piæ causæ a iuris regulis recessum est, & quidem summa ratione, quia *in ore duorum, vel trium stet omne verbum*, ideo per omnia recedendum a iuris regulis. Paulus: *Quod verò contra iuris rationem receptum est, non est producendum ad consequentias.* l. Quòd verò. ff. de legibus. Hæc non est bona consequentia; Ita lege Canonica constitutum est, vt legata pia debeantur ex testamento coram duobus condito: ergo generaliter sublatæ sunt in ijs legatis omnes iuris Ciuilis regulæ. Non rectè quis ita ratiocinatur: quia non licet ex vno particulari generaliter aliquid statuere secundum bonas regulas argumentandi.

Sed, quod me maximè mouet, Summi Pontifices & Imperatores causis pijs maxima contulerunt priuilegia, & singularia multa earum fauore contra iuris regulas constituerunt, nullum prorsus Canonem, nullã legem sanxerunt, ex qua in proposita quæstione iuris euertatur regula: *Si nemo ex testamento adierit hereditatem, nihil valet, quod in eo scriptum est.* Non igitur videtur nobis permissum, vt nostris interpretationibus nouum priuilegium, nouam legem inducamus. Ita mihi videtur, saluo meliori iudicio.

CAPVT LXXXIII.

Possitne hæres legatum defuncto relictum repudiare in alterius præiudicium.

IN hac quæstione, possitne hæres legatũ defuncto relictum repudiare in præiudicium alterius puta creditoris, vel fideicõmissarij, celebris est distinctio Bartoli ad l. Si mihi 12. de leg. 1. *Quandoq; hæres repudiat legatum ad incommodum alienum, nec cedit in commodum suum, & hoc non potest. l. Liberto. ff. de bonis liber. aut repudiat ad incommodum alienum, & commodum suum, & tunc, aut alius, in cuius incommodum repudiat, illud habiturus erat ex dispositione defuncti, ex cuius persona repudiat, & non potest repudiare. l. Si fundum sub conditione. §. Si Titius. de leg. 1. aut alio modo cedit in suum incommodum, ad commodum tamen repudiantis, & potest repudiare. l. Si mihi. 12. de leg. 1.*

Hanc distinctionē aliqui reprehenderunt, sed plurimi approbarūt, vt videre licet ex Couuar. ad c. Raynucius. §. 3. nu. 12. 13. 14. de Testa. Ego ne longum faciam, paruo cum fructu in referendis omnium sentētijs, paucis indicabo, vbi consistat difficultas. Illa consistit in trium legum vera interpretatione. Prima est l. Liberto. ff. de bonis libertor. Africanus: *Liberto octuaginta habenti fundus quadraginta legatus est, is die legati cedente decessit, extraneo hærede instituto. Respondit, posse patronum partem debitam vindicare. Nam videri defunctum mortis tempore ampliorem habuisse rem centum, cùm hæreditas*

A *eius propter computationem legati pluris venire possit, neque referre hæres instituti repudiet legatum liberto adiectum necne. Nam, etsi de lege Falcidia quæratur: tale legatum, quamuis repudiatum, in quadrantem hæreditatis imputatur legatarij.*

Ex hac lege probari videtur, hæredem non posse repudiare legatum in pręiudicium alterius; quia etsi hæres liberti legatum liberto relictum repudiet, illud tamen inter bona liberti computatur, in fauorem patroni, vt ex bonis eius legitimam consequatur.

Altera lex est l. Si mihi 12. de leg. 1. Pomponius: *Si mihi & tibi eadem res legata fuerit, deinde die legati cedente hæres tibi extitero: liberum mihi esse Labeo ait: ex meo legato: an ex eo, quod tibi hæres sim, acquiram legatum. Et si voluero eam rem ex meo legato ad me pertinere, vt tota mea sit: ex hæreditario legato petere eam me non posse.*

Ex hac lege probari videtur, legatum repudiari posse in præiudicium alterius, puta, si in specie huius le-
B gis onus adiectum fuisset defuncto legatario, aliquid dandi alteri; vel, si creditoribus eius satisfaciendum esset, nihilominus hęres legatum repudiare potest.

Tertia lex est l. Si fundũ sub conditione. §. Si Titius. de leg. 1. Iulianus: *Si Titius, cui Stichus legatus fuerat, antequam sciret ad se legatum pertinere, decesserit; & eundem Seio legauerit, & hæres Titij legatum non repudiauerit, Stichum Seius vindicabit.*

Ex hac lege colligi videtur, hæredem posse legatum repudiare, quasi sensus sit, si hæres Titij legatum repudiauerit, Stichum legatum à Seio vindicari non posse, Consequenter legatum ab hærede Titij repudiari posse in præiudicium Seij.

Breuiter omissis distinctionibus, opinor constituendam esse firmam conclusionem, quod hæres legatum defuncto relictum repudiare non possit in cuiusquam præiudicium, cuius interfit mortis tempore legatum in hæreditate eius contineri. Exemplum, Titio legan-
C tur centũ à testatore, moritur testator: Moritur Titius legatarius legato non exacto, non tamen repudiato; Hæres Titij non potest repudiare legatum eiusmodi, in præiudicium creditorum Titij, aut alterius cuiuscũque, cuius intersit legatum non repudiari, sed inter bona Titij defuncti mortis tempore annumerari. Ratio est euidentissima, quia Titio defuncto iam legatum adquisitum est: *Ea enim, quæ legantur, recta via ab eo, qui legauit, ad eum, cui legata sunt, transeunt.* l. à Titio. ff. de furtis. Et legatum acquiritur etiam ignoranti, l. Si partem ff. quemad. ser. amit. l. vlt. C. quando dies legat. cedat Consequenter in eius hæreditate reperitur: & ideo non debet esse in potestate heredis, illud repudiare in præiudicium alterius, cuius interest legatum inter bona hæreditaria computari, argumento d. l. Si partem. ff. quemad. ser. amit. in illis verbis: *Vt iam nec ius repudiãdi legatum tibi possit contingere, cùm ad te fundus non pertineat.* & d. l. Liberto. ff. de bonis libertor.

Potest enim hæres defuncti legatarij omnem à se vtilitatem & commodum legati abdicare, & ei, quantũ ad suum præiudiciũ, renunciare, sed non potest renũ-
D ciare, quantum ad præiudicium alterius. Cui rei consentaneum est, quod vulgo receptum est, licere vnicuiq; secundum antiquam iuris regulam iuri suo renũciare. l. penult. C. de pactis. non tamen in præiudicium tertij, vt tradit ibi Glo. & Bart. n. 3. vers. *Secundo casu, quando continet vtilitatem renunciantis & tertij.* Paulus Castr. circa finem. argumento l. 1. 2. 3. ff. de liberal. causa. l. Si vnus. §. Ante omnia. ff. de pactis.

Nec difficile est respõdere ad leges, quas retulimus, & quæ contrarium iudicare videntur. Nam quod attinet ad l. Si mihi. ideo ibi legatũ repudiari potest, quia is, qui tanquam hæres alterius repudiat legatum, illud consequi iure proprio potest, quæ libertas non potest ei impediri. Declaro: testator legauit mihi & tibi eandem rem, quo casu cuilibet nostrum solidum competerit,

vis, dicet per concursum partes fiant. Hæres tibi extiti, liberum est mihi tanquam hæres tuus non petere legatum, sed solidum illud consequi ex persona mea. Ergo nō potest tertius quispiam hoc mihi ius meum auferre, & libertatem hanc tollere, ac impedire: solidum reliquit mihi testator, illud peto. Nullus adest, qui per concursum partem mihi faciat, nisi ego mihi ipsi tanquam hæres tuus, partes mihi faciam; at ego nec volo tanquam hæres concurrere, nec mihi partem facere. Nulla me ratio cogit, nulla æquitas hoc postulat, vt mihi ius minuam meum. Vt nemini ius repudiando lędam, iustum est, sed non debet esse hoc cum detrimento meo confictū. Repudio, vt mihi principaliter consulam, si per consequētiam nonnihil alijs noceam, nihil mihi imputandum est: quia iure meo vtor, argum. l. Proculus. ff. de damno inf. l. Fluminum. §. vlt. ff. eod. l. 1. §. Denique in 1. ff. de aqua plu. arcend. l. Si in meo. ff. eod. tit.

Quod verò attinet ad textum in l. Si fundum sub cōditione. §. Si Titius, ff. de leg. 1. ideo conclusionem nostram non offendit, quoniam non negat hærede repudiante legatum deberi, scilicet quantum ad hoc vt rem legatam hæres redimat, vel rei æstimationem præstet: sed negat Stichum vindicari posse. Nam si nō sit penes hæredem, sed alios, procul dubio legatarius illū vindicare non potest: Stichi enim legati dominium esse non potest apud hęredem inuitum. Nec enim dubiū est, quin si velit, possit singulares aliquas res hæreditarias abijcere & repudiare, & non acquirere, sed nō potest eas res alijs præiudicium inferre, ideo hæres cogitur illa omnia, quæ tempore mortis defuncti in hæreditate eius fuit, computare inter bona hæreditaria, quoties ita fieri alterius interest: sed non cogitur retinere res, & sibi soli eas repudiando inferre præiudiciū potest, dummodo onera subeat hæreditaria.

CAPVT LXXXIV.

De donatione inofficiosa parentum quatenus reuocetur à filijs.

SI parentes inofficiosis donationibus suas facultates exhauserint, dubium non est, quin filijs eas reuocandi querela instituta ad instar inofficiosi testamenti facultas concedatur. Sed controuersia est, an in totum reuocentur, an verò vsque ad legitimam portionem filijs debitam duntaxat. Etenim vsque ad legitimam duntaxat eam reuocari docuit olim Azo. Hugolinus autem dixit, si donatio inofficiosa sit re & consilio, & in extraneum collata, tunc in totum reuocari: si verò re tantum, reuocari vsque ad legitimam tantum. Cæterùm si in filium collata sit, tunc licet re & consilio inofficiosa sit, non reuocari tamen, nisi vsque ad legitimam. Hanc posteriorem sentētiā videntur Doctores magis communiter secuti, eo in casu quo filio nihil relictum est, licet Azonis sententiæ sui non defuerint patroni, vt videre licet ex Tiraquello, qui copiosè autores citat, & nihil vt illi solenne est, definit, ad l. Si vnquam. C. de reuocādis donatio. in uerbo *Totum* nu. 4. 5. ex Claro, in §. Donatio. q. 24. Differuntq; interpretes hac de re in l. Titia 89. §. Imperator. de leg. 2. & in l. 1. C. de inoff. donatio.

Qui dixerunt in totum aliquādo donationem inofficiosam reuocari secūdum distinctionem Hugolini, adducti in ea sententia fuerunt ex l. Si libertus §. vlt. ff. de iure patronatus, vbi dicitur alienationem à liberto factam in fraudem patroni in totum reuocari, Vlpianus; *Si quis plures res simul alienando, minorem se centenario fecerit, quarum una reuocata, uel omnium partibus, maior centenario efficitur: utrum reuocamus omnes, an pro rata ex singulis, ut cētenarium eum faciamus? Magisq; est ut omnium rerum alienatio facta nullius momenti sit.* Si ergo in fauorem patroni ita constitutum est, multò magis idem constituendum est in fauorem liberorum, neque enim minus iuris liberi habent in bonis parētum, quàm patronus in bonis liberti.

Secūdò ex d. l. Titia 89. §. Imperator. de leg. 2. cuius verba hęc sunt; *Imperator Alexander Augustus, Claudio Iuliano præfecto vrbi. Si liquet tibi Iuliane charissime amā interuertenda inofficiosi querela patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse, ratio deposcit: id quod donatum est, pro dimidia parte reuocari.* Dimidiam partem intelligunt esse totam eam partem bonorum, quę nepoti reuocanti donationem competit: qui erāt duo nepotes auiæ, & sic in totum donatio reuocatur, non autem pro legitima tantùm portione.

Qui verò Azonis sententiam amplexi sunt, fundamentum posuerunt in eo, quod nulla extet lex, constituens donationem inofficiosam in totum reuocari, sed omnes leges dicunt eam reuocari vsque ad legitimam portionem. l. Si totas. C. de inoff. donat. ibi; *Vt filij vel nepotes, &c. debitum bonorum subsidium consequantur, ad patrimonium tuum reuertatur.* l. Si mater. ibi; *Quod immoderatè gestum est, reuocabitur.* l. Si liqueat. ibi; *Quod donatum est pro ratione quartæ ad instar inofficiosi testamenti cōuicti diminuetur.* C. eodem tit. Nulla est lex, quæ distinctionem adhibeat inter donationem filio collatā vel extraneo, imò nullam esse differentiam inter donationem filio collatam, uel extraneo, elatè indicat textus in l. 1. C. eodem tit. in illis verbis: *Factis donationibus, siue in quosdam liberos, siue in extraneos exhausis, &c.*

Quod lanè fundamentum adeò firmum mihi videtur, vt non uerear hanc posteriorem sententiam amplecti, & tanquam legibus magis consentaneam asseuerare, ac tueri. Præclarè igitur Cuiacius ad tit. de inoffi. donatio: *Exemplo querelæ inofficiosi testamenti comparata est querela inofficiosæ donationis: sed hoc interest, quod querela inofficiosi testamenti totum testamentum rescindit, siue extranei, siue alij liberi instituti sint, querela inofficiosæ donationis id tantùm rescindit & reuocat, quo minuitur portio debita liberis, quia quò liberaliores sunt morientes, quàm uiuentes, eò sunt etiam minorum horum, quàm illorum iudicia, & liberalitates coercendæ. Argumentum huius rei est lex Cincia.*

Ad primum argumentum respondet Aret. in consi. 47. & rectè, nihil ad hanc rem pertinere id, quod dicitur in l. Si libertus. ff. de iure patronat. quia loquitur de alienatione in fraudem legis facta a liberto, ut scilicet minor esset centenario, ad patronum excludendum a debita portione: Id patet ex uerbis superioribus: *Quoties in fraudem legis fit alienatio, non ualet quod factum est. In fraudem autem fit, cùm quis se minorem centenario facit, ad hoc ut legis præceptum euertat.*

Hoc nihil habet commune cum quęstione nostra, quia non hic aliquid fit in fraudem legis: sed in fraudē filiorum. Libertus dicitur in fraudem legis facere, quoties alienat aliquid, vt uideatur non habere centum in bonis, quo casu nihil debetur patrono, & lex eluditur, quę patronis defert in bonis libertorum portionē, qui maiores centenarijs sunt, ut in Instit. de success. libert. quod si in fraudem patroni, & non legis fiat alienatio, non reuocatur, nisi quoad legitimam patrono debitam, ut dicitur in d. l. Si libertus.

Ad textum autem in l. Titia. §. Imperator. respondeo, dimidiam, de qua textus loquitur, non esse totius hęreditatis auiæ, sed dimidiam quartæ partis debitæ nepoti. Ita etiam loquitur textus in l. Si mater. C. de inoffi. donat. ibi: *Vt quarta partis dimidiam, &c.* Quæ interpretatio uerissima est, & omnino necessaria, & est Iacobi Cuiacij lib. 5. Obseruat. cap. 14.

CAPVT LXXXV.

Poſſintne liberi alienata à parentibus titulo oneroſo vſque ad legitimam reuocare.

CVm exploratum ſit inofficioſas donationes à parentib. factas reſcindi poſſe, ut dictum eſt in præcedenti capite, controuertitur vtrum & eodem modo vénditiones, & cæteræ alienationes, quæ titulo oneroſo fiunt, reuocari poſſint, uſq; ad legitimã portionem filijs debitam, & quidem Bart. in l. Non uſque adeo. ff. ſi a parente quis fuerit manu. reuocari poſſe ſcribit ad ſimilitudinem donationum, ſed contrarium ſcribit in l. Hæreditatium. ff. de bonis aut. iud. poſſid. & hãc poſteriorem ſententiam allatis autoritatib. magis communem eſſe dicit Clarus in §. Donatio. q. 24. circa finem. Cæterum Couuarru. diſtinguit quatuor caſus in B c. Raynucius §. 10. nu. 9. de teſtam.

Ego in hac ſententia ſum, ut ſi alienatio titulo oneroſo fiat a parentibus abſq; fraude & dolo, hoc eſt, nõ eo animo, ut filijs legitimam auferant portionem, ualeat; primò, quia parentes dum uiuũt, domini ſunt rerum ſuarum; *Iniquum eſt autem ingenuis hominibus, non eſſe liberam rerum ſuarum alienationem*. l. Nõ uſque adeò ff. ſi a parente quis fuerit manumiſſ. Secundò, quia æs alienum ante legitimã deducendum eſt. l. Papianus. §. Quarta. ff. de inoff. teſta. ex quo apparet potiorem eſſe cauſam creditorum, quę ſine dubio originem habet ex titulo oneroſo quam legitimæ. Tertiò, quia nulla eſt lex, quæ uenditiones huiuſmodi & alienationes reſcindat.

Cęterùm, ſi alienatio in fraudem legitimæ filijs debitę fiat, non dubito quin reuocetur ad ſimilitudinem eius alienationis, quæ fit in fraudem legitimæ filio arrogato debitæ, ex conſtitutione Pij Antonini. l. ult. ff. ſi quid in fraud. patroni. Et eius quæ fit in fraudem legitimæ patroni debitæ a liberto, ut patet ex toto illo titul. Si quid in fraud. patr. Nec enim minoribus eſt digna fauoribus legitima filijs debita, quàm patronis & filijs arrogatis.

Ad rem iſtam non pertinet. l. Papinianus. §. Quarta. ff. de inoff. teſtam. quia non loquitur de libertatibus inter uiuos datis, ſed in teſtamento: ac proinde dicit filio, qui nõ eſt in poteſtate patris heredi inſtituto, omiſſa hæreditate, querelam dari contra ſubſtitutum.

CAPVT LXXXVI.

Teſtamentum factum apud acta iudicis an teſtes requirat.

QVatuor ſunt Doctorum opiniones hac de re. Prima eſt Angeli & Richardi Malúbræ in l. Omnium. C. de teſtam. ſeptem teſtes requiri, quia de maximo prꝑiudicio agitur. Secunda eſt Salyceti, ibidem tres requiri, argumento l. Sancimus. C. de Teſtament. ibi; *Et hoc per teſtes idoneos non minus tres*, &c. Tertia eſt Bartoli, Baldi, Alexandri, eodem in loco duos teſtes requiri, quia acta notarij debent teſtes habere. §. Oportet. in Auth. de Teſtib. Et ideo duo ſaltem teſtes requirantur. Poſtrema eſt opinio Fulgoſij, Pauli Caſtrenſis & Iaſonis, nullos teſtes requiri. & hæc mihi veriſſima videtur, & probari videtur ex l. Omnium. C. de Teſtam. ibi; *Sicut ergo ſecurus erit, qui actis cuiuſcunque iudicis, aut municipium, aut auribus priuatorũ mentis ſua poſtremum publicauit iudicium*, &c. Si ergo eſt ſecurus, qui vltimam ſuam voluntatem actis publicauit, ſicut is, qui auribus priuatorum; ergo teſtes non requiruntur in teſtamentis apud acta conditis & inſinuatis; ſed perinA de valent, ac ſi coram ſeptem priuatis teſtibus publicata eſſent.

Et ideo textus in l. Sancimus. C. eo. ti. ęquiparat hęc duo, coram tribus teſtibus teſtamentum fieri, vel inter acta manifeſtari.

His accedat quod dicit tex. *In donationibus, quæ actis inſinuantur, non eſſe neceſſarium vicinos uel alios teſtes adhiberi*. l. In donationib. C. de donat. Cur ergo adhiberentur in teſtamentis. At dicebat Angelus eſſe maioris præiudicij, reſpondeo, vt maximè id verum ſit, non tamen teſtes neceſſarios fore: quia illos nunquam Imperator requiſit, quoties apud acta fit & publicatur teſtamentum. & ratio eſt, quia iudicis autoritas ſupplet teſtium numerum, & tollit omnem falſitatis ſuſpicionem. Cæteræ opiniones nullum habent ſolidum fundamentum.

CAPVT LXXXVII.

Vtrùm donatio inter viuos omnium bonorum præſentium, & futurorum valeat?

DOnationem inter viuos omniũ bonorum præſentium, & futurorum nõ valere, primus omnium Bartolus nos docuit in l. Stipulatio hoc modo concepta. ff. de verbo. oblig. cuius ſententia frequentiſſimis Doctorum ſuffragijs recepta eſt. Vide Cagnolum ad l. vltim. C. de pact. nu. 237. Couuar. in rub. de Teſtam. in 2. parte. nu. 4. Clarum. in §. Donatio. q. 19.

Sed quoniam Baldus, Salycetus, Angelus, & multi alij, ac præſertim Alciatus ad l. vlt. nu. 72. C. de pact. cõtrarium docuerunt, breuiter confirmata priori ſententia, quæ mihi æquior videtur, poſterioris argumenta confutanda ſunt.

Fundamentum igitur communioris, &, vt mihi videtur, æquioris ſentẽtiæ poſitum eſt in eo, quod ea C donatio ſit contra bonos mores. Primùm, quia liberam impedit teſtamenti factionem. Nam nihil donator habet, de quo poſſit in teſtamento diſponere. Præclarè enim Vlpianus in fragmentis apud Cuiacium titul. 20. *Filiusfamilias non poteſt facere teſtamentum, quia nihil ſuum habet, vt de eo teſtari poſſit.* Secundo, quia cõtra bonos mores & humanitatem eſt aliquem in eum ſtatũ ponere, vt nihil prorſus habeat, uel habiturus ſit, atque adeo infeliciter uiuere debeat.

Addo ego aliud abſurdum, quod ex eo ſequeretur, nempe donationem iſtam idem effectu cõtinere, quod teſtamentum, & hæredis inſtitutio. Nã quid amplius hæres habet quàm is, cui donata ſunt omnia, bona pręſentia & futura? Teſtamentorum autem multa ſunt ſolennia iure conſtituta, ut fraudes euitentur eam ob cauſam, quòd agatur res maximi momenti? At certè D eiuſdem planè momenti eſt ea donatio, qua de agitur, ac proinde eiuſdem obnuxia periculis & dolis: Quare eadem & ea ſolennia poſtularet, quæ teſtamentis adhibentur, qua tamen de re nulla extat lex, nulla conſtitutio, ut planè appareat donationem huiuſmodi iure cognitam ac receptam non eſſe, ac proinde inciuilem & alienam ab omni æquitate & iure.

Sed argumenta contrariæ opinionis diſſoluenda ſunt. Primum eſt, quia donans in eo ſtatu non eſt, ut nihil acquirere poſſit, imò poteſt acquirere, puta ſi ei aliquid donetur ea lege, ne donatario adquiratur; uel ſi donatarius futurorum acquiſitionis incapax efficiatur, &c. Reſpondeo, hæc planè incerta eſſe & dubia; illud autem certum, quod donator inſpecto præſenti ſtatu nihil habeat, & nihil ſibi acquirere regulariter poſſit. Quod donatarius futurus ſit incapax, præſumendum non videtur, multo minus, quod ſit futurum, vt donatori aliquid ſub ea conditione donetur, relinquatur. Conſiderato igitur præſenti ſtatu donator nihil

nihil habet, nihil ſe habiturum ſperare poteſt, quod ſa nè eum in maximam, & intolerabilem miſeriam conſtituit, ac proinde nõ uidetur bonis moribus cõuenire.

Secundum argumentum eſt, quia donator inſtituere poterit ſeruum, qui erit illi hæres neceſſarius. Sed unde ſeruum ſibi retinere poterit, qui omnia bona præſentia & futura donauerit? Nec ad rem pertinet, quod dicitur donatorem in quantum facere poteſt, teneri. l. Inter. §. Is quoque. ff. de re iud. Quia illud pertinet ad eam ſpeciem, qua donata ſunt aliqua bona, ut non exigantur in ſolidum, ſed ratio habeatur eius, quod donator facere poſſit, ut non egeat, quę interpretatio ideo locum habere nõ poteſt in ea ſpecie, qua donātur omnia bona præſentia & futura, quia repugnantiam implicaret; Neque enim iſta ſimul cohætere poſſunt, ut donator omnia bona præſentia & futura, nihil ſibi reſeruando, in alium transferat, & ut ipſe maneat aliquarum rerum dominus.

Tertium argumentum; quia hæreditas iuris intellectum abſque ulla re hæreditaria habet. l. Hæreditas. ff. de petit. hæred. Reſpondeo, nihil ad rem pertinere, quia hoc dicit textus hæreditatem intelligi ſine ullo corpore, quia eſt nomen iuris: ſed tamen præſupponitur aliquid iuris eſſe in ea, alioqui ſi nihil eſſet, non diceretur hæreditas.

Quartum argumentũ eſt, quia is, qui ſoluendo non eſt, poteſt hæredem inſtituere. l. Qui ſoluẽdo. ff. de hæred. inſtit. Reſpondeo, id concedo; poteſt enim quis aliquando hæreditatem adire, ete plus damni adſerat quàm lucri, & damnum ex ea ſentire, ſi inuentariũ non confecerit; ſed quis erit tam impos mẽtis, qui hæres eius eſſe uelit, qui alteri donauit omnia bona præſentia & futura? Nemo certè erit qui id ſciens adire uelit eius hæreditatem, ac proinde non facile continget donatorẽ tam profuſum ullum hæredẽ habere.

Poſtremum argumentum eſt, quia quantum ad futura bona donatoris, dominium translatum non eſt in donatarium. Illud enim transfertur traditione l. Traditionibus. C. de pact. Donator autem tradere non poteſt ea, quæ nondum habet. Ergo reſpectu bonorum futurorum dominium ipſi acquiretur donatori: ac proinde teſtamentum facere, ac de eis poterit diſponere. Reſpondeo, donatarium licet dominium ante traditionem nactus non ſit, actionem tamen acquiſiuiſſe, per quam donatorem ad bonorum traditionem compellere poſſit, quod ius etiam illi competeret aduerſus ſucceſſores eius, ſi fortè donator teſtamento condito in alios bona transferat, & ita res ad eundem lapidem reuoluetur, ut nullum hæredẽ effectu donator habiturus ſit, nullam realem teſtãdi facultatem, ſed imaginariam tantum, & verbalẽ, cuius nulla ſit habẽda ratio.

CAPVT LXXXVIII.

An donatio omnium bonorum præſentium & futurorum, iuramento confirmetur?

Ac etenim, ſi iuramentum donationi omnium bonorum præſentiũ & futurorum acceſſerit, tunc alio iure vtimur, alijs regulis illa ſubijcitur, alia nobis ſpectanda ſunt. Religio. n. ipſa intuẽda eſt, ne Deus offendatur, ne periurijs aditus pandatur. Vt quod in alterius præiudicium non vergit, nec tendit in diſpendium ſalutis ęternæ, iuris ciuilis regulis poſthabitis, iuramento cõſtimarum ſeruetur, & ſuum obtineat vigorem. c. Cũ m contingat. de iureiur. c. Quamuis. de pact. lib. 6. Et proinde eorum ſententiam magis probo, qui donationem iſto in caſu valere dixerunt, qui nec pauci ſunt, nec claſſis infimæ. Panorm. conſi. 18. lib. 1. Corneus conſi. 252. lib. 3. Decius conſi. 655. & in l. Pactum quod dotali. C. de pact. Cepola conſi. ciuili 8. Crauetta in conſ. 139. Soc. iun. conſ. 65. nu. 49. & 143. n. 36. lib. 1. Couuar. ad rub. de teſtam. in 2. parte. nu. 5.

Contrariam ſententiã plurimi ſecuti ſunt apud Clarum, §. Donatio. q. 20. & apud Couuar. loco proximè citato. n. 4. eo argumento, q̃ donatio iſta ſit contra bonos mores, & conſequenter iuramentum obligatoriũ non ſit. c. Non eſt obligatorium. de reg. iur. lib. 6. Reſpõdet optimè Couuar. non eſſe cõtra bonos mores, quaſi repugnet iuri naturali, vel contineat aliquod crimẽ aut peccatum ẽt veniale. Quod. n. quis ſibi præripiat donando teſtandi facultatem liberam, iuri diuino non repugnat, & ideo ſeruari poteſt hoc in caſu iuramentum ſine diſpendio ſalutis æternæ. Contra bonos mores dicitur inſpecto iure ciuili, ac regulis eius, & ijs, q̃ ad politicam adminiſtrationem ſpectant, quib. Det numen, religionem, vim & autoritatem iuramenti præferendã eſſe ſæpenumero ſacris Canonib. edocemur.

CAPVT LXXXIX.

Donatio omnium bonorum præſentium & futurorum reſeruato vſufructu an valeat?

Controuertitur præterea an donatio omniũ bonorum præſentium & futurorum, reſeruato vſufructu ipſi donatori, valeat. Et enim negant valere Paulus Caſtrenſis in l. vlt. n. 20. C. de pact. & in conſ. 65. n. 8. lib. 2. Decius in d. l. vlt. nu. 32. Curtius iunior nu. 58. Purpuratus nu. 253. Idem Decius in conſ. 30. n. 3. & conſ. 251. nu. 3. Corneus conſ. 176. lib. 2. Cagnol. in d. l. vlt. n. 240. Fũdamentum eſt, quia nihil donator habet, de quo teſtetur, & cõſequenter donatio eſt contra bonos mores, ueluti auferens teſtandi poteſtatem. Nec obſtat reſeruatio uſuſfructus, quia de fructibus non poterit donator teſtari, quos poſt donationem acquiſiuit, vel tempore donationis habuit; ſed ad donatarium pertinebunt; Continet enim donatio bona omnia præſentia & futura, ergo cõtinet etiam fructus poſtea quæſitus donatori, & multò magis eos, quos habuit donationis factę tempore, nec enim fructus præciſè ſuot reſeruati, ſed vſusfructus tantùm, qui morte finitur. At contrariũ docuerunt Alexand. in l. Stipulatio hoc modo concepta. no. 18. ff. de verb. oblig. & ibi Iaſon. col. 7. Aretinus conſ. 54. Iacopinus & Alciatus ad l. Vlt. C. de pact. Couuar. li. 3. variar. reſol. c. 12. non procul ab initio. Clarus. §. Donatio. q. 19. ad finẽ. Alciat. in l. vlt. n. 8. C. de pact.

Et hæc poſterior ſententia mihi maximè probatur. Vtitur autem Couuar. ad eam confirmandam quibuſdam argomentis, quæ mihi non admodum vrgere videntur. Primum eſt: *Nam res ipſa conſentiente donatario alienata*, inquit, *deinde redempta in bonorum futurorum donationem non reuertitur, ſicuti deducitur ex l. vlt. C. de remiſſ. pig. quo in loco probatur, rem ab initio hypotheca obligatam & ſubiectam ſemel, tamen conſentiente creditore alienatam minime in eandem hypothecam redire, etiamſi debitori iterum acquiſita fuerit: quamuis hypotheca bona præſentia & futura complectatur. Sic & fructus ſemel a donatore excepti, ne in donationem, vt compertum eſt ex eius mente, veniant, licet ab eo, poſtmodum acquirantur, donatario minimè obuenient, nec ad eum pertinebunt.*

Alterum argumentum eſt ex l. pen. §. vlt. ff. de pign. vbi Iuriſconſultus ſcribit pecuniam à debitore mutuo acceptam ab alio, quàm creditore in hypothecam bonorum præſentium & futurorum venire, cùm ipſe debitor prius quàm pecuniam mutuò acceperit, pignori obligauit, quicquid in bonis haberet habiturusue eſſet; quaſi ſecus ſit in pecunia mutuò accepta per debitorem ad ipſomet creditore, cui ob eam cauſam hypotheca conſtituitur. Sic igitur licet donatio futurorũ bonorum contineat fructus percipiendos per ipſum donatorem ex alia cauſa, non tamen continebit fructus

percipiendos ex causa reseruationis factæ in ipsa donatione.

Non sunt, inquam, hæc argumenta satis firma; quoniam ad primum responderi potest, creditorem ius hypothecæ amittere in ea re, quam eo consentiente debitor alienauit: & ideo absque nouo consensu illa semel extincta reuiuiscere non potest: eadem ratio atq; idem ius in fructibus, si illi probarentur a donatore excepti. Sed quod excepti fuerint, probandum est, non præsupponendum, quoniam illud est, de quo disputatur. Negant enim contrariæ sententiæ Autores fructus reseruatos esse; quibus adstipulatur, quod aliud sit vsusfructus reseruatus, aliud fructus postea percepti: Nam vsusfructus est ius vtendi & fruendi, & illud reseruatum est. Fructus autem sunt res acquisitæ ex hoc iure vtendi, & fruendi, quæ videntur in donationem venire.

Quod verò attinet ad alterum argumentum, negari posset similè esse casum, qui adfertur de pecunia mutuata ab ipso creditore: quia si pecunia esset obligata creditori, qui mutuauit, tunc non liceret debitori, qui eam accepit, expendere, distrahere, ac vti, tanquã sua, secundùm intentionem contrahentium mutuum: atque adeò non liceret ei præiudicare hypothecæ creditori, quam haberet in pecunia, eam cõsumendo, quod est contra naturam mutui; at hoc in casu donatori liceret vti frui rebus donatis, iuxta reseruationem sibi factam, licet de fructibus perceptis testari non posset.

Existimo ego firmius esse hoc argumentum pro cõfirmatione posterioris sententiæ, quia uidelicet, dum donator sibi usumfructum reseruat, uidetur sibi in cõsequentiam reseruare ius, quod competit usufructuario; Est.n. annexum, nec intelligi potest aliquem usumfructum habere, nisi sit usufructuarius. Sed usufructuarius facit fructus suos. l. Qui scit. uers. Præterea cùm. ff. de usur. ac proinde eos transmittit ad hæredes suos. l. Defuncta. ff. de usufructu, &c. Ergo & iste donator reseruasse sibi intelligitur hoc ius faciendi fructus suos, & sibi acquirendi, ac transmittendi ad suos hæredes. Hoc enim ius, ut dictum est, usufructuario competit. Ex quo efficitur fructus percipiendos donatorem sibi reseruasse, licet non expressè, tacitè tamen, & in consequentiam usus fructus reseruati: quo ita posito contrariæ sententiæ fundamentum corruit; eo enim argumento nitebatur, quod fructus reseruati non dicerentur.

CAPVT XC.

Donatio omnium bonorum præsentium & futurorum, aliquo reseruato, de quo donator in vita disponere valeat, an de iure subsistat.

DOnationem omnium bonorum præsentium & futurorum, reseruato aliquo, de quo donator in uita disponere ualeat, nõ ualere responderũt Bartulus in cõsi. 76. Decius in cõsi. 251. Soc. consi. 126. nu. 8. lib. 3. Dom. meus Cephalus in cõsi. 44. nu. 15. lib. 1. Cagnol. alios citãs ad l. ult. nu. 245. C. de pactis. Fundamẽtum est, quia donatori tollit libera testandi facultas; Nec obstat reseruatio facta, quia intelligitur hoc operari, ut donator de eo ualeat disponere in uita sua, ut ex eo se alere possit: & ne egeat, non autem, ut testari possit: quia testamentum non est actus inter viuos, sed vltima dicitur voluntas, & morientis potius actus videtur, quam viuentis, habita ratione tẽporis, in quod testamentum confertur. Illud enim confertur post mortem testatoris.

Contrarium responderunt Iason in cons. 130. lib. 4. Alciatus ad l. vlt. non procul à fine. C. de pactis. Couuar. lib. 3. variar. resolut. cap. 12. nu. 3. post vers. Quibus accedit. Fundamentum est, quia testamentum dici potest dispositio inter viuos. Fit enim ab eo, qui viuit, atque adeò in vita, non autem post mortem; Et ideo is, qui reseruat sibi facultatem in vita disponendi, videtur sibi reseruasse testandi facultatem. Quod si aliter de bonis reseruatis disponat, & ea viuens consumat, non propterea dici potest, non habuisse potestatem testandi, sed sibi imputare debet, quòd bona voluerit aliter consumere.

Ego puto adhibendam esse aliquam distinctionem circa hanc reseruationem; Nam bona reseruata fieri potest, vt sint ualdè exigua, & ideo uix sufficiant ad alimenta donatoris. Hoc in casu, puto ueram esse Bartoli sententiam, quia tunc intentio reseruantis præsumitur esse, ut bonis reseruatis uti possit, & de eis disponere pro suis necessitatibus, non autem, ut de eis testetur. Quod si bona reseruata non sint exigua; sed pretiosa & tanta, quæ longè excedant donatoris necessitates & alimenta, tunc existimo ita reseruationem interpretandam esse, ut de bonis reseruatis donator possit etiam testando disponere. Neque enim ita strictè accipiẽda sunt illa uerba: *Vt possit in uita disponere*, quasi denotent dispositionem inter uiuos tantùm; sed latiùs accipienda sunt, ut hunc sensum habeant, quod donator uelit sibi ius saluum esse, dum uiuet, pro libitu suæ uoluntatis de eis disponere, s. contrahendo, donando, testando, uti maximè uoluerit, tãquam rei suæ moderator, & arbiter. l. In re mandata. C. mand. Hoc igitur in casu, quia testandi facultatem donatio nõ adimit, meritò ualebit, & iuris regulis consentanea est interpretatio in obscuris, per quam actus potius ualeat, quàm pereat. l. Quoties. ff. de reb. dub. l. Quoties. ff. de uerb. oblig.

CAPVT XCI.

Quod si donans omnia bona præsentia & futura, reseruet sibi aliquid, de quo disponere possit in certum genus personarũ, vel in certam causam, puta, vt possit disponere, siue testari pro anima.

REseruationem à donatore factam aliquorum bonorum, testandi gratia, liberã esse oportere, & non restrictam: & ideo si dicatur, ut possit pro anima de bonis reseruatis donator testari, ac disponere, nõ ualere donationem omnium bonorum præsentium & futurorum, ea reseruatione non obstante responderunt Ripa lib. 3. Responsorum, c. 14. nu. 4. lib. 3. Cagnol. ad l. ult. nu. 244. C. de pactis, ubi alios citat.

Fundamentum est, quia licet ius testãdi reseruatum sit a donatore, restricta tamẽ eius libertas est, vt testet, scilicet in eam causam, quam reseruatio cõtinet, ideo videtur esse contra bonos mores. arg. l. Stipulatio hoc modo concepta. ff. de verb. obl. Contrarium docuit Alciatus in d. l. vlt. col. vlt. C. de pactis. Couua. variar. resol. lib. 3. c. 12. nu. 3. uers. Quibus accedit.

Et hæc sententia mihi uerissima uidetur; quia per eam reseruationem non minuitur testandi libertas. Etenim donator, qui centum aureos, verbi gratia, sibi reseruauit, ut pro anima disponeret, non cogitur præcisè de eis pro anima testari, sed si uelit, poterit testari. Est enim ab eo facta reseruatio in sui fauorem, ut si uelit, possit disponere pro anima, non ut cogatur; imò, si donator pro anima de rebus reseruatis testatus esset, procul dubio testamentum mutare, & reuocare posset. Quare contrariæ sententiæ fundamentũ corruit, & nullus hac de re dubitandi locus relinquitur.

CA-

CAPVT XCII.

Quid si donans omnia bona præsentia & futura, reseruet sibi aliquid, de quo possit in vita, vel in morte disponere, an valeat donatio?

RESpondit de hac facti specie Decius in cōsi. 251. negauitq; valere donationem: quia talis reseruatio non videtur pręcisè reseruare testādi facultatem donatori, ex quo habet potestatem disponēdi de bonis reseruatis in vita, & consequenter disponēdo de illis in vita non retineret testandi facultatem. Sequitur eandē sententiam Curtius iunior in consi. 25. & in cōsi. 120.

Sed contrariū respondit Crauetta in consi. 222. nu. 10. Alciatus ad l. vlt. col. vlt. C. de pactis. Couuar. variar. resol. lib. 3. c. 12. nu. 3. ver. Quibus accedit. Cagnolus in d. l. vlt. nu. 248. vbi tamen cogitādum esse dicit, propter magnam Decij autoritatem.

Mihi videtur res satis perspicua; donationē in proposita specie valere, nec tollere facultatem testandi. Imò expressè reseruare: quia donator liberum sibi arbitrium reseruat de certis bonis disponendi, vel in vita, vel in morte, hoc est, vel testando de illis, vel aliter disponendo, prout ipse maluerit: Ergo testari poterit, si voluerit. Nec quicquam mouet illud, quod dicebat Decius, si donator in vita disponeret, eum amissurum, siue non retenturum testandi facultatem: quia sufficit, eum habere testandi facultatem, si nolit testari, sed malit inter viuos alienare, dilapidare, vel distrahere, sibi imputet. Eodem. n. modo nullus est rerum suarum dominus, qui hoc modo non sibi auferret testandi facultatem, si videlicet bona sua inter viuos distraheret, alienaret, absumeret. Verius est igitur donatorem post donationem factam sibi adimere testandi facultatem, aut
C ea nolle vti, quam habet; non donatione facta prorsus ablatam esse, quia donatio illam reseruauerat.

CAPVT XCIII.

Donatio facta omnium bonorum præsentium & futurorum, an contineat vestes, supellectilem & alia, quæ verisimile non est quenquam specialiter donaturum esse.

QVod conclusum est a nobis supra cap. 88. donationem omnium bonorum præsentium & futurorum nō valere, quia facultatem testandi adimit donanti, ita accipiēdum est, ut locum habeat, quoties manifestum est donatorē bona omnia uoluisse donatione comprehendi quęcunque habuit, nulla re excepta. Ceterum, si non ita manifesta sit donatoris uolūtas, existi
D mo ęquitati & iure magnoperè consentaneā esse Doctorum interpretationem, qui dixerunt, donationem non comprehendere supellectilia, uestes, & id genus alia, quæ nemo uerisimiliter donaret, ac proinde, si tā preciosa sint, ut de eis testari donator, & hæredem in eis habere probabiliter possit, donationem ipsam ualere. Ita Matthesilanus singulari 136. Nota unum. Soc. senior ad l. Si ita, qui ducēta. §. Vtrum. ff. de reb. dubijs, & alij quos refert & sequitur Cagnolus ad l. ult. C. de pactis, nu. 253. cū sequentib. Quamuis Decius eo in loco dissentiat. n. 33. quem sequi uidetur Alciatus ibid. n. 80

Fundamentum est, quoniam hęc interpretatio adhibetur in generali bonorum obligatione multo igitur æquius erit, ut in donatione, quæ maioris est preiudicij, adhibeatur. Vlpianus; *Obligatione generali rerum, quas quis habuit, habiturusue sit, non continebuntur, quæ verisimile non est quenquam obligaturum fuisse, ut puta suppellectilem vestes,* &c. l. Obligatione. ff. de pignorib.

Fundamentum Decij est, quia text. Vlpiani loqua-
A tur de generali obligatione, nos autem de uniuersali, *Omnia bona,* &c. Qui omne dicit, nihil excludit, l. Iulianus. de leg. 3.

Respondet latè & doctè Cagnolus, uerborum generalitati, & significationi mentem loquentis præferendam esse. Verbis ex uniuersalibus excipiendum esse casum hunc ex mente, ex æquitate & Ciuili quadam interpretatione; quia licet oratio omnia comprehendat, militat semper illa ratio æquitatis, ut excipiantur ea, quæ uerisimile non est quēquam specialiter donaturum fuisse. æquissima sanè mihi uidetur interpretatio; quanquam summo iure inspecto Decij & Alciati sententia iuri sit magis consentanea.

CAPVT XCIV.

Vtrum donatio hæreditatis valeat.

B DOnationem hæreditatis ualere non pauci, nec obscuri nominis responderūt; Crauetta in cons. 139. n. 6. Alciatus in l. ult. n. 81. C. de pact. & ibidem Iason. Decius & Purpuratus, nu. 245. Fundamentum est; quia uerbum hęreditatis accipitur inpropriè, ut actus ualeat, s. ut significet bona præsentia donatoris, sicut accipitur in l. Quæsitum. §. Si quis mihi seruus. de leg. 1. & ibi Glo. in uerbo, *hæreditatis*. Sed naldè infirmum mihi hoc fundamentum uidetur, quia ut aliàs sæpe dixi, non est bona consequentia, si quis ita ratiocinetur. Illud uerbum aliquo in loco accipitur in hoc sensu; ergo & hoc in casu in eodem sensu accipiendum est.

Contrariam sententiam, quæ mihi uerissima videtur, habuerunt Bartolus in l. vlt. C. de pactis, & alij magis communiter Doctores, teste Cagnolo ibid. nu. 276. Clarus §. Donatio. q. 19. vers. Sed quæro, vbi alios citat.
C Fundamentum est solidum in lege, & in iuris ratione. Quod attinet ad legem, est textus in l. Hereditas. C. de pactis conuentis. & l. Pactum quod dotali. C. de pact. l. Ex eo. C. de inut. stip. Nam si hæreditas pacto dari non potest; ergo nec donatione: quia donatio fit per pactum, vel per stipulationem: Ex quo illud etiam apparet non posse hoc in casu idem importare verbum *hæreditatis*, quod verbum, *bonorum*, quia si liceret ita verbum illud accipere, pactum, quo hæreditas datur, valeret, & hæreditas intelligeretur pro bonis præsentib. ipsius paciscentis. Et tamē lex pactum negat valere; ergo non ita nobis licet verba clara in alium sensum detorquere absque vlla legis autoritate.

Iuris autem ratione probatur hæc sentētia; quia hæreditas est successio in vniuersum ius, quod defunctus habet tempore mortis. l. Nihil aliud, de uerb. sig. Ergo is, qui donat hęreditatem suam, donat omnia bona & iura sua præsentia & futura, scilicet quicquid tempo-
D re mortis habebit: Consequenter contra bonos mores est talis donatio, & ideo non valet; quia aufert testādi facultatem non secus, ac donatio ipsa omnium bonorum præsentium & futurorum, vt suprà disputatū est.

Huc accedat à iuris ratione alienū ęsse, vt iura testamentorum & coniūctorum inter uiuos confundantur. Nam hæreditas testamento datur, idque multis adhibitis solennitatibus conficitur, quare non expedit, ut inter uiuos hæreditas donari possit absque illis solennitatibus.

Scio contrarię sententiæ autores id non negare; sed vrgere illam interpretationem impropriam, vt donatio sustineatur: sed certè cùm in uerbis nulla est ambiguitas, non est facienda uoluntatis quæstio. l. Ille aut ille. de leg. 3. Hoc refugium autores legum habuerūt ad sustinēdas pactiones, quibus hæreditas confertur, & tamen eo non sunt usi; qui non potuerunt commodè id facere repugnante nimis aperta uerbi significatione.

A

CAPVT XCV.

Possitne mortis causa hæreditatem suam quis donare?

EST etiam controuersia; possitne quis mortis causa suam hæreditatem donare. Negant Bartolus, Alex. & Iason ad d. l. Licet. C. de pact. idem Alexander in consil. 28. lib. 3. Fundamentum est in l. Licet. C. de pactis. & in l. Hæreditas. C. de pactis conuentis. & quia videtur effecta esse donatio omnium bonorũ præsentium & futurorum, quę non valet. Cæterùm affirmat Decius ad d. l. Licet. num. 10. cui videtur Cagnolus adstipulari ad l. vlt. nu. 278. de pactis. quibus ego assentior adhibita distinctione quorundam, cuius mentionem facit Decius, vt valeat donatio hæreditatis non iure directo, sed veluti per fideicommissum. Constat. n. hæreditatem testamentis duntaxat directè relinqui posse: Codicillis autem non potest directè relinqui. §. Hæreditas. Institu. de codicillis. Constat etiam legati posse hæreditatis partem. l. Mulier. §. vlt. ff. ad Treb. quod legatum non dat hęreditatem directò, sed per fideicõmissum dare intelligitur, & consequenter hæres institutus grauatus censetur eam restituere. Cùm itaq; donatio causa mortis similis sit ultimis uoluntatibus. l. ult. C. de dona. cau. mort. *Et per omnia ferè legatis connumeretur*. Instit. de donatio. in §. 1. Sequitur dicendum eiusmodi donatione hęreditatem in alium transferri posse, & hanc uim habere, ut hæres grauatus esse uideatur eam donatario tradere, detracta quarta parte ex Trebelliano Senatusconsulto.

Huc accedit, quod cùm in donatione mortis causa pœnitentiæ locus sit. §. 1. Instit. de donatio. non uidetur per eam facultas testandi donatori sublata: potest enim hæredem instituere, uel ipsum donatarium, uel si pœnituerit, alium, & reuocabitur ipsa donatio. Quod argumentum facit, ut putem hanc conclusionem ueram esse, licet donatio causa mortis in testamento nõ fiat, reiecta Decij conciliatione, quia non tollit, vt dixi, libertatem testandi.

Ex quo infertur argumentum contrariæ opinionis, non obstare, quo dicebatur donationem hæreditatis similem esse donationi omnium bonorum præsentiũ & futurorum, quæ non ualet. Nam in hoc est differentia, quod donatio illa omnium bonorum præsentium & futurorum inter uiuos facta tollit facultatem testãdi: neque enim donator pœnitere potest, sed ista, quæ causa mortis fit facultatem testandi non aufert; quia pœnitentia reuocari potest, ut declarat optimè Clarus in §. Donatio. quæst. 19. uers. Sed quia si faciat.

Ad l. Licet. C. de pactis. respondeo, illam non loqui de donatione causa mortis, sed de pacto, per quod successiu transfertur. Vnde nõ ualet, nisi inter milites, ut ibi dicitur. Licet. n. in donatione causa mortis pactum interuenire possit ex donatarij præsentia, qui consentit, & acceptat donationem, tamẽ latum est discrimen inter pactum illud simplex, & illud, quod in donatione mortis causa interuenit. Nam in illo, si valeret, locus pœnitẽtiæ non est; quia est pactum inter uiuos; & ideo aufert testandi facultatem. Pactum autem, quod interuenit in donatione causa mortis, non impedit, quo minus illa reuocari possit, & consequenter donator pœnitere potest, & testamentum condere. Et hæc responsio ualet ad omnes alias leges, quibus dicitur pactis hæreditatem dari non posse: loquuntur enim de pactis non transeuntibus in aliam speciem, nimirum ultimæ uoluntatis, qualis est mortis causa donatio: sed de ijs, quæ reuocari non possunt ab ipsis paciscentibus.

CAPVT XCVI.

Vtrum hæreditas per procuratorem adiri possit.

VEteres interpretes Accursium secuti magis communiter dixerunt per procuratorem non posse hæreditatem adiri, autoritate Pauli, in l. Per procuratorem. 89. ff. de acq. hæred. Paulus: *Per procuratorem hæreditatem adquiri non posse*, ratio est: quia cùm mãdo procuratori, vt adeat hæreditatem, eo ipso videor adire, & ideo nihil remanet agendum per procuratorem. Cęterum Franciscus Duarenus lib. 2. disputationum, cap. 27. & ad tit. de acq. hæred. ca. 4. non procul à fine, contrarium docet: quia in Codice Florentino legitur in d. l. 89. Per curatorem.

B Nam curator datus pupillo ad adeundam hæreditatẽ non sufficit, sed tutor necessarius est. l. Cùm in vna. §. 1. ff. de appellat. & relatio. Rationem verò illam nõ probat, quia fieri potest, vt is, qui hoc mandat procuratori, cogitet eum non statim id facturum esse, ac totũ medium tempus sibi liberum fore ad deliberãdum. Per procuratorem igitur adiri hæreditas poterit, cùm id nullo iure exceptum reperiatur. Procuratoris. n. vsus permissus est in omnibus negotijs, nisi in quibus id exceptum reperitur. l. 1. ff. de procurato.

Cæterùm his aduersatur Cuiacius lib. 1. obser. c. 34. vbi putat rẽtinendam veterem lectionem, nec satis forsitan eo in loco emendatas esse Pandectas Florentinas: *Sed siue hoc, siue illo modo legatur*, inquit, *ego nec per curatorẽ, nec per tutorem, aut per procuratorem hæreditatem posse adquiri existimo. Illud enim est* [illegible]*, si quis ista ratione probare velit, rectè Paulum dixisse per curatorem, quia tutoris autoritate opus sit in hæreditate adquirenda. Aliud namq; est tutore autore, longè aliud per tutorem adquirere hæreditatem. Tutore quippe autore, id est, ipso pupillo adeunte, ac solennia peragente. Per tutorem, id est, adeunte tutore, atque agente solennia. Illo modo rectè sibi hæreditatem pupillus adquirit, non tamen autore curatore: ideoq; tutorem habenti plerumque specialis tutor ad adeundam hæreditatem datur. l. Impuberi. ff. de tutor. & curat. datis ab his. l. Cùm in vna. §. Tutor. ff. de appell. Vlpianus in Fragmen. tit. de Tutelis. quod scilicet ad eam rem nõ sufficiat curatoris autoritas. Cæterùm, vt per curatorem adquiri hæreditas non potest, ita nec per tutorem, nisi pupillus infans sit. l. Potuit. C. de iure delib. l. Sermo initio. §. Si pupillo. ff. ad Trebell. & multò minus per procuratorem. Quod si per procuratorem adquiri potest, nihil in hac re præcipuum habet procurator Cæsaris: cui tamen hoc iure singularis lex data est, ut Cæsari adquirat. l. 1. §. vlt. ff. de off. procu. Cæsaris, id est, rationalis. Nihil denique hac in re distabit hæreditas a bonorum possessione; Nam & per tutorem, & per procuratorem adquiri bonorum possessio potest. d. §. Si pupillo. l. Si mariti. C. mand. l. Si quis alieni. ff. de acq. hæred. Sed tamen hoc non est admittendum. Ius enim Prætorium ciuili iure indulgentius & benignius est. Ius ciuile directum & asperum. Ius prætorium mite & moderatum est: Atque ideo per tutorem, curatorem, procuratorem bonorum possessio adquiritur, hæreditas non adquiritur. Et hoc probo.* Hactenus Cuiacius.

Sed audiamus Duarenum: *Procuratorem hic accipimus, cui specialiter mandatum est. Nam procurator vniuersarum rerum generaliter datus adeundo nihil agit, excepto procuratore Cæsaris, si opulenta sit hæreditas, l. prima, de offic. procur. Cæsar. Ac ne tutor quidem, vel Curator propter subtilitatem iuris veteris. l. Potuit. C. de iure delib. sed per tutorem aut curatorem rectè dicitur adiri hæreditas, id est, interueniente tutore aut curatore, quamuis ipse adeat, argum. l. Vtrum. ff. de reb. cred.* Hactenus Duarenus.

Vides,

Vides, vt puto, lector, tria Cuiacium obijcere, primò hæreditatem adquiri non posse per tutorem. Secundò, eadem ratione nec per procuratorem, & quia nihil esset specialiter constitutum in procuratore Cæsaris. Tertiò, non posse adquiri per procuratorem hæreditatem, vt sit aliqua differentia inter hæreditatem, & bonorum possessionem, quæ etiam per tutorem & procuratorem adquiri potest.

Contrà verò Duarenum velle hæreditatem adquiri posse per procuratorem specialem tamen, quia non sufficit generalis. Secundò, per tutorem adquiri posse, hoc est, tutore autore non autem per curatorem, hoc est, autore curatore. Tertiò, nec per tutorem adquiri posse, hoc est, ipso tutore adeunte. Denique specialiter constitutum esse, vt per procuratorem generalem Cæsaris adquiri possit.

Igitur sic concludo secutus sententiam Duareni: Hæreditas adquiri potest per procuratorem. Id probo, quia alia possunt per procuratorem adquiri, quæ non sunt legibus excepta. Id autem legib. exceptũ non est.

Non obstat l. Per procuratorem. 89. ff. de acq. hęred. quia verior lectio Florentina habet per Curatorem.

Non obstat, quod dicitur nec per tutorem adquiri posse, quia id concedo, si tutor ipse adeat; secus autem si pupillus, tutore autore, adeat. Item secus si pupillus sit infans, quia tutor eius nomine adquirere potest hęreditatem. l. Si infanti. C. de iure delib. & consequenter eo in casu per tutorem hæreditas adquiri potest.

Non obstat, quod dicitur, si per procuratorem hæreditas adquiri possit, nihil præcipuum hac in re procuratorem Cæsaris habiturum, contra l. 1. ff. de offic. procur. Cæsar. quia respondeo, præcipuũ hoc esse in procuratore Cæsaris, vt ad hæreditatem adeundam & adquirendam nomine Cæsaris generale mandatum sufficiat, in alijs enim speciale mandatum requiritur.

Non obstat, quod dicitur, nullam fore differentiam hac in re inter hæreditatem, & bonorum possessioné: quoniam hæc est differentia, quod per alium adquiri potest bonorum possessio. l. 3. §. Adquirere. ff. de bonor. possess. Hæreditas autem per specialem procuratoré. Illa regulariter per tutorem adquiritur. l. Seruo inuito. §. vlt. ff. ad Treb. Hæreditas tutore autore. potuit. C. de iure delib. nisi sit infans pupillus. l. si infanti. C. eodem.

CAPVT XCVII.

Ad l. Eam quam. 14. C. de fideicommiss.

IMperator Valerianus, & Galienus: *Eam, quam frater tuus instituerat, siue quæsita, siue non quæsita hæreditate, decesserit, sìm tamen simpliciter, antequam duodecimum ætatis annum impleuisset, verbis precarijs testamento facto, nonnullos ei voluerit substitutos; nihil prohibet fideicõmissum peti, vel ab ipsius hæredibus, vel ab ijs, qui bona intestati tenent. Tunc enim locum habent, quæ regulariter traduntur: ea, quæ in testamento relinquuntur, si ex testamento non adeatur hæreditas, non valere: cum verbis relicta directis adiri potuit hæreditas, non, cùm illa ipsa sic data est, vt esset ab intestato à successoribus postulanda. Quod rescripsimus sequentes adseuerationem tuam, quasi scripta hæres non fuerit iure adoptata. alioqui si in familia relicta, hæres facta decessit, & consequenter ipsius hæredes petitioni fideicõmissi respondere coguntur.*

Veteres interpretes non satis hanc legem explicarunt, conatus est post eos Alciatus ei lucem adferre lib. 1. dispunctionum, cap. 9. Autor sum studiosis, vt claram & planam sequantur Duareni & Goueani interpretationem, additis ijs, quæ ipse subijciam. Et si qua erit dissensio dicam, quid sentiam. Duarenus lib. 2. disputationum, c. 5. *Titius frater Sempronij puellam impu-*

A *berem adoptauit, sed non iure ac legitimè, deinde eam instituit, non ciuilibus verbis vtens, nec directis, sed precarijs tantùm ac fideicommissi, hoc modo. Volo vt puella hæreditatem meam dent hæredes mei. Deinde substituit huic puellæ quosdam alios post mortem puellæ simpliciter; non autem si impubes decessisset. Decessit puella: quæritur, an substituti possint fideicommissum petere. Causa totius quæstionis ac dubitationis est, quod non adita hæreditate ex testamento, fideicommissum non videtur deberi. l. Si nemo. de reg. iur. At hic nullus hæres extitit ex testamento, qui hæreditatem adiuerit. Verùm hic rescribit Valerianus fideicommissum peti posse, vel ab ipsis hæredibus, qui bona intestati tenent, id est, etiã à legitimis hæredibus Titij, nedum à testamentarijs, quos constat hic nullos fuisse; Nec nos mouere debet, quod dicitur, nisi hæreditas adita fuerit non posse fideicommissum peti, &c. Id enim accipiendum est, cùm verbis directis ac ciuilibus hæreditas est relicta, non verbis fideicommissi, vt sit ab intestati successoribus postulanda. quod accidit in hac specie,*
B *vt iam diximus, in qua testamentum vim codicillorum habet, quia tametsi sermatis solennibus factum fuerit, tamen apparet testatorem voluisse codicillos valere, ex eo, quod nõ instituit directò hæredem, nec verbis ciuilibus, sed fideicommissi. l. vlt. ff. de iure cod. l. Non Codicillum. C. de testam. Poterat autem dubitari in proposita specie, num possent conueniri hæredes puellæ tanquam legitimi. Quæstionem facit quod puella adoptata fuisse dicitur à Titio, vnde videtur, iure suo hæreditatem Titij ad suos hæredes transmisisse. Sed Valerianus rescripsit à legitimis hæredibus Titij fideicommissum peti, nullam faciens mentionem hæredum puellæ; quia propositum fuerat, eam non iure adoptatam fuisse, atq; ideo in familia Titij non fuisse. Alias non alij essent legitimi hæredes Titij, quàm ipsius puellæ.* Hactenus Duarenus.

Antonius Goueanus lectionũ iuris variarum, lib. 5. c. 1. *Falco puellæ institutæ verbis precarijs ita substituit: si Caia intra pubertatem decesserit, hæreditatem meam illi, & illi restitui volo. Puella necdum quæsita hæreditate decessit.*
C *Falconis frater agnationis iure hæreditatem intestati fratris adije: quam cùm ab eo ex fideicommissi causa peterent substituti, defendebat substitutioni locum nullum esse. quando acquisita ex testamento non esset hæreditas; regulariter namque definiri: Non adita ex testamento hæreditate, relicta in testamento nihil valere: eamq; regulam ad substitutiones quoque pupillares pertinere. Valerianus autem & Galienus Impp. regulam hanc iuris ibi locum habere rescripserunt, cũ aut verbis directis sit substitutio, aut solus rogatur institutus: non autem cùm peti etiam ab ijs hæreditas potest, qui veniunt ab intestato. Posse autem à venientibus ab intestato peti hæreditatem, non solùm cùm hi apertè rogantur, verùm etiam cùm simpliciter ita quis scribit: Volo siue rogo, si quem hæredem scripsi è viuis decedat, hæreditatem meam Titio restitui. Ita enim qui rogat, omnem videtur rogare successorẽ; Institutum si adquirat; si is omittat legitimum successorem. Ea igitur rescripti huius vis est, atque sententia, substitutionem fideicommissariam, ex qua à legitimis successoribus peti*
D *hæreditas potest, nõ adeũte instituto locũ habere. Quod. n. sine hæredis institutione fieri potuit destituta institutione interire non oportere, argumento illud fuerit Tryphonini in l. Miles ita. ff. de milit. testam. impuberi filio factam à milite substitutionem, quamuis non adita ex testamento hæreditate, valere tamen; quia miles soli filio testamentum facere possit.* Hactenus Goueanus, qui multa alia pro explicatione legis adfert, quæ non describo.

Video dissensionem esse inter Duarenum & Goueanum in duobus, quæ vbi explicauero, tùm ad verborum legis explanationem descendam.

Primò dissentiunt, quia Duarenus dicit puellam institutam fuisse hæredem non ciuilibus verbis, sed precarijs tantum, & fideicommissi, hoc modo; *Volo vt puella hæreditatem meam dent hæredes mei.* Goueanus autem nullam huius fideicommissi mentionem facit, & pręsupponit puellam institutam fuisse, sed substitutos ei datos fuisse verbis precarijs hoc modo. Si Caia

intra

A intra pubertatem decesserit, hæreditatem meam illi & illi restitui volo.

Et hæc interpretatio Goueani videtur prima fronte magis consona verbis legis. Ait enim textus; *Eam quam frater tuus instituerat*, &c. *Cùm tamen simpliciter, antequam duodecimum ætatis annum implesset, verbis precarijs testamento facto nonnullos ei uolueris substitutos*, &c. Ex quo apparet verba precaria, quorum lex meminit referri ad substitutionem, non autem ad institutionem.

Sed magis placet Duareni sententia, & expositio propter verba illa, quæ sequuntur in textu: *Non cùm illa ipsa* (scilicet hæreditas) *sic data est, vt esset ab intestato successoribus postulanda.* Hæc enim uerba significant datam hæreditatem puellæ fuisse per fideicommissum eo modo, quo declarat Duarenus.

Secundò Duarenus dicit, quosdam alios puellæ simpliciter post mortem substitutos, non autem si impubes decessisset, quod repugnat verbis legis. ibi: *Cùm tamen simpliciter antequam duodecimum ætatis annum impleuisset*, &c. Et ideo rectè Goueanus format facti speciem, ita, vt substitutio facta sit, si Caia ante puberta-

B tem decesserit, & illud verbum, *simpliciter*, &c. rectè exponit, *hoc est, omnino ab omniq; successore restitui voluit hæreditatem, si puella intra pubertatem decederet. Simpliciter enim rogat, qui neque hunc, neque illum rogat, sed quid fieri omnino velit, ostendit, itaque rogare omnes uidetur.*

Hæc igitur est legis huius sententia. Siue ea puella, quam frater tuus hæredem instituerat, quæsita, siue non quæsita hæreditate decesserit, (Non quæsita hæreditate, quia institutio non valuit. Fuit enim instituta tanquam filia adoptiua, & adoptio non fuit iure facta) fideicommissum peti poterit ab ijs, qui verbis precarijs simpliciter ei substituti sunt. Poterit, inquam, peti non a puella defuncta, neque ab hæredibus eius, eo in casu, quo illa non quæsiuit hæreditatem, sed ab hæredibus ipsius testatoris. In casu autem, quo hæreditas puellæ quęsita esset, ab hæredibus eius peti posset. Et hic est sensus illorum verborum, *vel ab ipsius hæredibus, uel ab ijs, qui bona intestati tenent.* Ab hęredib. ipsius puel-

C læ, si quæsiuisset hæreditatem; ab hæredibus intestati, i. eius, qui ita testamento disposuit, sed testamentum irritum factum est eam ob causam, quod institutio non valuit, nec scripta hæres puella obtinuit hęreditatem.

Tunc enim locus est regulæ iuris, si nemo ex testamento adierit hæreditatem, non ualere ea, quæ in testamento relinquuntur, *cum uerbis relicta directis adiri potuit hæreditas*, idest, cùm verbis directis institutio facta est: *Non cum ea ipsa* (hæreditas) *sic data est, ut esset ab intestato a successoribus postulanda.* Sic enim legendum putat Goueanus, non ut uulgò legitur, ab intestato successoribus; sed in proposita specie hęreditas relicta est puellę non directis uerbis, sed precarijs, eo modo, quo supra diximus ex Duareno; ergo regula illa iuris locum habere non potest; *Quæ ita rescripsimus*, inquit textus, *sequentes adseruationem tuam, quasi scripta hæres non fuerit iure adoptata.* Idest, locum habet ista eo in casu, quo

D puella decessit non quæsita hæreditate: ea; inquam, quæ dicta sunt de fideicommisso petendo ab hæredibus, qui ab intestato succedunt. Si enim puella iure adoptata fuisset, & in familia defuncti testatoris hæres facta decessisset, hæreditatem ad suos hæredes transmisisset; consequenter fideicommissum eo in casu ab ipsius puellę hæredibus petendum esset. Textus uariè legitur, meus Codex habet *fideicommissum petere*, alij habent *peti*.

Ego vtramque lectionem probo, quia sensus est, substitutos fideicommissum petere posse, si ea, quæ instituta fuit, decesserit: si legas, *peti*, intellige à substitutis: si legas *petere*, intelliges substitutos.

Illa verba, *eam, Quam*, more græcorum scripta sunt eam, pro ea, vt cùm dicitur: *Vrbem quam statuo, uestra est.* Et est, ac si clarius diceretur, si puella à fratre tuo hęres instituta decesserit, siue quæsita, siue non quæsita hæreditate, substitutio tamen verbis precarijs ea facta locum habet, & si quidem institutio valuisset, & puella iure adoptata decessisset hæres, eius hæredes fideicommissum restituere tenerentur substituto. Cæterùm si adoptio non valuit, & ideo non quæsita hæreditate, puella est defuncta, fideicommissum restituere tenentur hæredes fratris tui defuncti, qui proximiores sunt ab intestato. Nec se tueri possunt ea exceptione, quod fideicommissum non valeat; quia ex testamento hæreditas adita non est. Nam locum habet exceptio illa, quoties hæreditas verbis directis, relicta est; secus quando verbis precarijs, tunc enim hæredes ab intestato venientes, sicut tenentur hæreditatem dare puellæ, si adoptio valuisset, ita si non ualuit, tenentur eam ex fideicommisso dare & restituere ijs, qui puellæ substituti fuere.

CAPVT XCVIII.

Defenditur sententia autoris de emphyteuta, an donare possit ius emphyteuticum consensu domini non requisito, quæ extat in prima parte Controuersiarum, lib. 3. cap. 97.

NOn muto sententiam, quam firmaui in prima parte Controuersiarum, lib. 3. cap. 97. consensum domini requirendum ab emphyteuta, licet non uendere, sed donare uelit ius emphyteuticum; tum quia legis uerba generalia sunt, & omnem continent alienationem, l. 3. C. de iure delib. Tum quia domini interest, vt consensus eius requiratur. Primùm ut sciat, quis nouus sit emphyteuta, an idoneus ad soluendum canonem. Deinde quod multas alias ob causas eiusdem intersit, ut ibi latius explicaui. Non muto, inquam, sententiam ex his, quæ disputat, & pro contraria sententia adfert elegantissimus, & doctissimus Iurisconsultus Fornerius lib. 2. selectionum, ca. 30. Primùm dicit *alienationis*, uerbum contrahendum esse, ut significet solam uenditionem, citat text. in §. Adeo. in Instit. de locatio: Sed contrarium dicit. Verba Iustiniani hæc sunt: *Vt ecce de prædijs, quæ perpetuò quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quamdiu pensio, siue reditus pro his domino præstetur, neq; ipsi conductori, neq; hæredi eius cuiusue conductor, hæresue eius id prædium vendiderit, aut donauerit, aut dotis nomine dederit, alioue quocunq; modo alienauerit*, &c.

Non uideo quid sibi uelit Fornerius, dum ait: *Quod Zeno initio l. 1. C. eod. tit. alienationem generaliter dixerat, idipsum referens Iustinianus, specialiter uenditionem nominauit.* §. Adeo. Instit. de locat. Id ut uerum sit inquam, non uideo: siquidem Iustinianus de uenditione, donatione, & quacunque alienatione loquitur, ut patet ex uerbis proxime relatis.

Secundum argumentum Fornerij est, quia fit mentio precij, in d. l. 3. C. de iure emphyt. ergo uenditio significatur l. 3. C. de prædijs decurio. Respondeo, Iustinianum de precio loqui, quatenus scilicet de uenditione loquitur.

Sed loquitur etiam de alienatione generaliter, uerba sic habent; *Minimè licere emphyteutæ sine consensu domini meliorationes suas alijs uendere, uel ius emphyteuticum transferre.* Hæc postrema uerba uidentur mihi generalia, & non solum uenditionem significare, sed omnem aliam alienationem.

Tertium argumentum est; *Quia denunciatione*, inquit, *illic opus non est, vbi dominus nullo precio repenso meram emphyteutæ liberalitatem procul dubio accepturus est.* Respondeo, denunciatione opus esse, etiam eo in casu, quo donare vult emphyteuta ius suum, non vt dominus præferatur, & consequenter ex donatione rem

ab

ab emphyteuta consequatur: neque enim inuitus emphyteuta cogendus est donare ius suum domino, vt optimè deducit Fornerius ad finem capitis. Sed ne ex donatione in quemquam collata præiudicium domino inferatur, vel propter annuum canonem, vel propter alias causas.

Postremum argumentum est, non esse pertimescendam aliquam iniuriam, cùm non tam facilè quisquã donet, quàm vendat: in hoc enim rei precium captatur, in illo perditur. l. 7. ff. de donat. Sic enim non prohibetur donare mulier, fideiubere prohibetur. l. 4. ff. ad Vellcian. Decuriones nihil vetat prędia donare, vendere autem sperato scilicet precio non licet. l. 1. l. vlt. C. de prædijs decurio.

Respondeo, hæc esse dissimilia: quia non dicimus colonum siue emphyteutam prohibitum esse donare, sed denunciare id oportere domino, cuius multas ob causas interesse potest, vt sciat, cui donetur. Et licet rarò fiant donationes, non tamen rarò fraudes committerentur, si passim domino non requisito liceret emphyteutæ ius suum donare. Nec propterea, quod rarò homines donare soliti sunt, ideo nullas de donationibus leges habemus, immò verò multas. Ergo nec iusta hæc interpretatio ob eam causam repudianda erit.

CAPVT XCIX.

Annotationes ad primum cap. lib. 1. Controuers. primæ partis, & ad cap. 71. lib. 3.

Quod scripsi lib. 1. Controuers. intis, c. 1. de pœna carceris aduersus eos, qui venãtur Principe probibente, non ignorabam iuri Cæsareo consonum non esse: *Carcer enim ad continendos, non ad puniendos homines haberi debet*, vt inquit Vlpianus in l. Aut damnum, §. Carcer. ff. de pœnis. sed moribus consentaneum est. quibus passim ferè carceris pœna recepta est, conuenienter iuri canonico. c. Quamuis. de pœnis. lib. 6.

De dote profectitia disserui lib. 3. cap. 71. Pro distinctione ibi facta inter filiam in potestate & emancipatam, indicauit mihi D. Fabricius Matthæus, Doctor magni ingenij & spei, & gener mihi clarissimus, textum in l. Pater. ff. de Euiction. in illis verbis; *Interest enim patris filiam dotatam habere, & spem quãdoq; recipiendæ dotis, vtiq; si in potestate sit. Quod si emancipata est, nec poterit defendi statim commissã stipulationem, cum uno casu dos ad eum regredi possit.*

CAPVT C.

Annotationes continet ad c. 1. lib. 4. & ad c. 22. eiusdem lib. & ad cap. 31.

Addo de schedula continente patris testamentum inter liberos, Cuiacij sentẽtiam iuuari posse ex responso Alexandri 76. nu. 10. lib. 3. vbi post Salycetum, quem citat in l. Hac consultissima. §. Ex imperfecto. C. de Testam. scribit non ualere si non appareat lectam, & publicatam fuisse, argumento l. Hac consultissima. C. qui test. facere possunt, ibi dum textus dicit, *elogium ipse suum profiteatur agnoscere*. & in l. fideicom. vers. *Quoties.* de leg. 3. Sed leges allegatæ non loquuntur de Testamento inter liberos. Ideo non obstant. Adde Menochium pro sententia communi & vera, de Præsump. lib. 4. Præsumpt. 7. nu. 5. Et de patris diuisione inter liberos scriptura comprehensa, quod valeat, si fuerit à patre subscripta, vel à liberis & fidem obtineat aliaque cautela non indigeat, est expressè constitutum Nouella de Triente & Semisse. §. Et quod sæpè.

Ad caput 22. eod. lib. omisi decisionem Pedemontanam Osaschi 26. in materia propositæ ibi quæstionis.

Ad caput 31. eod. lib. de filio exhæredato vel exclusa ab hæreditate, quando faciat partem, & quando non cæteris filijs, vide Cuiacium in expositione Nouellæ 18. col. 4. uers. Ad hæc notandum est.



ANDREAE FACHINEI
I. C. FOROLIVIENSIS, &c.
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER SEPTIMVS.



CAPVT. PRIMVM.

De origine Feudorum, & an feudum sit contractus.

INstituenti mihi controuersias feudales priore libro huius tertiæ partis explicare, operæprecium visum est, ab illa initium sumere, quæ de origine feudorum agitata est frequentissimè, tam apud ueteres, quàm apud recentiores Iurisconsultos.

Quinque sunt præcipuæ celebrioresque sententiæ. Vna, feuda ex antiquo Romanorum iure originem sumpsisse. Altera, à tempore Iustiniani cœpisse. Tertia ex militijs, quarum fit mentio, in iure Romano profectas esse: & nihil aliud feudum esse, quàm militiam. Quarta, à Gallis uenisse ad Germanos feuda, Italos, Hispanos, & alios Europæ populos. Quinta, ex Longobardis Regibus principium accepisse; & inde consuetudines feudales emanasse: & hanc cæteris probabiliorem esse iudico. Verùm de singulis uidendum est, ne quenquam inaudita causa condemnare uideamur.

Prioris sententiæ autores sunt Vdalricus Zasius in Epitome feudorum, parte 1. in principio, & latius in Commentarijs l. 2. in uerbo *Curias.* ff. de origine iuris, & Iacobus Cuiacius in Commentarijs ad libros feudales, non procul à principio.

Hanc uerò sententiam ita isti confirmare nitũtur. Zasius quidem in d. l. 2. uers. *Curias,* in hunc modum dicens; *Romulus, vt est apud Dionysium Halicar. lib. 2. vrbe condita prouisurus, ne iniuria locupletum in humiles, vel vicissim egenorum inuidia in potentes discordiam pareret, plebeis permisit, vt quem sibi ex patrijs patronum eligerẽt. Hi clientes dicebantur: eratq; ciuilis illa coniunctio nihil aliud, quam susceptum pro pauperibus humilibusq; patrocinium. Habuisse eos legitima quædam instituta, quibus vltrò citroq; præstabant ij officia, illi beneficia. Nam patroni pro clientibus ea facere, quæ patres pro filijs: pecuniarum contractuumq; rationes explicabant: causas pro iniustè oppressis sumpsere; omnemq; eis quietem publicè & priuatim exhibuere. E diuerso clientes patronis egentibus ad dotem filia-*

A *rum contribuere, captos vel ipsos, vel liberos eorum ab hostibus redimere, nexos à creditoribus, vel ære mulctatos, propria pecunia liberare, deducere eos, eis adesse debebant. Nec fas erat vel accusare inuicem, testimoniumue aut suffragium aduersus ferre: nec porrò cum inimicis adnumerari: Eratq; huiusmodi coniunctiones haud absimiles sanguinis necessitudini, vsque adeò, vt clientes in officiorum ordine affinib. præferrentur.* Et paucis interiectis subdit: *Credimus curialiũ dominicalium iura & feudorum (si ita loqui liceat) hinc velut impressis vestigijs quædam duxisse simulacra. Quo enim tempore Romani victricia vbiq; terrarũ signa circumtulissent, multi eorum remansisse in prouincijs creduntur, pars præsidio relicti, pars agri vbertate capti; deniq; dum Coloniæ deducerentur, bona Romanorum pars eò loci commigrarũt, quibus cùm multum agri, multum fundorũ esset, ne pro Romano more carerent clientibus, verisimile est, incolas terræ ut suum inuitasse patrocinium, suosq; eis fundos, prout cuiusque erat conditio, in beneficium distribuisse.*
B *Tractu tamẽ temporis, quod omnia variat, clientelarum nomine commutato, feuda a fœdere forsitan, curiasq; dominicales nominari cœptas, vt qui clarioribus essent natalibus feuda, alij ex vulgo curias haberent dominicales: constitutis certis iuribus, quæ dominos, quæ clientes, quos vasallos vocant, respicerent, quorum aliqua consuetudine, vt in feudis, aliqua pactis, vt in curijs constare dignoscuntur. Hãc nostram coniecturam haud parum adiuuat magna vtrinque ad priscorum clientum iura similitudo. Nam vt olim patroni clientibus, & vicissim isti illis mutua obligatione nectebantur: sic in feudis & curijs pariter recepta sunt: siquidem & vasallus domino, & è diuerso dominus illi debet.* Hactenus Zasius.

Iacobus autem Cuiacius sic scribit: *Interea tamen, cùm ius feudorum antiquissimum esse Gerardus scribat, qui ipse fuit Longobardus, ineptè id repetieris ex Longobardis ipsis siue Gothis, quorum leges nihil de feudis habent palam, nec antiquissimum esse nobis vnquam persuaseris, nisi id longiùs deduxeris ex moribus populi Romani, quod fiet si ...*

com-

commodissimè. Fit sæpè in libris nostris hominum mentio, qua appellatione frequentius serui significantur. Sed & liberi, puta actores, procuratores, custodes prædiorum, Insularij, Conductores, Emphyteuticarij, Chartularij, precarij possessores. His possessio conceditur ad tempus. Qua actori, feudū est Gastaldia, qua custodi, feudum guardia. Iisdem postea cœpit concedi in perpetuum, quod est verum ac proprium feudum, atq; ita, vt me obseru. 8. tradidisse recordor, paulatim qui erant actores, custodesq; prædiorum nostrorum temporarij, perpetui esse cœperunt. Latinumq; hominum nomen retinuerunt, nouum & externum vasallorum siue Leodum & feudatariorum acceperunt à Principibus & nobilioribus, qui eis sua prædia in perpetuum concedere maluerunt, si militiæ oneribus se obligarent, inuectam Italiam nomina à Principibus Germanis, quibus fuere semper multi Comites (si Cornelius Tacitus vasallos vocat) & Principum æmulatio magna, cui plurimi & acerrimi. His, vt ait, præcipuum Sacramentum erat defendere, tueri, sua quoq; fortia facta gloriæ Principis sui assignare: quod vulgò Sacramentum fidelitatis appellamus. Hactenus ille.

Secūdę opinionis autor fuit Lucas de Penna in L. Quicunque. C. de omni agro deserto, lib. 12 & in l. 1. C. de petitio. bono. subla. lib. 10. ratus, feuda esse prædia stipendiaria, de quibus mentio fit in §. Per traditionem, in Instit. de rer. diui. Guilielmus Benedictus idē docet in c. Rainucius. in verbo; *Et vxorē nomine Adelasiam*, decis. 3. nu. 3. & 4. quem refert & sequitur Cassaneus in Consuetudine Burgundiæ, Rub. 3. ver. Des Fiefs. nu. 15. Fundamentum est, quia eiusmodi prædia stipendaria in multis videntur esse feudis similia. Sicut enim feuda sine consensu domini alienari non possunt, & olim antiquissimo tempore non transibāt ad hæredes, vt in tit. de his, qui feudum dare possunt. §. Et quia, ita nec prędia stipendiaria seu tributaria alienari poterant, & militibus assignata pro stipendio non transibant ad filios. l. 2. & 3. C. de Fundis limitrofis. lib. 11. Dantur feuda, vt vasalli dominum contra hostes iuuent. c. 1. quibus modis feud. amit. c. 1. §. vlt. hic finitur lex, &c. Sic & stipendia hæc militibus dabantur, vt Rempub. defenderent. l. Qui excubias. ff. de re milit. Iurant feudatarij obseruare contenta in c. 1. de noua forma fideli. arctiori iureiurando adstringuntur milites, vt tradit Vegetius de re militari, lib. 2. c. 2. Hæc & alia nonnulla, in quibus feuda conueniunt, & stipendiaria hæc prędia, recenset accuratè Marinus Frecia in Commentarijs feudalibus. tit. de feudorum origine. num. 22. cum sequentibus. Ab hac sententia non procul abest Lelius Taurellius in libro de militijs, ex ca sit dum feudorum originem refert ad agros imperij extremos, quos solebant militibus assignare Romani Principes, vt ait Lampridius in Alexandro; *Sola*, inquit, *quæ de hostibus capta sunt, limitaneis ducibus & militibus donauit, ita vt eorum essent, si hæredes eorum militarent, nec vnquam ad priuatos pertinerent, dicens, attentius militaturos, si etiam sua iura defenderent*.

Tertiam opinioné innexerunt Haloander in proœmio Nouellarum, & Viglius in §. 1. in Insti. de militari testam. arbitrati feuda fuisse militias, quarum fit mentio in L. Omni modo. §. Imputari. C. de inoff. testam. & in l. vlt. cum Anth. ibi posita. C. de pignorib. & alibi. Cui sententiæ adstipulatur, quod scribit Marinus Frecia loco proximè citato nu. 40. militias personales fuisse, nec ad hæredes transiuisse, ad instar feudorum, & quia feudatarij plerūque sint milites. c. 1. de capitulis Corradi, & alibi.

Quartæ opinionis autor est Connanus lib. 2. Commentariorum, c. 9. nu. 5. *Ego vero*, inquit, *feudorum morem à Gallis venisse ad Germanos, Italos, Hispanos, & alios Europæ populos arbitror, idq; vt existimem, facit, quod de Gallis scribit Cæsar lib. 3. commentariorum. Dicit enim, qui opibus inter eos valerent, multos habuisse deuotos, quos secū in bellum ducerent, Soldarios sua lingua nuncupatos, quorū*
A *hæc erat conditio, vt omnibus in vita commodis vnà cum ijs fruerentur, quorum se amicitia dedissent, quod si quid ijs per vim accidisset, aut eundem casum ferrent ipsi, aut mortem sibi consciscerēt. Quod in vasallis nostris eodem se modo habet, qui cum dant fidem suo domino, & patrono iurant magno iureiurando se pro illius salute vitam posituros*, &c.

Sed ut rectè monet F. H. disputat. de feudis cap. 2. feudalitij clientes nostri temporis, nec illud receptum est, vt patrono interfecto mortem sibi cōsciscāt: & Soldarij illi certos & proprios agros non habebāt, qua tamen in re magnam feudorum partem constare, manifestum est.

Postremam sententiam, feuda ex Longobardis originem duxisse, frequentioribus suffragijs Doctores secuti sunt. Hāc post Balduinum, & alios ab eo citatos, secutus est Frecia loco annotato num. 12. & nu. 82. quibus accedant Franciscus Duarenus in commentarijs in vsus feudor. c. 3. Eguinarius Baro ad Obertum Or-
B tensium, de Beneficijs tit. 1. & hæc mihi etiam probabilior videtur. Primò, quia in Consuetudinibus feudalibus sæpe fit mentio legum Longobardorum, vt in c. 1. de feudi cogni. in c. 1. de contentio. inter do. & fid. de inuest. feudal. in c. 1. de notis feudor. & alibi. Secūdò, quia in legibus ipsis Longobardis titulus extat de beneficijs & terris tributarijs. Nihil autem aliud feuda esse constat quàm beneficia. Tertiò, quod me maximè mouet, quia ipsum verbum *Feudum*, non à fidelitate ducitur, vel à fœdere, vt quidam putant, sed est verbū Germanicum, vt mihi relatum est à doctissimis viris, quod significat alimentum, quemadmodū & *Leudes*, quorum meminit Gregorius Turonen. lib. 9. sunt populi Germanicè, hoc est, homines, quos vasallos dicimus, unde & dominium, quod homagium frequentius dicitur. Constat autem Longobardos origine fuisse Germanos.

Non obstat huic sententiæ, quod Cuiacius perpen-
C dit, Gerardum dixisse, ius feudorum antiquissimum esse, & ideo referendum non esse ad Longobardos, cùm ipse Gerardus Lōgobardus fuerit, quia Gerardus hoc dicit in §. Et quia, tit. de his qui feudum dare possunt: *Antiquissimo enim tempore*, inquit, *sic erat in dominorum potestate connexum, vt quando vellent, possent auferre rem in feudum a se datam*, &c.

Hoc ius antiquissimum cur non referri possit ad initium, quo feuda à Longobardis constituta sunt, nihil proponi video, licet ipse Gerardus Longobardus fuerit, longissimo enim tempore Longobardos cōstat rerum potitos esse ac dominatos.

Quæ verò Zasius, Cuiacius, & alij de clientelis Romanorum, de militijs, de prędijs stipendarijs, & alijs id genus adferunt, potius imaginem quandam & simulacrum, vt loquitur Zasius, feudorum continēt, quàm veram & germanam feudorum cōstitutionem, quam nunc habemus, quanquam vt F. H. in disputatione de
D feudis cap. 2. adnotauit, alio fine institutæ fuerint Romanorum clientelæ quàm feuda. Illæ pacis alumnæ, hæc militiæ comites; nisi ad illud clientelarum genus referantur, quæ inter duces populi Romani, & subactos bello populos contrahebantur. Cùm enim illi se dederent Romanis in eorum fidem, ditionem potestatemque se commendabant: Eaque de causa non modò Romæ, cùm usus ferebat, defendebantur, verùm etiam agris ea lege donabāiur, vt cùm tempus ferret, parati in armis essent. Vide Cæsarem de bello Ciuili lib. 1. Hircium de bello Africo. Ciceronem lib. 1. Officior. Itaque in re valde dubia, ut plurium acquiescerē sententiæ, his, quas dixi, coniecturis accedentibus, faciendum esse iudicaui.

Ad alteram quæstionem quod attinet, antiqui interpretes Bartolus & alij communiter dixerunt, feudum esse contractum, vt testatur Iulius Clarus §. Feudum, q. 6. quibus & Ludolph. Schrad, parte prima de

feu-

feudis, & Franciſcus Duarenus c.2. adſtipulantur, eo proculdubio argumento adducti, quia uiderunt inter dominum & uaſallum mutuas eſſe pactiones & obligationes, quibus propterea coutractus uim ineſſe crediderunt, ac proinde inter coatractus feudum retulerunt.

At contra F.H. lib.6. obſeruat. cap.7. Primò, quia contractus de re priuata & familiari, & quę in comercio eſt, fiunt l.7.§. Si paciſcar. ff. de pact. l. Inter ſtipulanté. 83.§. Sacram. ff. de uerb. obl. Feudum autem clientela eſt potiſſimùm ad caput uel ad ſalutem ſenioris, uel utriuſque potius ſenioris, ſ. & uaſalli inſtituta, quę cōuentio in eorum negociorum numerum, quæ contractus appellantur non cadit.

Secundò, quia cōtractus lucri & negociationis cauſa fiunt, l. Actionum 25.§.1. ff. de act. & oblig. à quo feudi natura & ratio abhorret, quia feudum proprium non eſt, niſi beneficium ſit, & à liberalitate proficiſcatur, lib.1. feud. ti.27. Quod enim pecunia emitur, improprium eſt. lib.2. ti.24.

Tertiò, quia contractus ab initio voluntarij, poſtea uerò neceſſarij ſunt: neque ſine utriuſque uoluntate diſſolui poſſunt. l. Sicut. C. de act. & oblig. At feudum refutari a uaſallo, i. remitti & reſtitui ſeniori, quoties ei commodum eſt, etiam inuitu poteſt, lib.2. ti.38.

Iacobus Cuiacius lib.1. de feudis, in præfatione, nō procul à fine, de hac re ſic ſtatuit: *Ne dixeris etiam feudum eſſe contractum. Ius eſt potius quod per contractū conſtituitur, dum ſ. dominus id per inueſtituram cedit, qua ceſſio datio eſt, ea lege, vt qui accipit, fidem & ſeruitium dāti ſemper exhibeat. Et contractum huiuſmodi ſequitur traditio, & eſt ex eo contractu actio de euictione in dominum. Et aduerſus vaſallum condictio cauſa dati, ſi fidem fallat; vel etiam præſcriptis verbis, ſi nolit dominus feudum reuocare.*

Ego uerò ſic dico. Cùm quęritur an feudū ſit contractus, tria eſſe conſideranda. Primùm rem ipſam, hoc eſt, beneficium, quod confertur in uaſallū: & hac ratione feudum contractus dici non poteſt, quia ſpeciem habet donationis, liberalitatis, gratię, beneficij. arg. l. Interdictum. 14 ff. de precario, ibi: *Magis enim ad donationem & beneficij cauſam, quam ad negocij contracti ſpectat precarij conſtitutio.*

Secundò conſideranda eſt cōuentio & pactio, quæ inter dominū & uaſallum fieri ſolet; & hoc nomine, ſi contractus uerbū propriè ſumatur, feudum contractus non eſt. Nam ut reſpondit Vlpian. in l. Labeo. 19. ff. de uerb. & rerum ſig. *Quædam aguntur, quædam geruntur, quædam contrahuntur. Actum generale verbū eſt, ſiue re, ſiue verbis quid agatur, veluti in ſtipulatione, uel numeratione. Contractum autem vltro citroq; obligationē eſſe, veluti emptionem, uenditionem, locationem, conductionem, ſocietatem.* Feudum igitur non eſt contractus propriè, quia pactiones & cōuentiones propriè contractus nō dicuntur, quod latè oſtendit Duarenus ad l.1. ff. de pactis, & lib.2. Anniuerſ. diſputat. c.8.

Tertiò conſiderandum puto, contractus verbū latè ſumptum, omnem obligationem ſignificare, vt vbicūque aliquis obligetur, & cōtrahi videatur, quamuis nō ex crediti cauſa debeatur. l. omnem. 20. ff. de iudicijs. Itaque ſi contractus verbum ita accipiatur, non dubito affirmare, feudum inter contractus annumerādum eſſe, quatenus obligationes reciprocas domini continet & vaſalli.

Nec iſtam diſtinctioné offendunt argumenta F.H. illa enim huc pertinent, vt probetur, feudum non eſſe contractum, quatenus feudum, hoc eſt, beneficium eſt.

Item propriè contractum non cenſeri, quod & ipſe fateor. Non tamen ſequitur, contractum ſaltē impropriè dici non poſſe. Speciem enim contractus refert pactio, ſtipulatio, obligatio vaſalli, vt ex dictis patet.

CAPVT II.

Liber feudorum an ſit authenticus.

POST controuerſiam de feudorum origine, ſequitur altera, an liber quo conſuetudines feudales cōtineotur, & leges etiam Imperatorum nonnullæ de ipſis feudis, authenticus ſit: Et negant Hoſtienſis in ſumma, de immunitate Eccleſiarum. §. In quantum. dum ait, iura feudorum quemquam non aſtringere, niſi ſit lex Imperialis, nec nō Aegidius Bellamera in conſi.48. quorum illud eſt fundamētum, quòd liber ille partim ſcriptus ſit à priuatis hominibus, qui legis condēdę poteſtatem non habent, partim particulares conſuetudines Mediolanenſium & Italorū cōtineat; quamobrem alibi conſuetudines illas vim nullam obtinere exiſtimant.

Cæterum librum feudorum authenticum eſſe, ſiue pro authentico habēdum, alij communiter docuerūt. Zaſius in Epitome de feudis, in principio. Iulius Clarus §. Feudum. quæſt.3. vbi alios citat, Duarenus in cōſuet. feudal. in primo capite, & alij paſſim, quibus & nos aſſentiri par eſt; quia moribus iam receptus eſt liber ille: & in foro, & in ſcholis allegatur; & quę in eo continētur, ſeruari ſolent tanquam leges, quare nō immerito authenticus dici poterit, vel certè pro authētico habēdus erit, ea ratione qua Iuriſcōſultus vſus eſt in l. De quibus. ff. de legibus, *Nam cùm ipſæ leges nulla alia ex cauſa nos teneant, quàm quod iudicio populi receptæ ſunt, meritò & ea quæ ſine vllo ſcripto populus probauit, tenebunt omnes. Nam quid intereſt ſuffragio populus voluntatem ſuam declaret, an rebus ipſis & factis?* Quæ ratio multò magis locum habet in quæſtione iſta, cùm hæc cōſuetudo ſit longiſſimi temporis, hominum memoriam excedentis. l. Hoc iure. §. Ductus aquæ. ff. de aqua quot. & æſtiua. & ſciēte Principe, & patiente ſeruata fuerit. Nam conſtat & in ſcholis, & in foro librum feudorum apud omnes receptum eſſe, uſque ad hæc tempora. Eſt igitur conſuetudo hæc rationabilis, ac legitimè præſcripta, ac proinde ſeruanda. c. vltimo de conſuetud.

CAPVT III.

Sitne recipienda diuiſio feudorum in hæreditaria, & ex pacto & prouidentia?

HIS tanquā preludijs ſic pręmiſſis, & iā nobis in aciem progredientibus, occurrit primùm inſignis cōtrouerſia, de feudorū diuiſione in hæreditaria, & ex pacto & prouidētia, ſitne recipiēda uel reijciēda. Hæreditariū vocāt feudum, cùm alicui cōceditur & hæredibus ſuis: Ex pacto & prouidentia, cùm alicui dat' & filijs ſuis, ſiue deſcēdentibus. Diuiſioné hāc primi omniū inuexerūt Pileus & Bulgarus antiqui Gloſſatores: Deinde eā probarūt Andreas Iſernia in c.1. tit. an agnat' uel filius, n.2. & 3. & plurimi alij poſteū, quos citat Pinellus ad l.1. C. de bonis maternis. ī 3.p. nu.84. & latius Hartmānus Piſtoris q̄onum iuris li.2. c.1. n.1.

Cęterū eādem diuiſioné nō pauci varijs modis reprehēderunt, aliquibus mēbrum illud ex pacto & prouidētia abijciētibus, omniaq; feuda hęreditaria eſſe exiſtimātibus, inter quos Syluanus in conſi.30. nu.12. à quo nō procul abeſt D. meus Cephalus conſ.224. nu.43. alijs cōtra, mēbrū alterū repudiātibus, ex eo quod uerbū *hæres* in materia feudali intelligatur de filijs & deſcendentibus maſculis, inter quos ipſe Piſtorius loco annotato nu.99. & fuit olim opinio Baldi cōtra Iacobum Beluiſium in cap.1. de eo qui ſibi & hæredibus ſuis maſculis. & Baldum ſecutus eſt Decius in conſil. 185. & multi alij à Piſtorio citati nu.43. quibus adde

Andr.

Andr.Geyl.lib.2.obseru.154.nu.22. Cęterū sententiam Iacobi Beluisij multi alij secuti sunt, Alex cons.19.nu.4. & nu.13.lib.5.alios plurimos Pistorius citat nu.44.qua de re in sequenti capite particulatim differemus.

Sed omisso Doctorū catalogo,qui ex Pistorio peti potest. (Actum enim agere nō expedit) diligentius ipse argumenta expendā, & veritati inuestigandæ pro viribus meis viam parare studiosis conabor. Et ne diu suspēsum lectoris animum teneam,existimo,diuisionem illam recipiendam non esse in illis terminis,quos proposui,nempe vt hæ duæ species feudorum,tanquam diuersæ ac differentes statuantur in supra dicto exemplo, vt nimirum dicatur feudum hæreditarium illud, quod alicui cōcessum est pro se & hæredibus, & ab ea specie differat,qua feudum concessum est alicui pro se & liberis,siue descēdentibus,quod doctores vocant ex pacto & prouidētia. Nec iam disputo de nomine,sed de re. Hoc enim volo, atque verum esse contendo,Concessionem factā pro hęredibus, eandem esse cū concessione facta pro liberis, & descendentibus: quo posito,diuisio illa corruit; quia species illius,siue membra,non sunt diuersa, sed eadem.

Hoc autem,quod dixi,verum esse, eo argumento perspicuum est, quòd verbum, *Hæredes*, in feudis significat descendentes & liberos, qui succedunt in feudis, & vocantur hæredes sanguinis à doctoribus nostris. Vide tex. in c.1.§. Et si clientulus, de aliena.feudi,in c.1.tit. Apud quem vel quos controuers.feudi definia.in c.1.de beneficio fratris,in c.1.de eo qui sibi vel hæredib.suis,in c.1.de duob.fratrib.à capi.inuestien.in c.1.§.Similiter,vers.*profecto*,de lege Corradi.in cap.1.§. Hoc quoque,de successֹ. feudi in c.1.§.Præterea, quib.modis feud. amitt.in cap.1. §. Et quia vidimus, de his qui feudū dare possunt. Idem est, & aliquando extra feuda, vt in l. Ex facto.§.vlt.ff.ad Trebell.& l.Si quis Titio.ff.de vsufruct. accrescen.

His textibus probatur,verbum,*hæres*, in feudis significare filium masculum, sed nullum hac de re illustrius testimonium est,quàm tex.in cap.1.§.Et si clientulus,de alien.feudi,cuius verba sic se habent: *Et si clientulus fecerit libellum,vel aliud de medietate feudi,sine domini voluntate, eo mortuo sine legitimo hærede masculo, quod verbum ita intelligendum est in feudo,id est,sine filio masculo,reuertitur feudum ad dominum*. Nec obstat si dicatur hunc textum & alios ferè omnes,loqui, quando fit mētio hæredis masculi:quia illud verbū, *masculus* tacitè intelligit. c.1.§.Similiter.vers. Profecto.de leg.Corradi.ibi. *Suisq; hæredibus,quod intelligi debet de solis masculis,&c.* Quamobrē eius expressio nihil operatur. l.3. de legatis primo.

Respondent contrariæ sententię authores, illud verbum,*Hæres*, ita quidē accipi in iure feudali, sicut probat textibus citatis,sed aliter accipiendū esse, cùm profertur ab homine in concessione ipsa feudali, tunc enim videtur propriè accipiēdum, vt significet successorem & hæredem,non autem filium siue hęredem sanguinis.

Non rectè,primò,quia text.in d.c.1.§.Et si clientulus, de aliena. feudi,loquitur generaliter, & dum dicit illud verbū ita intelligi in feudo, intelligitur generaliter etiā de ipsa feudali concessione, & eodem modo loquuntur multi alij textus,suprà allegati. Deinde,quia si iure feudali hoc verbum, *hæres*, habet hanc significationem, vt intelligatur de hærede sanguinis,id est,filio masculo,etiā ipsa feudalis concessio *pro hærede* ita erit accipienda, vt significet hęredem sanguinis, & filium masculum; quia verba sunt intelligenda secundum subiectam materiam. l. Si vno. ff. locati. l. Si insulam.ff.de præscript.verb.l.Si stipulatus.ff.de vsuris.l.Damni infecti. ff.de damno infecto,c.1.§.Filia verò,de success.feudi.cap.1.§. Quin etiam Episcopum vel Abbatem,&c.

Argumenta in contrarium, pro diuisione, hæc sunt. Primum sumitur ex l. Cum patronus. §. Cùm libertus, iuncta l. Vt iurisiurandi §. Si liberi. ff.de operis libertor. Notant doctores in his locis,differre stipulationem hāc, operas præstari *liberis*, & pręstari *hæredibus*, quia priore

A casu debentur liberis,licet non sint hęredes patris;argumento.l.Quodcunque.45.§. Si quis ita. ff.de verb.oblig. Posteriore non item, sed necesse est, vt sint hęredes,argum.d.§.Cùm libertus.

Respondeo,non,si in alia materia differant hæ stipulationes *pro liberis,& pro hæredibus*,ideirco sequitur, etiā in feudo differre.Hoc est enim quod notanter dicit text. in d.c.1.§. Et si clientulus,de aliena. feudi, *quod verbum* (Hęres) *ita intelligendum est in feudo, id est, sine filio masculo.* Constat autem in feudis ius Cæsareum non seruari, quoties contrarium ipso iure feudali constitutum est, vt in c.1. de cognitione feudi. Cùm itaque iure feudali constitutum sit,vt verbum,*hæredes*,significet descendentem,siue filium masculum, frustrà aliæ leges adferūtur, ad docendum differentiam inter liberos & hæredes.

Secundum argumentum est ex l.5.ff. de relig.& sumpt funer. cuius verba hæc sunt: *Familiaria sepulchra dicuntur, quæ quis sibi familiæq; suæ constituit, hæreditaria autem,quæ quis sibi hæredibusq; suis constituit.* Idem pro-
B batur in l. Ius sepulchri.C.eodem tit.

Respondeo, nihil elegantius proferri posse ad confirmandam hanc diuisionem,ac differentiam inter concessionem factam pro liberis, & concessionem factam pro hæredibus, in alia materia quàm feudali, sed nihil valet hoc argumentum in materia feudali, quia repugnant iura feudalia,quæ concessionem pro hæredibus factam interpretantur pro filijs masculis: quibus feudalibus legibus in materia feudali acquiescendum potius est, quàm legibus Romanorum,& Cęsaris, in alia materia à feudali diuersa loquentibus.

Tertium argumentum est, quoniam in feudis maximè spectandus est tenor concessionis, & ille præferendus est regulis,& naturæ feudorum.c.1.de duob.fratrib. à capitaneo inuestien.ca 1.§.pen.quid sit inuestitu. Ergo licet verbum, *hæres*, secundum regulas feudales significet filium,tamen in concessione ac inuestitura ipsa aliter
C accipiendum erit: quia *Hæres*, significat omnem successorem,& longè differt à *filio*, sicut & diuersitas nominis indicat.l.Si idem.C.de Codicillis.

Responsum est superius,verbum, *hæres*, propriè sumptum, & in alia materia quàm feudali non restringi ad filium, & à filio differre; sed in materia feudali pro filio accipiendum esse: & ideo frustrà natura verbis & iuris communis regulæ adferuntur ea in re, in qua specialem ex iuribus feudalibus interpretationem habemus longè diuersam.

CAPVT IIII.

Quæ sit interpretatio adhibenda in concessione feudi, alicui & hæredibus facta.

D Licet ex his quæ dicta sunt in pręcedēti capite, facilè intelligi posit, quę sit interpretatio adhibenda, cùm feudū cōceditur alicui & hæredibus; iuuat tamen id sigillatim in disceptationem vocare,atq; ex diuersis doctorū sententijs,quid statuendū sit, diligenter expēdere.

Tres sunt doctorū interpretationes, ac sententiæ de hac re. Prima,concessionem feudi, de qua loquimur,ita esse accipiendam,vt feudum dicatur res hęreditaria esse, & in eo hæreditario iure succedatur. Secunda,vt ex hac concessione, ad liberos tantū ac descendētes feudū pertineat,ita tamen,vt sint hæredes,alio autem respectu non censeatur res hæreditaria. Si non fuerint hæredes illius, cui facta est concessio, ad feudum vocatos non videri. Tertia,sensum huius feudalis concessionis eundem esse, ac si liberis & descendentibus concessio facta esset.

Prioris sententiæ authores sunt Iacobus Beluisius in cap.1.an agnatus vel filius, & in cap.1.de eo qui sibi & hæredibus masculis, Andreas Isernia in c.1 an agnatus

vel filius, & in cap. 1 § Hoc quoque, de successio. feudi. Afflict. in d c. 1. an agnat. vel filius, & in d §. Hoc quoque, num. 71. Præpositus in c. Imperialem, col 7. de proh. feudi alien. per Frideric. Alexander in l. quædam. §. Nihil interest, col. 2. vers. Considera tamen. ff. de Eden. & in consi. 13. nu. 5. & in consi. 18. nu. 10. & in consi. 19. per totum ferè, & in consi. 28. nu. 19. lib. 5. Ias ad l. 2. nu. 213. vers. Et quamuis. Baldus. C. de iure emphyr. Curt. iunior de Feudis, in 4 parte, quæst. pen num. 132. & in consi. 1. nu 13. Io. Campegius inter consi. Bruni consi. 11. nu. 8. 9. Loffredus consi. 1. nu. 30. 46. 52. 59. & 132. Parisius cõsi. 1. nu. 5. 6 7 8. lib. 1. & consi. 16. nu 44 & consi. 23. n. 192. eod. lib. Riminald. sen. cõsi. 305. nu. 17. lib. 2. Gratus cõsi. 4 nu. 4c lib. 1. Ioachimus Camerarius ad c. Imperialẽ. §. Præterea ducatus, de prohib. feudi alien. per Frider. alios citat Pistoris quæstionum iuris lib. 1. cap. 1. nu 57.

Fundamentũ huius sententiæ est, in verbo illo, hęres, quod absque dubio significat successorem in vniuersum ius defuncti. l Heres in omne. ff. de acquir. hęred. l. Hæreditas, de reg. iur l. Nihil aliud. ff. de verb. sign. Cùm igitur in feudis inprimis obseruandus sit tenor concessionis & inuestituræ, vt vocant, & quidem posthabita natura successionis, ex regulis feudorum, c. 1. de feudo non habẽte propriam naturam feudi, c. 1. de duob. fratrib. à cap. inuestien. sequitur dicendum, in concessione feudi, alicui & hęredibus facta, interpretationem istam esse adhibendã, vt feudum efficiatur hæreditarium; & tanquam res hęreditaria considerari & iudicari debeat.

Secundæ autem interpretationis ac sententiæ authores fuere Baldus in c. 1. de eo qui sibi & hæred masculis, & in c. 1. an agnatus vel filius. Corneus consi. 309. col. 4. lib. 1. Decius in consi. 185. nu. 5. & 78. nu. 5. & consi. 208. Parisius consi. 23. nu. 175. & 187. lib. 1. & cõsi. 65. nu. 10. lib. 3. Marianus Soc. cõsi. 80. nu. 17. 18. & consi. 112 n. 10. & 14. lib. 2. & consi. 72. n 31. lib. 1. & cõsi. 42. nu. 7 lib. 3. Hippolytus Riminal. in cõs. 18. nu. 60. li. 1. vbi alios citat.

Fundamentũ est, in verbo *Hæres*, & licet intelligatur de filijs masculis, tamen pater censetur eis stipulatus, nõ tanquam filijs, sed tanquam hæredibus; tum quia regulariter stipulatur vnusquisque sibi, suisq; hæredibus. l. Si pactum. ff. de probation. l. Veteris. C. de contrah. & committen stipul. tum quia id importat ipsum verbũ, *Hæres*, vt scilicet filius quidem intelligatur, sed hæres tamẽ esse debeat, alioquin si nõ deberet hæres esse, repudiare posset patris hæreditatem, feudo retento, quod est contra textum in c. 1. An agnatus vel filius Similiter & emphyteusis transit ad filios hæredes tamen patris, §. Emphyteusim, in Auth. De non alienan. reb eccles.

Tertiæ opinionis authores sunt Paulus Castr. in l. Ex facto. §. vlt. circa finẽ. ff. ad Treb. Ias. in l Si non fortẽ. §. Libertus, circa finem. ff. de cõd. indeb. Bossius tit. de Princip. nu. 306 Hippolytus Riminald. consi 18. num. 58. lib 1. Decius consi. 78. & consi. 395. Soc. iun. in consi. 42. nu. 4. lib. 3. Andreas Geyll. lib. 2. obseru. 154. nu. 21.

Fundamentum est illud, quod in præcedenti capite diximus, nempe verbum, *Hæres*, in feudis significare filium & descendentem, atque adeò hæredem sanguinis. c. 1. §. Et si clientulus, de alien feudi, cum alijs suprà in capite præcedenti allegatis. Ergo interpretatio hęc idonea erit, & alijs pręferenda, quæ sumitur ex iuribus feudalibus, vt nimirum concessio hæredibus facta patre stipulante, pro filijs accipienda sit.

Ego hanc postremam sententiam amplector, & verissimam esse non dubito, quia nititur firmissimo fundamento, cui sanè responsum adferri nullum potest. Nam si quis dixerit, textus feudales loqui, quando feudum datur alicui, & filijs masculis. Hæc certè non est idonea responsio, quoniam etiamsi dictum sit de hęredibus simpliciter, tamẽ intelligitur de masculis, cap. 1. §. Similiter. vers. Profectò, de lege Corradi. Vnde ita argumẽtari possumus. Concessio feudi hęredibus facta, intelligitur de hæredibus masculis. Sed hæredes masculi intelliguntur

A filij, vt probant textus feudales, Ergo Cõcessio feudi hæredibus facta, intelligitur de filijs masculis. Hoc fundamentum mihi firmissimum videtur. Contrà, prioris sententiæ fundamentum prorsus infirmum, quia vt maximè verum sit, verbum, *Hæres*, id propriè significare, tamen debet intelligi secundùm materiam subiectã: Materia autem subiecta feudi hoc vult, vt de filio intelligatur Sicut in præcedenti capite latiùs dedoxi.

Fundamentum porrò secundæ opinionis eadem ratione corruit: Et licet stipulatio ad hæredes referẽda sit, tamen in hac specie nostra cautum est, qui veniant sub nomine & appellatione hæredum, nimirum filij masculi: Ideo res est perspicua, neque opus est cõiecturis. Quod verò infertur, si nõ requireretur, vt filij hęredes existãt, eos feudum repudiare posse retẽta patris hæreditate, nõ rectè infertur; quia dum sic interpretamur feudi concessionem hæredibus factam, vt de filijs masculis intelligatur, hoc volumus, vt feudum obtinere possint, licet hære-
B des patris non sint, quia scilicet esse nõ possint hęredes, vel quia ipsi capaces non sint hæreditatis, vel quia nihil sit in hęreditate, puta si parens nil reliquerit aliud pręter feudum, vel si eius bona confiscata sunt, aut similes ob causas. Vtrum autem, si hæredes esse possint, liceat eis hæreditatem patris repudiare, & feudũ retinere, est alia longè diuersa quæstio, quæ proponi potest, etiam in alijs terminis, nempe; etiamsi feudum sit concessum alicui & liberis, vel simpliciter concessum sit, quam in sequenti capite latiùs examinabimus.

CAPVT V.

Quo modo accipiendum, quod dicitur in c. 1. An Agnatus vel filius, filium non posse patris hæreditatem repudiare, & feudum retinere.

C EXtat feudalis constitutio in hæc verba: *Si contigerit vasallum sine omni prole decedere, agnatus, ad quem vniuersa hæreditas pertinet, repudiata hæreditate feudum, si paternũ fuerit, retinere poterit, nec de debito hæreditario aliquid feudi nomine soluere cogitur, sed in fructibus, si quos reliquit, vt de eis debitum soluatur, quo tempore decesserit, secundum quod supra diximus considerabitur. Vbi verò filium reliquit, ipse non potest hæreditatem sine beneficio repudiare; sed aut vtrumque retineat, aut vtrumque repudiet, &c.*

Insignis controuersia est, quomodo hæc regula sit accipienda. Quatuor enim existunt Doctorum sententię. Vna, accipiendam esse de feudo, quod vocatur hæreditarium, cùm scilicet concessum est alicui & hæredib. eius. Altera, accipiendam esse de feudo, quod vocant Doctores ex pacto & prouidentia, veluti cùm alicui feudũ datur, & liberis eius siue descendentibus. Tertia intelligendam esse, cùm quis feudum simpliciter accipit, nulla fa-
D cta filiorum, vel hæredum mentione. Quarta accipiendam esse tam de feudo pro hæredibus concesso, quàm pro filijs, siue descendentibus.

Prioris sententiæ Authores sunt, Baldus, Martinus Laudensis, & Aluarotus in commentarijs eiusdem loci, Iacopinus à S. Georgio in Inuestitura feudali. in verbo, *Et ipsi inuestitus*. nu. 2. Zasi⁹ in Epitome feudor. par. 8. tit. de success. feudor. 4. concl. Salic. in l. 2. C. de libertis & eorum libertis. Imola in c. Ex par. col. 7 vers. 2. casu, de feudis. Paulus Castrensis in l. pro hærede. §. Si quis tamen. ff. de acquir. hæred. Iason in l. Quod dicitur, nu. 33. ff. de verb. oblig. Pincllus ad l. 1. par. 3. num. 85. C. de bon mater. Clarus in §. Feudum, quæst. 76. Corneus consi. 309. lib. 1. Curtius sen. consi. 82. col. 3. Albertus Brunus consi. 80. nu 15 Decius cõsi. 455. nu. 51. Ruinus consi. 17. nu. 4. lib. 2. Parisius consi. 5. nu. 3. lib. 1. Alciatus consi. 189. n. 1. Marianus Socinus iunior consi. 72. nu. 29. lib. 1. Rolandus à Valle cons. 28. lib 4 cõs. 79. nu. 39. lib. 1. & 67. n. 23. lib. 2.

lib.2.alios citat Cacheranus deci.162.Mynsingerus Cẽt. A
3.obseru.67.Andreas Geyll.lib.2.obseru.154.
Fundamentum est, quia feudum hæreditarium, nẽpe
alicui & hæredibus eius datum, videtur sortiri naturam
hæreditatis: sicut ergo nemo potest partẽ hęreditatis adi
re,& partẽ repudiare,l.1. & 2 ff.de acq.hær.ita nõ potest
hęreditatẽ repudiare,& feudũ retinere,quasi feudum sit
pars hęreditatis. Et quãuis rõ ista locũ habeat tam in fi-
lio,quàm etiã in agnato,tamen in agnato aliter est consti
tutum; quia cùm agitur de feudo paterno,agnatus hęres
extitit saltem primi acquirentis,& hoc sufficere videtur.
Secũdæ opinionis Authores sunt perspicuè Andreas
de Isernia in commentarijs eiusdem loci, Afflict. ibid.
nu 1.Couar.lib.2.variar.resol.c.18.nu.4.vers.Secundum
in hac quæstione.Aretinus in l Pro hęrede.§.Quęsitũ ff.
de acq hęred & in cõsi.14.in secundo dubio. Alex.cons.
19.lib.5.Loffredus cõsi.1.nu.52. Antonius ab Alexãdro
inter cõsilia Loffredi cons.52.num.53. Albertus Brunus
cõsi.24.Antonius Rubeus cõsi.18.nu.3. Curt.iun.consi. B
238.nu.18. & cons.155.multos alios allegat Hartmanus
Pistoris,& ipse eandem hanc sentẽtiam secutus quęstio-
num iuris,lib.2.c.2 nu.6.cum pluribus sequentibus.
Fundamentũ est,quia in feudo hęreditario res est per
spicua, filiũ nõ posse retinere feudũ, & patris hęreditatẽ
repudiare;qa feudũ est tũc hẽditatis pars.At in feudo ex
pacto & prouidẽtia opus fuit cõstitutione illa,ne filij pa-
terna hẽditate irreuerẽter repudiata,feuda cõsequerent.
Tertiæ opinionis Authores sunt multi, quos refert &
sequitur Cacheranus d.decis.162. nu.9. Et fundamẽtum
est illud,quia textus simpliciter loquitur de feudo, nullã
faciens mentionem concessionis, vel pro hæredibus,vel
pro liberis factæ, ergo videtur esse intelligendus eodem
modo,id est,generaliter & indistinctè.
Quartæ opinionis Authores sunt, Siluanus consi.30.
Dom.meus Cephalus consi.224.Sonsbechius tract.feu-
dorum,par.9.num.160. Fundamentum est, quia tex.ge-
neraliter & indistinctè loquitur: & ideo videtur acci- C
piendus de omni feudo, siue pro hæredibus, siue pro li-
beris dato & concesso.
Ego sanè in hanc postremam sententiam sum procli-
uior,tertiam tamen etiam approbando: atque ita statuo,
vt siue feudum fuerit simpliciter concessum, siue pro li-
beris,siue pro hęredibus,locum habeat illa cõstitutio;&
moueor eo argumento,quia verba textus nõ distinguũt,
sed simpliciter & generaliter loquũtur,& nulla est ratio,
quæ nos cogat restringere textum ad feudum cõcessum
pro hæredibus,vel concessum pro liberis, vel simpliciter
concessum,nulla liberorum,vel hæredum facta mentio-
ne,quod ita perspicuè demonstro,& planũ facio. Feudũ
simpliciter cõcessum, procul dubio ad liberos transit ma
sculos.cap.1.de success.feudi.c.1.§.1.de his qui feud. dare
poss.Feudum concessum pro hæredibus similiter ad libe
ros trãsit,quia verbum, *Hæres*, intelligitur de filio mascu-
lo,vt in cap.1.§. Et si cliẽtulus, de alienan.feudi,& suprà
dictum est Ianus in ca.3.Feudum concessum pro liberis, D
similiter ad liberos trãsit.Ergo quantum ad hoc, vt libe-
ri masculi succedant in feudo, nullum est discrimen,siue
concedatur simpliciter, siue pro liberis, siue pro hęredi-
bus:quia semper liberi succedũt, & ad liberos transit,&
pro liberis quoq; videtur cõcessum.Hoc cùm ita sit,nul-
la ratio suppetit, cur textum, quẽ in manibus habemus,
ad vnã ex dictis concessionibus restringamus: quia vna
concessio trahit ad se alteram: Et non potest in vno casu
locum habere,quin & in altero locum habeat,vt patet.
Cur autẽ filius non liceat hoc modo paternum feudũ
retinere,& hæreditatem repudiare, agnatis verò liceat,
non facilè caussa inueniri potest. Duarenus in Consuet.
Feud.c.11.nu.9.caussam adscribit pietati,quam filius pa-
renti debet;quasi inhumanum & iniuriæ plenum sit,re-
pudiare eius hæreditatem: Alij alias adferunt caussas.
Mihi probatur,quòd Iacob9 Cuiacius scribit eo in loco:
*Agnatus in feudo tantùm genearchico succedit, nõ in feudo
nouo: & ideo non tam videtur id à defuncto accipere, quàm
à communi parente, puta auo, vel proauo, qui id primus ad-
quisiuit, vt si feudũ adquisierit auus meus, & ab eo in patrẽ
meũ transierit, à patre autẽ obuenerit mihi; me mortuo sine
liberis, in id succedet patruus meus, quasi in feudum patris
sui, non quasi in feudum meũ: & ideo repudiata hæreditate
mea poterit feudum, quasi patris sui feudũ retinere, & debi
tis oneribusue hæreditatis mea non obligabitur. Quin & ip-
se testamento non potero, in fraudem patrui mei illud feudũ
in alium conferre. Filius autem succedit patri, non tantùm
in Genearchico feudo, sed etiam in nouo, & genearchicum,
puta quod descendit ab auo, etiam capere videtur à patre
suo, non ab auo, cùm in eius successione patruo suo præfera-
tur, qui tamen erat proximior auo. Qua de causa non aliter
admittitur in feudum auitum, quàm quasi hæres patris, &
ideo separare bona non potest. Hæreditas enim scindi nõ po-
test. Repudiata igitur hæreditate, non poterit feudum reti-
nere; nisi consentientibus agnatis, &c.* Hactenus Cuiac.

CAPVT VI.

Feudum concessum pro hæredibus quibuscunque, an extendatur ad extraneos hæredes, & fœminas.

FEudum pro hæredibus quibuscunque con-
cessum,restringendum esse ad liberos ma-
sculos, & descendentes legitimos,non au-
tem ad extraneos extendi posse, docuerunt
Baldus in cap.1. §. Donare, qualiter olim
feud.poterat aliena.& ibidem Martinus Laudensis, &
Prępositus Iacopinus à S.Georgio in inuestitura feudali.
in verbo *Quibuscunque*. Zasius in Epitome feud. par.8.
nu.62.Aret.& Socin.in l.Gallus.§.Etiamsi parente.ff.de
lib.& posthum.Alex.in consi.30.num.2. lib.1. Decius in
consi.171.nu.5.6.& 193.nu.5.& 208.nu.2. Corneus cõs.
199.col.vlt.lib.2.Rubeus consi.110.nu.9.Barbatia consi.
63.nu 2.lib.1.Gozadinus consi.26.nu.33.
Fundamentum est,quia verba quantumuis generalia,
debent intelligi secundum materiam subiectam, & ad
habiles restringi,argum.l.2.§ Prætor ait.2.in vers qualis-
cunque, iuncta Glos. in ver. facultatem. ff.qui satisd.co-
gan.l.Tutor.§.Prodigus.ff.de iureiu in c.1.§.vlt.de iure-
iu.in 6.l.Etsi instrumenta,in verb. *Quibuscunque*, & ibi
Glos.parua, quæ dicit, *scilicet idoneis* C.de fide instrum.
l.vt gradatim §.1.ff.de munerib.& hon.
Sed contrarium docuerunt Baldus, sibi non constans
in l.1.q 34.ff.de rer.diui.Alex in l.Si patroni, col.pen. ff.
ad Treb. & in l. Gallus §. Etiam si parente. ff.de lib. &
posth.& in consi.7 nu.6.lib.7.Ias.in pręludijs feudorum,
nu.49 & in l.1.§. Nunciato, nu.6.ff.de ope.no.nunciat.
Clarus § Feudum.q.9.ver.Hoc præmisso dic.And.Geyl,
lib.2.obseru.154.nu.9. alios citat Pistorius quæstionum
iuris lib.2.cap.1.nu.39.
Fundamẽtum est in ipsa verborum generalitate, quæ
absque omni dubitatione vi sua, & propria natura & si-
gnificatione omnes hæredes comprehendit. Nec obstat,
quod responderi solet, restringẽdam esse generalitatem
ad subiectam materiam, & verba generalia restringen-
da esse ad habiles & idoneos, atque ideò ciuiliter acci-
pienda: quia id habere locum potest, quoties generalia
verba à lege proferuntur: tunc enim, ne leges legibus
aduersentur, fit illa interpretatio; secus autem, quoties
ab homine proferuntur; quia nihil impedit quo minus
generaliter accipiantur.
Ego posteriorem hanc sententiã amplector. Est enim
magis communis, & magis conformis verbis contrahen
tium; Et animaduertendum esse puto, id quod dicitur,
generalia verba restringenda esse ad habiles & idoneos,
ad rem propositam non pertinere; quia fœminę & hære
des extranei,sunt quidem regulariter incapaces feudo-

rum,quia feuda ad maſculos & legitimos hæredes tranſeunt;ſed non tamen prohibentur capere feuda,quoties eis ex tenore inueſtituræ & conceſſionis deferuntur, vt patet ex tit. de feudo non habente propriam naturā feudi,& alijs locis. Igitur iam ſola incidit dubitatio,an concedens feudum pro hæredibus quibuſcunque, voluerit etiam ad fœminas,& ad extraneos feudum ipſum tranſire. Et in hac quæſtione voluntatis,nulla maior eſt coniectura,quàm quæ ex verbis deducitur. Siquidem verba indicant animum loquentis.l.Labeo. ff. de ſuppellecti. legatā, *& ſunt eorum, quæ ſunt in anima affectuum notæ*, vt dicebat Ariſt.lib. 1. Periermenias,cap.1.Hæc aūt verba ſm propriam ſignificationem omnem denotāt hæredem,tam maſculum,quàm fœminam, tam legitimum,q̄ extraneum. Ergo non aliter à verbis erit recedendum, q̄ ſi de cōtraria voluntate cōſtiterit.l.Nō aliter. de leg.3.

CAPVT VII.

Quomodo accipienda ſit feudalis conceſſio, pro hæredibus maſculis facta.



Ontrouertitur præterea, cuiuſmodi ſit interpretatio adhibenda, vbi conceſſio & inueſtitura feudalis concepta eſt pro hæredibus maſculis: in qua quidē controuerſia q̄d ſtatuendum ſit, facilè ex ijs, quæ dicta ſunt in c.3.& 4. cognoſci poteſt. Iuuat tamen,quia ſeparatim id diſputari ſolet, eidem caput tribuere ſeparatum. Tres ſunt Doctorum ſniæ. Vna,feudum ita conceſſum, hæreditariū eſſe. Altera,ex pacto & prouidentia eſſe,hoc eſt, videri liberis cōceſſum. Tertia, eſſe mixtū, hoc eſt, partim hr̄ditariū,partim ex pacto & ꝓuidentia,& cōſequēter duo hæc regrere,vt.ſ.quis filius ſit, & ſimul ēt hęres.

Prioris ſniæ Authores ſunt,Andr.Iſern. in c.1. §. Etſi libellus.verſ.Et quid ſi acquiſiuit,de alien.feud.pater.Sigiſmundus Loffredus latè in conſ.1. nu.26. cum multis ſequent. Alciatus in conſ.180.183.160. & 178. num.3. Couuar.lib.2.c.18.Zaſius par.8.nu.6.i Epitome feudor. Burſatus alios citās in conſ.49.nu.41.89.nu.33.& 38. & cōſ 148.nu.10.11.& cōſ.151.nu.44. ſubdēs bis ſm hanc ſniam fuiſſe iudicatum, ſic & conſilium Neapolitanum ſæpe iudicaſſe Vrſillus teſtatur ad Afflictum, deciſ.140. 112.248. Hartmanus Piſtoris multos alios Doctores adducens,quæſtionum iuris,lib.2.cap.3.num.17.

Fundamentū eſt in verbo *Hæres*, quod ſignificat oēm ſucceſſorem.l.Hæredis appellatione.ff. de verbor. ſignificat. & l.ſciendum. ff.eod. Ergo hæredes & ſucceſſores cenſentur vocati; & cōſequenter feudum eſt hæreditarium, atque huc pertinent generalia quædam pronunciata: *Cùm in verbis nulla eſt ambiguitas,non eſt facienda voluntatis quæſtio,&c. Verba ſunt propriè, & in potentiori ſignificatione intelligenda, &c. Vnumquodq́, verbum ita accipiendum, ne fruſtrà videatur adiectum,&c.* Et id genus alia multa, quæ notiſſima ſunt.

Quod ſi quis obijciat, verbum *Hæres*, in feudo accipi pro filio maſculo,cap.1.§.Etſi clientulus. de alien.feudi, & in alijs locis,reſpondent duobus modis. Primò,id locum habere,quando verbum illud *Hæres* ponitur in cōditione,ſicut loquitur tex.in d.§.Etſi clientulus.Nā cùm hæc conditio ponitur, vt ſi vaſallus ſine hærede maſculo deceſſerit, feudum reuertatur ad dominum, illa verba, *ſine hærede*,meritò de filio intelliguntur, quia,ſi de omni hærede accipiantur,conditio illa nunquā exiſteret. Nunquam enim aliquis decedit ſine aliquo hærede, quia fiſcus hæres eſt,nullo alio exiſtente.

Secundò reſpondent,dato quod verbum *hæres*, in feudo ſic eſſet accipiendum, nimirum de filio, hoc tamen etiam requiretur,vt filius ſit hæres, ne fruſtrà illud verbum *Hæres*,adiectum videatur.Hoc enim vult tex.in d. §.Etſi clientulus, verbum *Hæres*, in feudo ſignificare filium maſculum,ad differētiam fœminæ, non tamen ne-
A gat hæredem filium eſſe oportere. Et ideo conſtituendū eſt diſcrimen,vtrum quis feudum acquirat *filijs* vel *hæredibus*, nam priore caſu illud acquirit filijs, vt filijs,poſteriore autem,vt hæredibus.

Secundæ autem ſententiæ Authores ſunt primus omnium Raynerius ciuis meus, in diſputatione,incipiente, quidam habebat duos, prout eum refert Baldus in l.Caius.ff.ſol.matr. Franciſcus Cremenſis ſing.15.Alex.ad l. Gallus. §. Etiamſi parente,col.2.ff.de lib. & poſth. & in conſ.105.nu.7.& 124.lib.4. Iaſon in d.§. Etiamſi parente,nu.22.& in conſ.7.lib.3. Decius in conſ.185. num.3. 395.& 445.nu.8.9.Afflictus in c.v.nu.11.an agnatus,vel filius. Socin.iun.cōſ.72.nu.25.lib.1.& 112. nu.7.8.lib.2. Natta conſ.127.Rubeus conſ.85.Gozadin.conſ.26.Crauetta conſ.197. Bellonus conſ.33. nu.2.Roland à Valle conſ.67.num.22.lib.1.Berous conſ.68.69.lib.1.Pinellus ad l.1.in 3 part.nu 88.& nu.94. C. de bonis mater. Myſingerus Cent. .obſeru.2.vbi dicit: *Iudicium Imperialis*
B *Cameræ hanc ſententiam ſolutum amplecti.*

Fundamentum eſt in c. 1. §. Etſi clientulus. de alien. feudi,& in alijs locis, quibus probatur verbū *Hæres maſculus*,in feudo accipi pro filio,ea loca recenſui ſuprà,c.3. Ergo verba cōceſſionis & inueſtiturę *pro hæredibus maſculis*, ad eundem hunc ſenſum referenda ſunt,quandoquidem eſt ſenſus legitimus,& iure feudali receptus.

Tertiæ opinionis Authores ſunt multi, quos refert & ſequitur Iulius Clarus.§.Feudum.q.9. verſ.quādoque & tertio. Fundamentum verò eſt præclarum,quia illa verba,*pro hæredibus maſculis*,duo ſignificare videntur,nimirum *filios*,& ſimul etiam hęredes. Quatenus filios ſignificant, videtur feudum ex pacto & prouidentia, quatenus hæredes ſignificant, videtur hęreditarium eſſe.

Mihi diligenter hanc rē contemplanti, hoc vr̄ iuri & rationi conſentaneum, vt ſiquidem ſit quęſtio, an feudum, quo de agitur, ſit ex pacto & prouidentia,quantū ad hunc effectum, vt ad illud admitti filius poſſit, etiam hæreditate patris repudiata,nullo modo id concedendū
C ſit; quia filius nō poteſt repudiare patris hęreditatem & feudum retinere, vt in c. 1. an agnatus vel filius.de quo ſuprà,cap.5.diſputatum eſt. Et ſcio multos ex his,qui voluerunt feudum, de quo agitur, ex pacto & prouidentia eſſe,in conſequentiam quoque voluiſſe,filium repudiare hoc in caſu patris hæreditatem poſſe, & feudum retinere; non rectè mea quidem ſententia, vt dixi in d.cap.5.

Cæterū, ſi controuerſia ſit, an iſtud feudum ſit ex pacto & prouidentia,extra dictum effectum, atque in hūc ſenſum, vt quæ ſit natura eius intelligatur,exiſtimo ſententiam Raynerij ciuis mei,veriorem ac probabiliorem eſſe,eo argumento,quod iam ſępius inculcaui,quod verbum *hæres maſculus*, in feudo accipitur pro filio maſculo,vt in d.c.1.§.Etſi clientulus.de alien.feudi.

Non obſtant reſponſiones allatæ. Nam quod primo loco dicitur,id non eſſe ex natura feudi,ſed propter conditionem,ſub qua illa verba ponuntur,id inquam,nullo modo placere poteſt: quia verba textus repugnant. Ait
D enim textus: *quod verbum ita intelligendum eſt in feudo, id eſt, ſine filio maſculo.* Ex quo patet id ex feudi natura, non autem ex vi conditionis adiectæ procedere. Alioqui dicere textus debuiſſet, quod verbum in conditione poſitum,maſculum filium ſignificat.

Quod verò ſecundo loco dicebatur, verbum *Hæres*, intelligi quidem de filio,ſed tamen ſub iſta qualitate, q̄d ſit hęres,non videtur mihi ſatis firmum;quia hoc textus vult,verbum *Hæres*, in feudo filium ſignificare;quod autem filius hęres eſſe debeat, non dicit. Nec noſtrum eſt conijcere, quod textus id tacitè ſupponat, quia nulla ad id dicendum neceſſitas nos cogit. Tranſit enim feudum ad filios, & ij legitimi dicuntur ſucceſſores, quæ cauſſa eſt,cur verbum hęres de filio ſit accipiendum: quia videlicet filius in feudo ſuccedit, atq; adeò hęres dici poteſt. Et quia plerunque filij hęredes eſſe parētum ſolent. Q̄d ſi verbum illud hęres denotaret filiū hęredē, ita ut non

poſſet

possset in feudo succedere, nisi hæres esset patris defun- A cti, scilicet quoad reliquam hæreditatem, potuisset id facilè author in textibus feudorum exprimere ac declarare. Quod tamen nullibi expressum est. Maneat igit hæc snia, vt mihi videtur, iuri magis consentanea & rationi.

CAPVT VIII.

Possitne pater alienare feudum nouum in præiudicium liberorum.

VTrum Pater feudum vni ex liberis prælegare possit, (quæ grauis est controuersia) explicaui lib 6. cap. 62. in 2. par. Controuersiarum iuris, omisiq; Menochium in consi: 162. lib. 2. & Pistorium lib. 2. quæst. iuris, cap. 4. Nunc diligenter tractãda alia controuersia est, oon procul tamen ab ea distans, vtrum pater, cum consensu domini, inter viuos alienare possit feudum nouum in præiudicium liberorum suorũ, B ad quos post eius mortem peruenire debet. Affirmant Andreas Isernia in cap. 1. §. Etsi libellus, de alien. feudi pater. nu. 9. & 10. Afflictus in c. Imperialem, in princ. nu. 75. de prohib. feudi alienation. per Fridericum, decis. 112. nu. 6. & decis. 138. ou. 5. & decis. 248. nu. 1. Loffredus consi. 1. nu. 163. & in consi. 8. nu. 23. & in consi. 52. nu. 1. Zasius in Epitome par. 9. num. 30. Clarus. §. Feudum, quæst. 41. vers. Et hęc quidem, circa finem. Pinellus ad l. 1. in 3. par. nu. 98. C. de bonis mater. Alciatus in cõs. 160. nu. 25. Dominus meus Cephalus in consi. 12. num. 16. & 486. nu. 35. & 608. nu. 33. lib. 4. Natta consi. 475. lib. 2. & 501. lib. 3. & 644. nu. 4. lib. 4. Pistorius multos alios adducens lib. 2. quæstionum iuris, cap. 4. nu. 23.

Argumenta sunt ista. Primum, quia nihil est tam conueniens naturali æquitati, quàm volũtatem domini volentis rem suam in alium transferri, ratam haberi, vt ait Iurisconf. in l. Qua ratione. §. Hę quoque. ff. de acq rer. C dom. neque interdicenda est ingenuis hominibus libera rerum suarum administratio. l. 2. ff. Si à parente quis fuerit manu. Ergo pater feudum acquisitum, tanquam suum effectum, alienare accedente domini consensu poterit.

Secundũ, quia iura feudalia statuentia feudi alienationem successoribus non præiudicare, loquuntur de feudo paterno, siue antiquo, vt in cap. 1. de alien. feudi pater. & alibi, ex quo indicari videtur, in feudo nouo aliter esse respondendum, scilicet alienationem permissam videri.

Tertium argumentum. Omnes res per eas causas resoluuntur per quas nascuntur. §. vlt. in Instit. quib. mod. toll. oblig. l. Nihil tam naturale. de reg. iur. Ergo is qui feudum acquisiuit, cum consensu domini sui, à quo feudum habuit, potest feudum ipsum alienare, & de eo disponere pro suo arbitrio & voluntate, quia feudum ex ipso productum fuit & requisitum.

Quartum argumentum. Feudum datum alicui & filijs, intelligitur datum & concessum ordine successiuo, D vt scilicet primo pater illud consequatur, & post mortẽ patris liberi: Et consequenter pater sic feudum acquirẽs, videtur quodammodo illud filijs, mortis causa donare. Donatio autem mortis causa reuocari potest ex pœnitẽtia donatoris. Igitur pater alienando ipsum feudum, & illud in alios transferendo, videtur donationem causa mortis reuocare, atque adeò prioris voluntatis pœnitere, quod ei licet.

Quintum. Ius in spe quæsitum alteri, facto & opera alterius auferri potest ex facto eiusdem, qui fuit causa, vt acquireretur, argum. l. 3. ff. de seruis expor. & l. 1. C. si mancipium ita fuerit alien. Ergo pater qui fuit causa, vt filijs feudum in spe acquiratur, post mortem eius, poterit viuens illud filijs suis auferre, & alienare feudum in eorum pręiudicium.

Sextum argumentũ sumitur ex eo, qđ de operis libertorũ constitutũ est; vt pater qui operas sibi & filijs stipulat, possit eas vni ex filijs assignare. l. 1. ff. de assig. liberto.

A Septimum ex eo sumitur, quòd cùm pater sibi ac liberis suis feudum stipulatur, videtur filijs donare: & hæc donatio profectitia reuocari potest à patre, tam expresfè quàm tacitè. l. 2. C. de Inoffic. dona. l. Filiæ. C. fam. hercisc. Videtur autem tacitè reuocare alienando feudum, vt patet.

Octauum argumentum est, quia pater delinquendo, filijs suis in feudo præiudicat, cap. Si vasallus, si de feudo fuerit controuers. c. 1. Si vasallus feudo priuetur. Ergo etiam contrahendo, & alienando præiudicare poterit, argumento sumpto ex delictis ad Contractus, de quo per Euerardum in locis legalibus.

Nonum est, quia feudum videtur potius principaliter concessum patris contemplatione, quàm filiorum, ergo ille tanquam principalis dominus poterit illud alienare in præiudicium filiorum.

Decimum sumi potest ex l. Ea quæ à patre. C. de restit. milit. vbi dicitur, non decere, ea quæ à patre gerũtur, B in irritum à filijs reuocari.

Vndecimum, quia hæres tenetur præstare factum defuncti, l. Ex qua persona, de reg. iur. l. Cùm à matre. C. de rei vend. Filius autem videtur esse patris hæres in feudis, & ideo plerunque filius appellatur hæres, vt in c. 1 §. Hoc quoque, de succes. feudi. c. 1. §. Et si clientulus, de alien. feud. c. 1. §. Si verò vel totum, qualiter olim feudũ pote. alien. cap. 1. §. His verò, de gradib. succeden. in feu. c. 1. de lege Corradi, & alibi.

Duodecimũ argumẽtum est, quia nunquã in iure feudali fit mentio filij reuocantis alienationem feudi à patre factam, sed semper fit mentio agnati, cap. 1. de alien. feud. pater. c. 1. §. E contrario, de inuestit. de re alien fa. c. 1. § Sed etiam res, per quos fiat inuest. & alibi. Ex quo argumentum sumi potest, filium reuocare nõ posse eiusmodi alienationem, sed agnatum duntaxat.

Contrariam sententiam amplexi sunt multi, vt videre licet ex Siluano in cõsi. 15. nu. 40. Alex. in cõsi. 106. lib. 4. C Soc. iun. in consi. 103. nu. 30. lib. 2. & hanc tuentur Duarenus in consuet. feud. cap. 12. num. 17. & Sonsbecius in tract. feudali. par. 13. nu. 100. vers. Tertia conclusio erit, alios commemorat Pistorius loco proximè citato, nu. 6. quorum tamen multi specialiter loquuntur de legam, quod videlicet pater vni ex filijs prælegare feudũ possit: & ad hoc confirmandum pertinent quoque nõnulla ex argumentis à Pistorio relatis.

Fundamentum est, primò in c. 1. §. Et si clientulus, de alien. feudi, in c. 1. vers. Si autẽ dissentiente, qualiter olim feudum poterat alien. in c. 1. §. Rursus, quib mod. feud. amitta. in c. 1. §. Si aliquis, apud quem vel quos. cap. 1. §. Præterea, quib. mod. feud. amitta. In istis locis hoc probatur: si vasallus feudi partẽ alienauerit, absque domini consensu, & mortuus fuerit absque hæredibus masculis, feudum ad dominum reuerti. Ex hoc autem argumentũ sumitur, filijs masculis existentibus, feudum non ad dominum, sed ad filios pertinere; consequenter probatur, D alienari feudum non posse in præiudicium filiorũ, quin ij vẽdicare illud possunt, atque alienationem ad irritum perducere: Et licet postea prohibita fuerit alienatio feudi, absque conseosu domini, vt in c. Imperialem, de prohib. feudi alien per Frider. tamen in cæteris ius antiquũ incorrectum mansit; ex quo filijs datur potestas feudũ vendicandi alienatione rescissa.

Secundò, fundamentum est, quia si pater filijs stipulatus sit feudum, illud acquiritur filio, licet hæres patris non sit. l. Quodcunque. §. Si quis ita. ff. de verb. oblig. Ergo pater non potest illud ius eis auferre, argum. l. Si cùm dotem. §. Si pater. §. Eo autem tempore. ff. sol. matrim. Id quod nostrum, de reg. iur. l. vlt. ff. de pactis. l. Vero procuratori. vers Alia est causa. ff. de solut. ibi: *Quia certam cõditionem habuit stipulatio, quam mutare non potuit stipulator*. l. Aliud eod. tit. l. Si post mortem. §. vlt. ff. de bonorum possess. contra tab.

Ad istam controuersiam dirimendam non desunt, qui

Mm 3 distin-

distinguendum putauerint inter feuda hæreditaria, & A
ex pacto & prouidentia, vt patet ex Pistorio, loco proximè citato. nu. 43. Sed illa distinctione valere missa, aduersus quam suprà cap. 3. nominatim disputatum est, magis mihi probatur eorum sententia, qui putant licere patri feudum alienare, in præiudicium etiam filiorum. Et moueor potissimùm hoc argumẽto, quia filij plerunque sunt hæredes patris, vt notum est, & consequenter factũ eius impugnare non possunt. l. Cum à matre. C. de rei vend. l. Ex qua persona. de reg. iuris. Et in feudis vsque adeò hæredes patri filios existere perspicuũ est, vt hæredis appellatio ipsos filios masculos duntaxat complectatur, cap. 1. §. Et si clientulus. de alien. feud. & alibi. Nec possint filij patris hæreditatem repudiare, & feudum retinere, vt in cap. 1. An agnatus vel filius. Sed & abstrahendo hanc disputationem ab ea hypothesi, in qua filius hæres est, existimo nihilominus idem respondendum esse; quia cùm pater stipulatur, & acquirit sibi feudum, & liberis suis, ita prius ac principaliter sibi illud stipulari, & acquirere B
intelligitur, vt possit de eo pro suæ arbitrio voluntatis disponere, atque adeò illud alienare. Id confirmo hoc argumento. Nam quilibet non solùm sibi, etiam hæredibus suis stipulari intelligitur. l. Veteris. C. de contrah. & committ. stipul. l. Si pactum. ff. de probat. Et tamen nemo dixerit patrem disponere non posse, alienare & vendere rem, quam sibi & suis hæredibus acquisiuit. Filij enim viuente patre nullum ius habent. Eadem ratio est in hac stipulatione, per quam filij post mortem patris ad feudũ inuitantur; quia id non impedit patrem, quo minus de feudo sibi principaliter acquisito, cum consensu domini disponere illud alienando possit: nisi à domino feudum æquè principaliter filijs donatum esset, fortè propter eorum merita, eorumque speciali contemplatione, tunc enim aliter esset respondendum.

Et ideo illud argumentum quod pro contraria sententia adfertur, non licere parentibus ius filiorum auferre, & illis præiudicare, locum habere potest in ea specie, qua C
filijs æquè principaliter feudum est concessum; & eorum ipsorum contemplatione & meritis. Cæterùm si patri principaliter concessum sit, & ipse stipulando etiam filijs suis (vt plerunque fit) cauere voluerit, aut pater feudum emerit, non præstat aliquod impedimentum alienationi patris inter viuos, ipsorum filiorum præiudiciũ, ac ius post patris mortem cõpetens; quia patris ius, quod est principale, illud absorbet, & extinguit.

Ad textus iuris feudalis allegatos, ad probãdum filios post mortem patris ius habere in feudo alienato, respondeo, id non dicere. Non obstat si dicatur eos à contrario sensu hoc velle, quatenus scilicet dicunt, feudum ad dominum reuerti, si hæredes, id est, filij non extiterint, quia non rectè hoc infertur. Etsi enim feudum ad dominum non reuertatur eo in casu, quo filij extant, non tamen efficitur, ipsos filios alienationem reuocare, & feudum vindicare posse. Tunc enim dominum impediunt quidem, D
ne feudum consequatur, tanquam eo potiores, eique meritò præferendi, veruntamen ipsi feudum vendicare non possunt à patre alienatum. Simile exemplum est, cùm agnatus alienationi feudi consentit; tunc enim possessore defuncto feudum vendicare non potest. cap. 1. §. Præterea si ille. quib. mod. feud. amittatur, sed domino tamen obstat, quo minus feudum consequatur vasallo defuncto. Neque enim viuente agnato feudum domino aperitur. Ita igitur & in specie nostra, viuentibus filijs, domino feudum aperiri non potest, sed ea res non facit, vt filij vendicare feudum à parente alienatum possint.

CAPVT IX.

Quomodo accipiendum sit quod dicitur in cap. 1. §. Titius. si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agna. vasalli.

IN titulo, si de feudo defuncti controuers. sit inter dom. & agnatos vasalli, ita scriptũ est: *Titius filios masculos non habens partem suã feudi Seio, partem eiusdem feudi possidenti agnato suo concessit. Sempronius proximior agnatus mortuo demùm Titio partem illius feudi nullo dato precio recuperare potest. Quod si Titius filios proprios haberet, precio reddito etiam viuo Titio. Quod si consensit alienationi, vel per annum ex quo sciuit, tacuit, omnino remouebitur.*

Magna profectò controuersia est de vera huius loci interpretatione & sententia. Nullum me operæprecium factutum putaui, si huc adferrem omnes doctorum virorum interpretationes ac sententias, & confutatis alijs, eam confirmarem, quę mihi probabilior videretur; nam Pistorius id egit accuratè. Ne tamẽ in tam graui disputatione studium desideretur meum, breuiter & perspicuè, quæ mihi videatur sententia huius loci aperiam, & mox causas indicabo, cur cæteras opiniones repudiauerim. Ordinem hac in re, & lucem ex me lector habebit, ego ex alijs verum sensum mutuatus sum.

Sententia igitur huius loci facti specie proposita statim elucebit. Meuius feudum habens mortuus est duobus filijs relictis, Caio, & Seio: quorum alter, nempe Caius, feudum paternum cũ fratre diuisit: deinde mortuus est relictis duobus filijs, Sẽpronio & Titio, ad quos pars feudi auiti peruenit, quam scilicet Caius pater eorum ex diuisione accepit. Hæc pars feudi ex diuisione facta inter ipsos Titium & Semproniũ Titio obuenit. Hic nullos habens liberos, eam concessit Seio agnato remotiori, possidenti aliam partem eiusdem feudi. Poterit Sempronius, qui est proximior agnatus Titij, (est enim frater eius) mortuo Titio, partem illius feudi recuperare etiam nullo precio dato. Quod si Titius filios proprios haberet, eo etiam adhuc viuente, precio reddito partem feudi prædictam recuperare potest, nisi alienationi à Titio factæ in remotiorem agnatum consenserit, vel per annum, ex quo alienationem factam sciuit, tacuerit.

Hæc igitur ita ordine sunt notãda. Primùm, agnatum proximiorem reuocare posse feudum alienatum mortuo agnato, qui illud alienauit, etiã nullo precio reddito. Ratio est, quia proximiori agnato ius competit in feudo, ex antiquis concessionibus; quòd per alienationem factam ei auferri non potuit. Quapropter precium non restituit, cum suo iure feudum vindicet, ad quod vocatus est ex antiquis inuestituris & concessionibus.

Secundò notandum, eundem agnatum proximiorem viuente agnato, qui alienauit feudum, illud recuperare posse restituto precio. Ratio est, quia iure prothimiseos siue retractus id facit, & ideo precium restituere debet. Ponitur autem casus quando Titius, qui alienauit feudũ, filios habet, quia si filios non haberet, non est verisimile proximiorem hunc agnatum feudum recuperaturum (licet possit) iure retractus, sed potius expectaturum mortẽ Titij, qui alienauit, quo tẽpore nullo precio restituto fundum recuperare posset. Et rursus ibi notandum est, agnatum proximiorem habere ius retractus, & redimẽdi feudum etiã existentibus filijs agnati, qui alienauit. Ex quo patet filios reuocare non posse alienationem à patre factam, feudum ipsum iure retractus redimendo, qua de re nominatim differetur infra, cap. 20.

Tertiò notandũ, ius prothimiseos siue retractus agnato proximiori non competere, quoties alienationi factæ consensit, vel lapsus est annus intra quem tacuit, & feudum precio restituto recuperare neglexit. Iustum enim

est,

est, & moribus consentaneum, vt certum aliquod tẽpus iuri prothimiseos constitutum sit.

Hæc interpretatio mihi certissima videtur, verbis textus consentanea, rationi conueniens, & nullam continens absurditatem, ideo eam amplector & sequor.

Contrà, aliæ interpretationes videntur mihi incongruæ, & nullius momenti. Prima est, Titium partem feudi vendidisse Seio extraneo, partem agnato remotiori, ita Baldus, Beluisius, Andr. Isern. Aluarotus & multi alij. Non rectè, quia textus ita dicit: *Titius filios masculos non habens, partem suam feudi Seio partem eiusdem feudi possidenti, agnato suo concessit.* Sensus est, Titium vendidisse suam partem feudi Seio agnato suo possidenti partem eiusdem feudi. Etenim ex verbis illis, *partem suam*, apparet, Titium nõ habuisse totum feudum, sed partem duntaxat: & verba illa, *partem eiusdem feudi possidenti*, referenda sunt ad Seium, hoc est, Seio vendidit agnato suo possidenti partem eiusdem feudi: erat enim Seius agnatus remotior, & possidebat partem eiusdem feudi.

Secunda est interpretatio Iacobi Cuiacij: *Titius filiũ masculum non habens, partem feudi paterni vendidit Seio agnato suo, qui & eam possidet modò, non tamen proximiori agnato.* Non rectè, quia non dicit textus, Seium possedisse post concessionem factam, eam partem, quam Titius illi concessit, sed loquitur de alia parte, quam possidebat ipse Seius, eo tempore, quo Titius eidem suam partem concessit: Sic enim ait: *Titius partem suam feudi Seio partem eiusdem feudi possidenti agnato suo concessit.*

Tertiò, multi existimarunt, hunc esse sensum huius textus, agnatos reuocare posse alienationem post mortẽ Titij nullo precio restituto, filios autem Titij reuocare posse etiam Titio viuente, sed precio tamen restituto, ita post alios Zasius, parte 9. nu. 30. vers. Septimo principaliter. Pinellus ad l. 1. 3. parte, nu. 95. C. de bonis mater.

Non rectè, mea quidem sententia, & multorum aliorum, quia de reuocatione duntaxat agnati ibi agitur, non autem filiorum, nec aliter intelligi, salua ratione recti sermonis, potest, & ita rectè illum textum acceperunt Albertus Brunus consil. 80. Hieron. Schurff. inter consilia feudalia, cons. 123. Eguinarius Baro, Cuiacius & H. in commentarijs dicti loci, Pistorius d. q. 5. nu. 10.

Quartò, Iacobus Cuiacius legit aliter hunc textum, nempe, *quod si Titius filium haberet*, malè & contra omnium exemplarium fidem.

Postremò, multi ita vltima verba textus accipiunt, vt sententiam hanc inducant, agnatum reuocare non posse feudi alienationem, siue post mortem alienantis, nullo restituto precio, siue eo viuente, precio restituto, quoties vel alienationi consensit, vel annus lapsus est. Nõ rectè, quia illa exceptio refertur ad vltimum duntaxat casum, quo scilicet iure prothimiseos seu retractus alienatio reuocatur, & sensus est, agnatum proximiorem excludi si consensum præstiterit, vel per annum tacuerit. Ita interpetanda sunt illa vltima verba, propter duas causas. Altera est, quia tempus certum præfigitur, cùm agitur de retractu, & iure ipso prothimiseos, vt notum est, vt habetur in cap. 1. §. Sed etiam res, per quos fiat inuestit. & in c. 1. §. Porro. Qualiter olim feudum poterat aliena. Qđ autem præfigatur certum tempus ad reuocandum alienationem, cum Iure suo post mortem alienãtis agnatus proximior eam reuocat, nullo precio constituto, nec iuri satis consentaneum, nec rationi videtur, quia agnato tũc ius competit ex antiquis inuestituris, ideo non est iuris regulis consonum, vt ad tempus anni restringatur, & eo elapso expiret: etenim ad tollendam temporis præscriptione actionem 30. anni requiruntur. l. Sicut. l. Omnes. C. de præscript. longiss. tempor. & ad inducendam vsucapionem notum est decem annos requiri inter præsentes, & viginti inter absentes, ex Instit. de Vsucap. Altera est ratio, quia si exceptio illa referenda esset ad eam alienationis reuocationem, quæ fit post alienantis mortem nullo precio restituto, & annus esset præscriptus ad huiusmodi reuocandam alienationem, aut incipere deberet ex die alienationis factæ, data scilicet scientia agnati proximioris, & id iniquum esset, & contra iuris regulas. Cur enim tp̃s curreret in præiudicium agnati, qui viuente agnato, qui alienauit feudi alienationem reuocare nõ potest? Certè nõ valenti agere, præscriptio tp̃is non currit. l. 1. §. vlt. C. de annali except. & cur agnati ius ad tp̃s vnius anni concluderetur, quod ei competit ex antiquis inuestituris, nec nisi lapsu 30. annorũ perimitur vt dixi: Aut annus incipere deberet post mortẽ agnati, qui alienauit feudum; & hoc similiter iniquum esset ex ratione proximè allata: & par erat, vt in textu id exprimeretur, agnatũ. s. excludi, si per annũ tacuerit ẽt post mortẽ agnati, qui feudũ alienauit, at nõ hoc ibi dr̃, sed simpliciter ait textus, *si per annum ex quo sciuit tacuit, remouebitur*, qđ proinde referendum est ad ius retractus, vt dictum est.

CAPVT X.

Possitne agnatus feudum antiquum alienare agnato remotiori, in præiudicium proximioris.



X vera interpretatione textus in c. Titius, si de feudo fuerit contentio inter dom. & agnatos vasalli, secundùm ea, quæ in capite præcedenti disputata sunt, perspicuum euadit, agnatum proximiorem posse reuocare alienationem feudi in remotiorem factam, s. post mortem agnati, qui alienauit nullo restituto precio, vt ibi clarè dicitur; & ita rectè docuerunt Andr. Iser. Bald Aluarotus, Martinus Lauden. Præpositus, & Afflictus in d. cap. Titius. Bald. in cons. 16. lib. 1. Romanus cons. 22. in fine multos alios citat Siluanus latè disputans in cons. 15. nu. 31. & post eum Pistorius quæstionum iuris, lib. 2. parte 1. cap. 6. post num. 20.

Cæterùm contrariũ r̃ndisse Collegium Mediolanense, Bartholomæum Salicetum, & Christophorum Castilioneum, testantur Martinus Laudensis, & Præpositus in d. cap. Titius. eandem sñiam nonnulli alij sequuntur à Siluano relati d. cons. 15. nu. 30. vers. Sextodecimo. & post alios ita r̃ndit D. meus Cephalus in cons 307. lib. 3.

Operæ precium igitur erit, argumenta eorũ sigillatim refellere, vt eò magis confirmetur supradicta sententia, quam nos absq; vlla prorsus hæsitatione amplectimur.

Primum argm̃ sumitur ex c. 1. de alienatione feudi, circa finẽ, in illis verbis: *Si verò cum domini voluntate totum, vel medium alienauerit, stabilis permaneat alienatio: Fratri verò, vel nepoti per libellum facta alienatio, etiam sine voluntate domini.* Ex his verbis apparet, alienationẽ factam stabilem remanere, atque adeò reuocari nõ posse, siue in proximiorem agnatum facta sit, qualis est *frater*, siue in remotiorem, qualis est *nepos* ex fratre.

Respondeo, illa verba ita esse accipienda, vt tunc demùm nepoti ex fratre liceat alienare feudum, vel refutare, cùm frater, qui proximior est, non extat, non autem si frater extiterit; non enim requiritur, vtrumque superstitem esse. Sic in c. 1. de success. feudi, dicit textus, Filius, vel nepotes ex filio succedere loco sui patris, quod tamẽ intelligitur, quando filius non superest, si enim supersit filius, & ex eo nepos, non admittitur nepos, sed solus filius, tanquam proximior, quæ responsio est Pistorij.

Secundum argm̃ sumitur ex c. 1. §. Sed etiam res. per quas fiat inuestitura, in illis verbis, *nisi tibi, vel alij proximiori, pro æquali precio accipere volenti, &c.* Vr̃ enim ex his verbis colligi, alienationẽ fieri posse tam proximiori, quàm remotiori: Etenim illa verba, *vel alij proximiori* indicant alium, cuius fit mentio, esse remotiorem, vel si ille est proximior, alius erit necessariò remotior.

Respondeo, omissis aliorum r̃nsionibus, hanc esse sententiam dictorum verborum, sicuti ex præcedentibus verbis patet, rem quæ alienari non potest, nec in feudum dari posse: excepto vno casu, cùm videlicet duo extant fratres, & ad alterum eorum res ex cõi parente peruenerit: illa

rit:illa potest in feudum dari,nisi fiat in fraudẽ legis,&c. Eadem tamen res vendi non potest extero,sed fratri,aut alteri qui secundum fratrem sit proximior,si fortè fratre emere recusante alter qui post fratrẽ est proximior, pro æquali precio accipere voluerit. Non potest autẽ talis res extero vendi,quia agnato proximiori eã retrahere & reuocare concedebatur, secundum antiquam consuetudinem.Quo ita posito,apparet, textum illum ad quæstionẽ nostram non pertinere;neq; enim ex eo infertur,alienari posse feudum ab agnato, in remotiorem agnatum ad exclusionem proximioris agnati: quoniam,vt iam patet, alius est sensus illorũ verborũ,*Vel alij proximiori*.Hũc autem esse verũ sensum,patet ex ipsis verbis præcedẽtibus quæ sic se habẽt: *Sed etiam res,cuius alienatio prohibetur, nec per beneficium dari cõceditur, nisi in casu,vt ecce,si quis, ex agnatis suis rem, quæ à communi parente per successionẽ ad eum peruenerit,alienare voluerit,nõ permittitur ei; etiã secundùm antiquam consuetudinem alij eam vendere,nisi tibi,vel alij proximiori,pro æquali precio accipere volenti.Per feudum tamen cuilibet dare potest,nisi fiat in fraudem,&c.*

Tertium argumentum est ex c. 1 §. & licet.de alienatione feudi paterni, verba hæc sunt: *Alienatio feudi paterni non valet,etiam domini voluntate,nisi agnatis consentientibus, ad quos beneficium quandoq; sit reuersurum*. Et paulò pòst: *Et licet prohibeatur beneficij alienatio inter agnatos, tamen si paternum fuit,concederetur.*

Respondeo,textum hoc non velle,feudum antiquum alienari posse in agnatũ remotiorem, cũ præiudicio propinquioris: hoc,inquam,nõ dicit,sed alienationem inter agnatos concessam esse, licet aliàs sit prohibita sine consensu domini: neq; enim postrema verba,ita sunt ad præcedentia referenda,vt repetant omnia,quæ in præcedentibus cõtinentur,quasi sit sensus, feudũ alienari nõ posse etiam domino cõsentiente, sine consensu agnatorũ proximiorum, nisi alienatio inter agnatos etiã fiat,quasi tũc necessarius non sit,nec domini,nec agnatorũ consensus. Hæc,inquam,interpretatio locũ habere non potest,quia etsi alienatio facta sine cõsensu agnatorum,ad quos feudum reuersurum est, reuocari possit, tamen non dicitur esse prohibita,imò valet,sed tamen reuocari potest. Cæterùm, si absque domini consensu fiat,illa prohibita esse dicitur, sed inter agnatos tamen concessa est,vt habetur in textu,cuius hæc est sententia vera,ac genuinus sensus.

Quartum argumentum est. Nam res alienari prohibita fauore personarum,ad quas est reuersura,ex voluntate testatoris non potest in earum præiudicium alienari,nisi eis cõsentientibus.l.Quoties. C.de fideicommiss. Potest tamen vni ex illis concedi,& alienari,etiam cæteris non consentientibus.l.Pater.§.Quindecim.de leg.3.l.Voluntas.C.de fideicommiss.

Respondeo,hæc esse dissimilia, quia in vltimis voluntatibus omnia pendent ex volũtate testatoris: Voluntas autem testatoris est, vt non extra familiã res alienetur; quare si fiat alienatio vni ex familia, meritò illa valet,& D subsistit,quia voluntati testatoris nõ repugnat. Alia ratio est in feudis,in quibus proximioribus agnatis ius cõpetit ex antiquis inuestituris, quod per alienationẽ auferri nõ potest sine eorum cõsensu.l.Id quod nostrũ. de reg.iuris.

Cætera argumenta leuissima sunt,& refutantur à Siluano in dict.cons. 15. ego actum nõ agam, nec vbi non expedit,tempus teram inutiliter.

CAPVT XI.

Quanto temporis spacio tollatur ius reuocandi alienationem feudi, competens agnatis proximioribus.


Onueniunt in hanc sententiã interpretes omnes, vt si feudi antiqui alienatio facta sit extraneo, tunc ad eam reuocandam post mortẽ ipsius alienantis agnatis proximioribus triginta anni concedantur: quæ communis sententia regulis A iuris omnino est consentanea, quibus cõstitutum est,ad tollendam actionem temporis præscriptione requiri annos triginta l.omnes. l. sicut. C.de præscript. 30. vel 40. annor Quare cùm agnatis actio competat ex iure descendente,ex antiquis inuestituris & concessionibus, quibus ipsi ad feudum sunt vocati, meritò non nisi triginta annorum præscriptione excludi poterunt.

Cæterùm,si non extraneo, sed agnato remotiori facta sit alienatio,in aliam sententiam abierunt, etenim anni duntaxat spatium ad eam reuocandam concedi existimarunt,decepti vltimis verbis c.1.§.Titius. Si de feudo defuncti cõtentio sit inter dom.& agnatos vasalli;Ea enim verba referenda esse putarunt tam ad proximum casum, quo de feudo redimẽdo agitur precio reddito ex iure retractus,quàm ad alterũ casum, quo de reuocatione alienationis factæ post mortem alienãtis agitur ex iure ipsis agnatis competente. Non rectè, quia verba illa vltima d. §.Titius.referri non possunt salua iuris ratione & æquitate B ad alterum illum casum, vti etiam supra c.9. circa finẽ latiùs deduxi.Iniquum enim est anni spacio actionẽ concludere agnatis competentem ad reuocãdam alienationem feudi:illam,inquã,actionem, quam ipsi habẽt agnati ex antiquis concessionibus,ac inuestituris:cui adstipulantur,& concedentis domini volũtas,& Primorum acquirentium & stipulantium consensus, legumq; feudalium præcepta. Non illam,quæ agnatis datur ex iure retractus:illa enim meritò anni spacio restringitur,cùm iuris regulis aduersetur.l.Dudum.C.de contrah.empti.

Illud parum mouet, quod adferri solet ad eam sententiam iuuandam; anni spatium constitutum esse ad petendum inuestituram.c.1.quo tempo. miles. c.1. quæ fuerit prima caus.benefic.amitten. Ergo nil mirum,si & annus hic sit constitutus. Nam vt maximè id æquum sit, in vasallo feudum possidẽte, vt tanquã nouus vasallus quamprimum domino suo fidelitatem iuret,& ab eo inuestituram capiat,eumq; in dominum agnoscat, ac reuereatur, C seque eius vasallum profiteatur,cùm feudum teneat & possideat. Certè nulla est ratio,actionem agnatorum intra tam modicum tempus concludendi: cùm ij feudum alienatum & penes emptorem existens, vel penes alios, ad quos peruenit, non possideant: & ad illud vendicandum triginta annos ex iuris regulis obtineant: Quemadmodum neque tempus ad inuestituram petendam anni spacio terminatur, quoties vasallus feudum nõ possidet, sicuti tradunt omnes in cap. 1.de capitulis Corradi, & in c.1.quæ fuerit prima caussa benefic.amitten.

Denique aduersus alios hanc sententiam optimè tuetur Pistorius q 8. lib. 2. quæst.iuris, quem sequor in hac parte rectè monentem.

CAPVT XII.

An si proximior agnatus feudum alienatum spatio 30. annorum reuocare neglexerit,eiusdem feudi possessor tutus sit præscriptione aduersus alios agnatos, qui post illius mortem sunt gradu proximiores.


Vnc congrediar in hanc aciem cum Pinello acutissimo sanè Iurisconsulto, arma mihi suppeditante Hartmano Pistoris, qui licet rem feliciter confecerit,reliquit tamen alijs locum, huius disputationis illustrandæ magis,magisq; exornandæ.Communis est sentẽtia Doctorum,cui & ipse calculum præbeo. Si proximior agnatus viuens intra annos 30.feudum alienatũ reuocare & vendicare neglexerit, post illius mortem,agnato,qui secundùm eum proximior est, licere feudum vendicare,neq; præscriptionis exceptione repelli posse. Ita docent Isernia,Aluarotus,Præpositus, & Afflictus in c.1.§.Quid ergo, de inuestitura de re aliena facta, Paulus Castrensis

cons.

consf.44.ad finem,lib.2.Iason consf.7.col.pen.libro 3.Decius consf.208.nu.9. & 445. nu.47. Parisius consf.23.nu. 119.lib.1.Crauetta consf.67. nu.9. Natta consf.437.nu.6. Cacharanus decisf.177.numero 3.Hippolytus Riminald. consf.339.nu.145.lib.3. Hartmanus quæst.iuris, libro 2. par.1.quæst.8.

Fundamentum est, quia huic agnato ius quæsitum est antiquis concessionibus ac inuestituris, quod per feudi alienationem ei auferri non potest absque eius consensu.c.1.de aliena.feudi paterni,ibi: *Nisi agnatis consentientibus,ad quos beneficium quandoq; sit reuersurum.* Et multò minus per negligentiam proximioris agnati, qui viuens feudum non reuocauit,ne industria pœnas desidię soluat.l.vlt.C.depo.l.si non expedierit. §. Si pupillus. ff. de bonis autho.iud.possid.Nec præscriptio,qua possessor munitus est temporis annorum XXX. illi obesse potest, quia viuente agnato proximiore agere non potuit: Non valenti enim agere,præscriptio non obest, quia præscriptio tunc incipit, quando actio iam nata est.l.Sicut.vers. quæ ergo.ibi: *Ex quo iure compesere cęperunt,&c.* l.Cùm notissimi.§.Quamobrem.& §.Illud. C. de præscript. 30. vel 40.anno.l.1.§.Ad hæc. C. de annali except. Authen. Nisi tricennale. C.de bonis maternis.l.In rebus dotalib. C.de iu.do.l.contra maiores.C.de inoff.testam.

At contra Pinellus (loquens tamen de maioratu, sed eadem est ratio in feudo) in d.Auth.Nisi tricennale.nu. 55.C.de bonis mater. *Sed contra tot grauissimos patres videtur tentandum, quod habens titulum & bonam fidem, præscribensq; contra præsentem possessorem securus maneat, etiam quoad successorem eius,contra quem pręscripsit. Quod primò iuuatur ex ratione legis inducentis vsucapionem,quæ non minus militat hoc casu, quàm in alijs, ne dominia rerum sint incerta,ne etiam lites suscitẽtur.l.vlt. ff. de vsucap. & deniq; ratio publicæ vtilitatis.l.1. ff. eod.tit.quæ singulorum vtilitati præfertur,&c.*

Respondeo,nihil aliud probat hoc argumentũ, quàm præscriptionem locum habere etiã in rebus feudalibus, quia ratio publicæ vtilitatis, & fauor litium finiendarũ, locum habeat etiam in istis: quod nemo negat, sed Doctores dicunt, non currere præscriptionem priusquam actio sit nata,& competat ijs, aduersus quos præscriptio allegatur.qua de re argumentum hoc non loquitur.

Secundò inquit Pinellus: *In subiectis restitutioni,secundùm communem opinionem,requiritur longissima præscriptio,nec breuior sufficit. Post longissimum autem tempus,execratur lex inquietare possessorem,vt in Nouella. Hæc constitutio.innouat constitutionem,&c.*

Respondeo, hoc argumento probari, præscriptionem longissimi temporis locum habere etiam in feudis, quæ restitutioni subiacent post mortem aliorum, quod nemo negat,sed dicunt,præscriptionem obesse quidem ijs, qui extant,& agere possunt,non autem alijs,quibus actio nõ competit, nisi post aliorum, qui tunc viuunt, mortem: Ita,inquam,in rebus restitutioni ex fideicommisso subiectis,communi Doctorum sententia receptum est. Vide Alciatum ad l.filiusfamil.§.Diui nu.48.de leg.1.Decium consf.38.Nattam consf.437.nu.5.& seq.

Tertiò subdit Pinellus: *Nam Doctores in proposito argumentantur ex multis,quæ contra eos retorquentur; quod ostendo, quia adducunt pro regula. Prohibita alienari,prohibentur vsucapi, cuius contrarium probatur ex l.Sticho.ff. de vsufr.lega.*

Respondeo,nihil valet hoc argumentum,quia non illud est fundamentum communis sententiæ, quod prohibita alienari prohibeãtur vsucapi. Nec tex.in d l.Sticho. locum habet inspecta Iustiniani.l.vlt.§.Sed quia.C.commu.de lega.

Quartò sic pergit: *Quia siue dicas maioratum* (eadem ratio est de feudo) *fuisse institutum in contractu, siue in testamento, non est potestas in testatore, nec in contrahente,ad tollendam vsucapionem tertio habenti titulum, & bonam fidem.*

A Respondeo, legem esse, quæ hoc facit,vt non valenti agere non noceat vsucapio,vel præscriptio,itaque frustrà id testatori adscribitur, vel contrahenti.

Quintò: *Nam effectus,*inquit, *& natura vsucapionis est reddere pręscribentem tutum in futurum.l.1.& 3.ff.de vsucap.Ergo non tantum cõtra præsentem possessorem,sed etiam contra successores.*

Respondeo, concedo hunc effectum esse vsucapionis aduersus eos,qui agere possunt, aduersus autem eos,quibus actio nondum competit,nego.

Sextò: *Ex communi opinione,*inquit, *hoc in casu resultat absurdum, cùm Doctores concedant,vt præscriptio effectum habeat contra præsentem possessorem,non contra successorem: Esset enim diuidere effectum præscriptionis, contra l. Eum qui ædes.ff.de vsucap.*

Respondeo: *Absurdum esse, nec iuri ciuili conueniens, vt vna res diuersis temporibus vsucapiatur, vt puta cùm ædes ex duabus rebus constens,ex solo & superficie,* non potest B superficies vsucapi eo tempore, quod vsucapioni rerum mobilium constitutum est, solum autem ampliori tempore,quod constitutum est rebus immobilibus. Hæc est sententia d.l.Eum qui ædes, quæ proinde ad rem istã non pertinet: in qua de diuersis personis agitur;& dicitur vsucapionem nocere ijs, quibus actio competit, illis non nocere,qui agere non possunt.

Septimò subdit Pinellus: *Concessa vsucapione contra possessorem,conceditur præscribentem effici dominum rei: Dominium autem semel quæsitum, non potest sine facto partis auferri l.Id quod nostrum,de reg.iuris.*

Respondeo, non cõcedimus hoc in casu absolutè vsucapionem locum habere,quia tunc dominium acquireretur.l.3.ff. de vsucap. Et argumentum rectè procederet; quod autem illa noceat possessori, istud est, quia omnis actio tollitur præscriptione 30.annorum, nec propterea infertur eam alijs etiam nocere,quibus præscriptio nocere non potest,quia actio nondum competere cœpit.

C Octauò: *probatur*, inquit, *hæc opinio in feudalibus,authoritate Glos.in c.1.§.Præterea, de capitulis Corrad. dum enim Glos.asserit,in rebus feudi dari præscriptionem 30. vel 40.annorum,planè sentit, effectum præscriptionis fore perpetuum,non tantùm contra præsentem possessorem, & regulariter opinio dicta Glos.receptior est,&c.*

Respondeo, præscriptionẽ quidem locũ habere in feudalibus,vt glos.dicit, sed nocere non posse successoribus, quibus actio,donec alij supersunt,nequaquam competit, vt communiter Doctores explicant superiùs allegati.

Postremò,Pinellus fundamentum communis sententiæ euertere conatur. Illud enim est in eo positum,quòd non valenti agere non noceat præscriptio.l.1.C.de anna. excep. *Responderi posse videtur,*inquit,eam legem & similes loqui, *quãdo in initio ipsius præscriptionis datur tale obstaculũ. At in feudis præsens possessor censetur dominus, & conferendo ius suũ ad spem successorum,longè plus habet præsens successor,quàm quilibet futurus successor.* D *Atque ita nihil est,quod obstet initio præscriptionis,cuius finis à lege inducit firmũ perpetuumq; effectum, vt præscribẽs securus reddatur contra præsentẽ possessorem, & inde contra successorem in consequentiam ex natura vsucapionis. Nec nouum est, vt quod separatim & principaliter fieri nequit,fiat in cõsequentiam.l.quadam.ff de acq.rer.dom.l.1.ff.de autho.tutor.*

Respondeo,hoc in casu obstaculum dari ab initio præscriptionis, quantum attinet ad successorem, cui actio nondum competit. Nec obstat, quod dicitur, præsentem possessorem dominum esse, præsertim conferendo ius suum cum spe successoris, quia id negant; nam si hæc vera essent, præsens possessor alienare posset feudum, & præiudicare futuro successori agnato, quod tamen falsum est, quia successor alienationem reuocare potest.c.1.de aliena.feudi pater. Ex quo illud corruit, quòd aliqua in consequentiam sint permissa,quæ principaliter non permittantur: Nam si huc illud axioma pertinet, facilè præiudicium successori fieret agnato, per alienationem

tionem præsentis possessoris; quasi ipse principalis dicetetur: sed non est ita; Possessor.n.præsens non est magis principaliter ad feudum vocatus, quàm alij successores, sed eos præcedit gradu duntaxat; eo defuncto feudũ æquè principaliter ad alios proximiores agnatos pertinet, sicut pertinuit ad ipsum possessorem.

His refutata sunt argumenta Pinelli, quæ cùm essent non parum probabilia, nõ videbantur mihi omittenda.

CAPVT XIII.

Vtrum agnatus, qui est hæres alienantis feudum antiquum, illud reuocare possit?

INgens controuersia est, vtrum agnatus, hæres alienantis feudum, ad quod ipse vocatur ex antiquis inuestituris & concessionibus, illud reuocare possit. Etenim sunt quinque discrepantes Doctorum sniæ: Prima affirmat agnatum posse reuocare feudum alienatum, licet hæres sit alienantis. Altera negat. Tertia distinguit feudum hæreditarium, quod scilicet pro hæredibus cõcessum est, à feudo ex pacto & prouidentia, quod pro liberis concessum est, vt priore casu reuocare agnatus feudum alienatũ nequaq̃ possit, posteriori autem possit. Quarta distinguit vtrum agnatus hæres ex bonis hæreditarijs tm̃ consequatur, quãta est feudi æstimatio, vel minus, priore casu reuocare nequeat feudum alienatum, posteriore autem possit. Quinta distinguit, vtrum hęres inuentarium confecerit, vel absq; inuentario hęreditatem adierit. Priore casu reuocare possit feudum alienatum, posteriore non item.

Indicabo prius authores, ex quibus sententiarum hæc varietas colligitur. Deinde tres conclusiones statuam, ex quibus apparebit huius disputationis & controuersiæ vera, vt mihi videtur, definitio. Tertiò, argumenta, quę obstare videntur, confutabo.

Authores sunt isti. And. Isern. Bald. Martinus Laudẽ. Præpositus, Aluarotus & Afflictus, in c.1.§. Hoc quoq;. de success. feudi. Iacopinus, in Inuestitura feudali. verb. & cum pacto de non alienando. Curtius iunior de feudis, parte 4.nu.148.& in cons.138.nu.20.& 155.num.2. Zasius de Feudis, parte 9.nu.27.28. & in cons.18.nu.22. lib.1. Bald. cons.215.nu.12.lib.2. Ias. cons.56. lib.3. Dec. cons.185.& 445. Rubeus cons.84. Gratus cons.91.num. 36.lib.1. Natta cons.476.nu.16.lib.2. Grammaticus decis.93. Castrensis cõs.207.lib.2. Alex. cons.28.lib.5. Ruinus cons.1.nu.2. & 42.nu.12. lib.1. Afflictus decis.112. Loffredus cons.1.nu.169. Socinus iunior cõs.112.nu.14. lib.2. Parisius cons.2.nu.32.cons.10. num.6. & cons.16. nu.43.lib.3. Alciatus cons.160. Siluanus cons.30 nu.33. 34. Crauetta cons.256.nu.3. Pinellus ad l. Primam. in 3. parte, nu.92.C. de bonis maternis. Rolandus à Valle de confectione inuentarij in 4. parte §. Nunquid hæres. Menochius cons.89.lib.1. Pistorius lib.2. quæst.iuris, par.1. q.9.& q.14. vbi multos alios citat. Primum ergo, quod pollicitus sum, his præstiti allegationibus.

Iam secundum aggredior. Prima conclusio hæc est. Feudum alienatum, hæres alienantis, qui nullum confecit inuentarium reuocare non potest, siue sit hæreditarium, siue ex pacto & prouidentia, vt vocant.

Probatr̃ hæc conclusio, quia hæres tenetr̃ præstare factum defuncti.l. Ex qua persona. de reg.iur.l. Cùm à matre. C. de rei vend.l. Si ab eo. C. de neg.gest.l. Si patri tuo. C. de dona.l. Successores. C. de solutio.l. Si vxor. C. de bonis autho.iud.possid.l. Si fundum. C. de rebus alien. non alienan Hęres.n.& defunctus vna eademq; persona reputantr̃, vt habetur in Nouella. de iureiur. à morien. præstito. Nec debet esse melioris conditionis, quàm defunctus.l. In omnibus.§. Non debet.l. Hæredem. de reg.iur.

Secunda cõclusio. Hæres alienantis feudum, si inuentarium confecerit, illud reuocare non potest, quatenus se vires hæreditatis extendunt.

A Probatur hæc conclusio. Primùm, ea ratione, quia ex qua persona quis lucrum sentit, eius factum præstare debet.l. Ex qua persona de reg.iuris. Hæres autem, qui inuentarium confecit, eatenus lucrum ex persona defuncti sentit, quatenus est aliquid in hæreditate: ergo vsque ad bonorum quantitatem in hæreditate existentem, tenetur præstare factum defuncti.

Secundò probatur hac ratione, quia hæres, qui fecit inuentarium, repræsentat defunctum, & succedit in locum eius, teneturq; eisdẽ obligationibus, quibus defunctus erat obstrictus, non quidem in solidum, sed quatenus vires hęreditatis patiuntur, vt patet ex l.vlt. C. de iure delib. in §. Etsi præfatam. Igitur non potest defuncti contractum impugnare ac reuocare.

Tertia conclusio. Hæres, qui fecit inuentariũ, reuocare potest feudum alienatum, quatenus æstimatio illius vires bonorum hæreditariorũ excedit, aut quatenus eius interest feudum potiùs, quàm hæreditatem habere.

B Probatur hæc conclusio. Nam inuentarij confectio hæredi hoc beneficium tribuit, vt nullum incurrat damnum, & vt non confundantur actiones, quas habet.l.vlt. §. Etsi præfatam.& §. In computatione C. de iure delib. Sed si non possit hoc in casu feudum reuocare, damnum sentiret, & actiones suas amitteret. Ergo reuocare feudum poterit, quatenus illud æstimationem excedit bonorum hæreditatis.

Assumptio clara est, quia plus valet feudũ quàm hæreditas, Ergo si propter hæreditatem non possit feudum vendicare, damnum sentit. Declaro, Feudum æstimatur ducentis aureis. Hæreditas verò centum, hic hæres incurrit damnum centum aureorum, nisi feudum reuocare possit. Ergo illud eatenus reuocabit, ne iacturam sentiat centum aureorum.

Hæc satis plana sunt atque perspicua, sed iam argumẽta dissoluenda sunt. Primum argumentum, Hæres potest reuocare id, quod à defuncto in fraudem eius alie-
C natum est.l.2.C. si in fraudem patroni à libertis alien. facta sit. Sed feudum alienatum esse videtur in fraudem eius, quia post mortem alienantis ad eum peruenire debet, Ergo illud reuocare poterit.

Rñdeo, cùm alienatur feudum ab agnato cum consensu domini (in quibus terminis quæstio accipienda est), nullam fraudem committi, sed in eo tantùm peccari, qđ alienatio fieri debet cum consensu etiã agnati, vt in c.1. de alien feudi pater. qui consensus non adhibetur. Quare meritò feudum agnatus reuocare potest, nisi hæres alienantis sit. Alia ratio est liberti alienantis bona sua, vt patronum excludat à legitima portione, de qua facti specie loquitur lex in argumento allata.

Secundum argumentum sumitur ex l.vlt. C. de Euictioṅ. in illis verbis: *Factum eius cui successit, ex sua persona dominium vendicare non impedit.*

Rñdeo, hanc legem non loqui de hærede alienantis, sed de hærede fideiussoris, qui se obligauit de euictione
D pro venditore. Is.n. non impeditur rem vendicare iure proprio, quia si de euictione conueniatur, actionem habet aduersus venditorẽ, & eius hæredem. Hæres autem alienantis, de quo nos loquimur, rem vendicare non potest, quia doli exceptione repellitr̃, l. Seia. ff. de Euiction.

Tertium argumentum est, quia alienatio feudi facta sine consensu agnati proximioris, ad quem feudum peruenire debet, non valet, cap.1. de alien. feudi pater. Ergo agnatus, etiamsi hęres sit alienantis, feudũ reuocare pot. Nam id quod nullum est rescindi potest etiam ab eo, qui illud gessit. Bart. in l. Post mortem. ff. de adopt.l. Quemadmodum. C. de Agricolis & Censitis lib.11.

Respondeo. argumentum vires habere in alienatione facta contra legis prohibitionem: ita enim loquitur l. Quemadmodum. Feudi autem alienatio, licet absq; consensu agnati non valeat, non tamen iure fieri prohibetur, imò verò valet & confirmatur, si agnatus alienanti præmoriatur, vel taceat longissimo tempore, vt saltem

donec

donec alienans viuit, valere non dubitatur.

Quartum argumentum ſumi poteſt ex eo, quòd plurimi interpretes in d.l vlt.§.In cõputatione.C.de iure deliber. dixerunt, inuentarij confectionem id operari, vt hæres in eo ſtatu ſit, in quo eſſet, ſi non adiuiſſet hęreditatẽ. Iaſon.ibi.nu.4.& multi alij, ſed ſi hæreditatẽ agnatus nõ adierit, certum eſt, feudum reuocare poſſe, liberè & abſolutè, quia nullum eſt impedimentum, Ergo idem reſpondendum eſt hæreditate adita, ſed inuentario confecto.

Reſpondeo, propoſitionem illam iam generalem verá non eſſe. Si enim in eo ſtatu hæres eſſet, qui inuentarium confecit, in quo eſt hæreditate non adita, non teneretur creditoribus, & legatarijs ſatisfacere, etiã intra vires hæreditatis, quia certum eſt, eum hæreditate non adita non teneri. Hoc autem eſt abſurdum, & cõtra legem expreſſam, vt patet ex l.vlt. §. Et ſi præfatam. C. de iure delib. Propoſitio igitur illa accipienda eſt hoc modo, vt hæres in eodem ſtatu ſit, &c. quantum ad hunc effectũ, vt nullum ex hæreditate detrimentum patiatur, vt non teneatur vltra vires hæreditatis, vt ſuas non amittat actiones, ita enim loquitur textus in d.§.In computatione. in §.Et ſi præfatam. & alibi in tota ferè illa lege; nec alia fuit mens doctorum, qui propoſitionem illam induxerunt.

CAPVT XIV.

Sitne concedenda actio de euictione emptori, aduerſus hæredes eius qui feudum alienauit, quod ab agnato euictum eſt?

SI emptor ignorauerit rem feudalẽ eſſe, quæ ab agnato venditoris poſt illius mortẽ euincitur, explorati iuris eſt, hęredem alienantis euictionis nomine conueniri poſſe.c.1.§. Si vaſallus. ſi de feudo defuncti contentio ſit inter dom. & agnat. vaſalli. Cæterùm ſi id non ignorauerit, aliter eſt reſpondendum: tum quia res euincitur hoc in caſu ex natura ſua, quo caſu euictio præſtanda non eſt. argum.l.Si ſeruus. ff. de Euictio. l. Si quis domũ.§.vlt.ff. loca. Tum quia euictio non eſt ex cauſa venditionem antecedente.l.3.l.Lucius. ff. de Euict.l.1. C. de periculo & commo.rei vend. Tum deniq; quia ita iure conſtitutum eſt, vt qui ſcienter emit rem alienam, vel alteri obligatá, de euictione agere nõ poſſit. l. Si fundũ. C.de Euction. l.Si Fratres.C.commu. vtriuſque iud. niſi euictio ſpecialiter promiſſa ſit, vt in dictis legibus. Scire autem rẽ alienam eſſe, & euictioni obnoxiam emptor videtur, qui ſciuit feudalem eſſe; aut certè id ſcire debuit, quod ſufficit. argum.l.Quod te. ff. ſi cert.pet.l.Si duo.ff.de acq.hæred. l.Si Titius. ff.de fideiuſſ.l.pen.ibi: *qui ſciuit aut ſcire potuiſſet*.ff.ad Macedon.

Sed quæritur, an hoc in caſu ſaltẽ ad precij reſtitutionẽ agere emptor poſſit? Affirmãt Iſernia in c.1.§ Rurſus. quib.mod.feud.amitt.in verſ.Vel poſtquã ad libellũ dedit.nu.29. verſ.Quærit Gloſ. & ibi Afflictus.nu.14. alios citat Piſtorius quæſt. iuris, lib.2.par.1.c.10.nu.31.

Sed hanc ſententiam ego ſic excutio, vt locũ habeat, quando de euictione promiſſum eſt; tũc enim agi poteſt, ſaltem ad precij reſtitutionem. Cæterùm ſi nulla fuerit euictio promiſſa, non puto agi poſſe etiam ad precij reſtitutionem, quam ſententiam meã, vbi confirmauero, tum argumenta refutabo, quibus ſimpliciter, & nulla diſtinctione adhibita Piſtorius vtitur in ſua ſentẽtia adſtruẽda.

Probatur igitur hæc ſententia ex d.l.Si fundum. C.de Euictio ibi: *Si fundum ſciens alienum, vel obligatum comparauit Athenocles, neque quiſquam de euictione conuenit, quod eo nomine dedit, contra iuris poſcit rationem.*

Sed hic emptor ſcit feudi naturam, aut ſcire debet (Paris enim hæc ſunt ſcire, vel ſcire debere, vt dixi) & conſequenter ſcire debuit reuerſurum ad agnatum mortuo vẽditore; Ergo quod eo nomine dedit, nempe *precium*, contra iuris poſcit rationem.

A Secundò probatur ex l.Si fratres.C.commo.vtriuſque iud.ibi: *Nam ſi fundi ſcientes obligationem, dominium ſuſcepiſtis: tantùm euictionis promiſſionem, ſolemnitate verborum, vel pacto promiſſam probantes, eos conueniendi facultatem habebitis, &c.*

Tertiò ex l.vlt. §.vlt. C. commu. de lega. ibi: *Emptor autem ſciens rei grauamen, aduerſus venditorem actionem habeat tantum ad reſtitutionem precij, neque dupla ſtipulatione, neque melioratione locum habente, cùm ſufficiat ei ſaltem pro precio, quod ſciens dedit pro aliena re, ſibi ſatisfieri.*

Sententia legis hæc eſt, ſi fuerit promiſſa euictio per ſtipulationem, agi non poſſe ad id quod intereſt: ſed tantùm ad precij reſtitutionẽ. quod videtur repugnare alijs legibus, quas proximè adduxi, ex quibus apparet, ſi promiſſa ſit euictio, eam eſſe præſtandam. Euictionis autem nomine actio datur, nõ ſolùm ad precium, verùm etiam ad id quod intereſt. Reſpondeo, euictionem promiſſam

B præſtari pleno iure, quoties res aliena venditur, vel alteri obligata: neque enim res aliena vendi prohibetur à lege, imò valet venditio rei alienæ.l.Rem alienam. ff.de contrahen.empt. Cæterùm præſtandam non eſſe pleno iure euictionem, ſed quoad precij reſtitutionem duntaxat, quoties alienatur res prohibita alienari, abſque conſenſu alterius, veluti res reſtitutioni ex fideicommiſſo ſubiecta dicta.l.vlt.§.Sed quia.C.commu.de legat.& §.ſequen. Et idem in feudo antiquo: *nam alienatio feudi paterni non valet, etiam domini voluntate, niſi agnatis conſentientibus*, verba ſunt textus in c.1.de alien.feudi pater. Hoc in caſu emptor precium quod ſoluit recuperat, & hoc eſt quod dicit textus in d.l.vlt §.vlt.C.commu.de leg *neque dupla ſtipulatione, &c. locum habente, cum ſufficiat ei ſaltem pro precio, &c. ſibi ſatisfieri.*

Quartò probatur, quia hoc in caſu euictio ſequitur ex natura rei, quia hæc eſt natura feudi, vt ad ſucceſſorem agnatum tranſeat, ergo non debetur euictio, niſi fuerit

C promiſſa, ſicut declarat Gloſ. communiter recepta in l. Si familiæ. C. fam. hercifc. & dixi lib.6. Controuerſ.cap. 68.in 8.concluſ.

Quintò, quia non eſt euictio præſtanda, niſi oriatur ex cauſa antecedente venditionem, vt ſuprà dixi, l.3.l.Lucius.ff.de euict.l.1.C.de periculo & comm.rei vend Sed hoc in caſu non oritur ex cauſa antecedente venditionem, ſed ſubſequente, nimirum ex morte alienantis, relicto agnato ſucceſſore ſuperſtite. Ergo euictio non debetur; præſertim quia hoc euenire poſſe, emptor proſpicere poterat, vt dixi. Quod ſi euictio ſit promiſſa, tunc nihil obſtant quæ dicta ſunt, quia contractus, ex conuentione legem accipiunt, l.1.§ Si conuenit.ff.depo.

Ex his patet reſponſum ad argumenta Piſtoris. Primum enim argumẽtum ſumit ex d.l vlt.§.vlt. C. commu. de legatis & fideicommiſſ. vbi probatur, actionem dari ad precium, ei, qui ſciẽter emit rem fideicommiſſo ſubiectam. Non obſtat hoc argumentum, quia loquitur quan-

D do euictio promiſſa eſt, vt patet ex verbis illis, *neque dupla ſtipulatione, &c. locum habente*. Nam ſi nulla eſſet euictio promiſſa, certè non competeret actio ad precium, vt patet ex l.Si fundum.C.de Euictio.

Secundum argumentum eſt, quia hoc in caſu ratio ceſſat, propter quam is agere nõ poteſt ad reſtitutionem precij, qui ſcienter rem alienam emit. Illa enim eſt ratio, quia precium donare videtur. Non præſumitur autem emptor precium donare voluiſſe, ſed potius emiſſe ea ſpe fretus, vt feudum non euinceretur.

Reſpondeo, non hanc eſſe cauſſam, cur agi non poſſit ad precium; nulla lege id probari poteſt, nulla ratione perſuaderi: Nam cùm nemo præſumatur donare velle ac ſuum iactare, ſemper emens rem alienam ſcienter, precium repeteret: quia non præſumeretur donare illud emptori voluiſſe: Neque huc pertinet regula illa: *Cuius per errorem ſoluti repetitio eſt, eius ſponte dati, donatio eſt*, quia emptor non ſoluit precium, tanquam indebitum,

tum, imò tanquam debitum pro re empta.

In eo est emptor culpandus, quòd spontè se conijcit in periculum precij amittendi, emens rem cuius grauamen non ignorat: vt proinde conqueri non possit, neq; enim scienti & volenti dolus fit vel iniuria.

Tertium argumētum est ex æquitate rei, ne venditor locupletetur cum aliena iactura. Potest in hanc sententiam adferri text. in l. Emptorem. §. Qui autem. ff. de act. empt. in illis verbis: *Ibidem ait, idem esse dicendum, & si apertè in venditione comprehendatur, nihil euictionis nomine præstitum iri, precium quidem deberi re euicta, vtilitatē non deberi. Neque enim bonæ fidei contractus hanc patitur conuentionem, vt emptor rem amitteret, & precium venditor retineret.*

R̃ndeo, textum non loqui eo in casu quo quis scienter rem alienam emit; nunc enim precium amittit, nec illud re euicta à venditore reposcit, vt in d. l. Si fundum. C. de Euiction. nisi de euictione præstanda sibi prospexerit, vt ibi. Loquitur ergo ille textus quando quis ignorans rem alienam esse, emit: nunc licet pactum fecerit cum venditore, vt de euictione non teneatur; tamen re euicta, precium restituere tenebitur: Aliud est igitur, aliquē de euictione agere nō posse ex legis dispositione, quia scienter emit rem alienam, vt in casu nostro, & tunc non agit ad precij restitutionē. Aliud verò, agere non posse aliquē de euictione ex pacto, siue ex cōtractu ea lege inito, & tūc agere poterit ad precium, ita declarat Paulus Castrensis in d. l. Emptorem. §. Qui autē circa finem. ff. de act. empt. Decius cons. 411. nu. 4. Cranetta cons. 211. nu. 6.

Porro, quòd de æquitate dicitur, non parui est momēti: sed hæc sit pœna vel negligentiæ, vel malitiæ ementis rem alienam, aut restitutioni subiectam, & non sibi de euictione prospicientis. Nam ita lex scripta est, vt quod eo nomine soluit, repetere alioqui non possit, d. l. Si fundum. C. de Euict. d. l. Si fratres. C. comm. vtriusque iud. Atque ita sentio, saluo meliori iudicio.

CAPVT XV.

Possitne agnatus ex iure retractus, vt vocant, feudum antiquum alienatum ab agnato, cum consensu domini, eo viuente soluto precio reuocare?

TRes sunt doctorum sententiæ, hac de re. Prima, agnatos feudum reuocare nō posse viuente agnato, sed filios alienantis posse, precio soluto; atque in hoc plus iuris eos habere, quàm agnatos. Ita docet Isernias in c. Titius. si de feudo defuncti fuerit conten. inter do. & agnatos. in vers. Quod si Titius. Aluarotus ibidem. Martinus Laudēsis & Afflictus, nu. 6. Iacobinus à S. Georgio, in inuestitura feudali. in verb. Et cum pacto. de nō alienando, num. 44. Curtius senior, cons pen. Clarus. §. Feudum. quæst. 42. in principio. & hanc sententiam communem dicit Albertus Brunus, cons. 80. num. 11.

Secunda est sententia, agnatum posse reuocare feudū precio tñ soluto, ita Bald. in d. c. Titius. si de feudo defuncti fuerit controuersia inter do. & agnat. vasalli. & ibid. Eguin. Baro, & Cuiacius. Idem sentiunt Isernia & Afflictus in c. 1. §. Sed & res, nu. 8. 9. per quos fiat inuestitura. Albertus Brunus d. cons. 80. num. 2. & 12. Hieronymus Schurfius inter consilia feudalia, cons. 123. & cons. 143. Pistorius quæstionum iuris, lib. 2 par. 1. cap. 11.

Tertia est sententia, adhibendam esse distinctionem, vtrum feudum in extraneum alienatum fuerit, an verò in agnatum remotiorem. Priore casu agnato proximiori licebit precio refuso feudum reuocare. Posteriore non item. Ita Sonsbecius in vsus feudor. par. 13. nu. 117. Thomas Marinus, lib. 2. tit. de feudo ex pacto & ꝓuid. nu. 68.

Ego puto agnato ius retractus competere intra annū, nisi alienationi consenserit, & ideo soluto precio eū posse feudum reuocare, non dubito, siue in extraneum, siue

A in agnatum remotiorem alienatum sit. Mouet me textus in c. Titius. Si de feudo defuncti fuerit controuersia inter dom. & agnat. vasalli, in illis verbis: *Quòd si Titius filios proprios haberet, precio reddito, etiam viuo Titio. quod si consensit alienationi, vel per annum ex quo sciuit, tacuit, omnino remouebitur.*

Hic enim est verus sensus illius loci; sicuti latius explicaui superiùs, c. 9. circa finem, & loquitur de alienatione facta in agnatum remotiorem: Ex quo confunditur illa distinctio, quam commemorauimus. Quamobrem non dubito, quin contraria sententia ex praua illius textus interpretatione originem habuerit.

Huc etiam pertinet text. in c. 1. §. Sed & res. per quos fiat inuestitura. in illis verbis. *Non permittitur ei etiam secundum antiquam consuetudinem, alij eam vendere nisi tibi, vel alij proximiori, pro æquali precio accipere volenti, &c.* Frustrà enim ita constitutum esset, vt non posset feudum alijs vendi, sed proximiori agnato deberet vendi,

B pro æquali precio emere volenti, nisi agnatus proximior precio oblato & soluto, feudum ipsum alijs venditum reuocare posset: quod & manifestum est ex verbis sequentibus illius tex. ibi. *Reddite, &c. Precio, &c. compellatur tibi restituere.* Et ex cap. 1. §. Porro. quali. olim feudum poterat alien. ibi: *Prohibendo autem vel redimendo, &c.*

Fundm̄ porrò contrariæ sñiæ valde est infirmum: Nā positum est primò in c. 1. §. Hoc quoque. de success. feudi, quatenus ibi dr. Si is, qui feudum alienauit, moriatur absque hærede, illud reuerti ad proximū agnatū. Scdò, in d. c. Titius. de quo iā diximus. Tertiò, in hac rōne. Nā agnatus, dum uiuit, ius habet in feudo, consequenter potest illud alienare, & donec uiuit ipse agnatus, non uidetur posse reuocari, sed eo mortuo duntaxat, quasi nunc resoluto iure datoris, resoluat̃ ius acceptoris. iuxta l. Qui tabernas. ff. de contrah. empt. l. Puto. §. Prædium. de leg. 2. l. Lex uectigal. ff. de pigno. cum alijs similibus.

C Respondeo ad primum, nihil obstare, quia loquitur de reuocatione feudi, quæ ex iure proprio agnatis conceditur: de qua nostra nunc disputatio non est: Nos enim fatemur agnatis ius competere reuocandi feudum, alienatum post mortem alienantis, nullo etiam soluto precio, sed non ꝓpterea inferri potest, illud ius non competere etiam viuente agnato qui alienauit, si agnati nitantur iure retractus, ac proinde precium soluere parati sint.

Ex quibus etiam intelligitur rationem illam, quæ tertio loco adducebatur, nullius esse momenti, quia hoc tantùm probat, feudum, viuente agnato qui alienauit, reuocari non posse ab agnatis ex iure quod habent, nullo scilicet precio soluto; Cæterùm si vti velint iure retractus, quod eis conceditur, poterunt precio soluto feudum reuocare, etiam viuente eo qui alienauit.

CAPVT XVI.

D *Vtrum agnato competat ius retractus, si feudum alienatum dixerit se nolle emere.*

NOn assentior Tiraquello, de retractu consanguineorum. §. 1. Glos. 9. nu 145. concedenti, ius retractus agnato, qui feudum, qd agnatus vendidit, emere recusauit: ea ratione, q̃ non videatur sibi præiudicare voluisse, sed maluisse venditionem expectare, ac intra annū sibi concessum, redimere; vt interim pecunias in id necessarias sibi colligeret, & compararet. Non, inquam, placet hæc sñia, licet nonnullis placuisse non ignorem; quia id non est bona fide agere, sed astutè, & venditoris agiani & emptoris contractū impedire: Cur enim dum emere recusauit, non addidit eam protestationem, velle se redimere ex iure sibi competente, intra annū velle se vti iure protimeseos? Non ita sunt verba intelligenda, sicuti is, qui ea protulit, desiderat, sed vt æquitas, & iuris ratio postulat.

Postulat. Et plerunque contra eum interpretantur, qui A Poterat apertius respōdere.l.Veteribus.ff.de pactis. Nemo decipi alterius verbis, vel responsione debet; si dixerit se nolle emere, videtur cōsentire, vt feudum alteri uendatur; aut certè venditionem impedire, reuocare nō potest, argum.l.Qui Romæ.§.Cohæredes.ff.de verb.oblig.l.vlt. C.de iure emph. Et hanc sententiam probat textus in c. 1.§.Sed & res. Per quos fiat inuestitura ibi. *Non permittitur ei, etiam secundum antiquam cōsuetudinem, alij eam vendere, nisi tibi vel alij proximiori, pro æquali precio accipere volenti.*

Ergo si nolis emere, si nolis accipere, permissum est alij vendere. Dices permissum quidem, sed agnato proximiori redimere permissum quoque est eodem precio. Concedo id verum esse, quando agnatus vendidit absq; consensu proximioris, aut proximiore non requisito, an vellet emere: sed si requisitus dixerit se nolle emere, iam ipse videtur consentire, vt alij vendatur liberè & irreuocabiliter.

Replicabis, alijs quidem vendi posse, sed saluo iure retractus, quia proximior habet ius prohibendi ne feudum alij vendatur. Item habet ius illud ipsum redimendi.c.1. § Porro.quibus modis olim feudum poterat alien.

Rñdeo, proximiorem agnatum hoc iuris obtinere, vt si venditionē non impediat, possit redimere; nisi dixerit se nolle emere. Cur eñ ei liceat voluntatem in alterius præiudicium mutare? l.Nemo potest mutare.de reg.iur. Neq; verò dici potest, mutatam hic voluntatem non esse; quid enim est aliud feudum redimere precio soluto, quàm illud emere? Atque ita sentio vnà cum Baldo in d. c.1.§.Sed & res.& ibid. Afflict.nu.8.vers Et si ille proximior. latius Pistorius quæst.iuris, lib.2.par.1.quæst. 12.

CAPVT XVII.

Quid iuris si proximior agnatus vti nolit iure retractus, possitne eo vti sequens in gradu?

Non assentior Pistorio lib.2. quæst.iuris, parte 1.q.12. nu.65. neganti ius retractus in feudis alienatis competere agnato remotiori, quando proximus negligit eo vti, eo argumento, q; ius retractus dicatur competere agnato proximiori, & nulla alterius remotioris, qui in gradu sequitur, mentio in vsibus feudorum habeatur, vt in c. 1.§.Sed & res. Per quos fiat inuestitura.in c.1.§.Porro.qualiter olim feudū poterat alien.in c.Titius.Si de feudo defuncti fuerit controuersia inter dom. & agnat. vasalli, ac proinde non sit hoc ius temerè producendum, præsertim cùm repugnet regulis iuris.l.Dudum.C. de contrah. empt. Et denique nulla ferè sit in eo vtilitas agnati remotioris, quandoquidem proximior feudum reuocare possit, mortuo eo qui alienauit, etiam nullo precio restituto.

Non, inquam, mihi placere potest hæc sententia, quia ius retractus in feudis introductum fuisse credendū est, vt feuda in agnatione & familia remanerent, neque ad extraneos transirent: Et ideo & in Constitutione Friderici Imperatoris, & in alijs legibus, quæ de iure retractus conscriptæ sunt, ea facultas omnibus agnatis & consanguineis cōcessa est, vt fatetur ipse Pistorius, quod ego non vrgeo, vt hoc testimonium extra ius positum, loco legis habeatur, sed vt ex eo colligere valeamus mentem ac rationem legis, quæ ius retractus inducit.

Deinde quia is dicitur proximus, quem nemo antecedit.l.Proximus.de verb. signif. Hinc hæreditas soli proximo agnato, id est, ei, quem nemō antecedit, deferri dicitur.l.Post consanguineos.§.Hæreditas.& §. Legitima. ff.de suis & legit.hæred.quod ideo declaratum est, vt intelligatur recusante adire proximiore, eum qui in gradu sequitur adire posse, quasi iam proximior sit. Vlpianus: *Si quis igitur proximus agnatus, dum heredes scripti deliberant, diem suum obierit, sequens quasi proximus admittetur.* l. 1. §.Proximus. ff. vnde cognati.

Igitur eadem interpretatio adhibenda est in feudis, vt is dicatur proximus, quem nemo antecedit. Quare si proximus feudum redimere neglexerit, sequens quasi proximus redimere poterit.

Huc accedat quod negari nō potest, excluso post mortem alienantis proximiore, eum qui sequitur in gradu, feudū reuocare posse, ita vt præscriptionis exceptio, quæ proximiori obstabat, non obstet sequenti. sicut latè disputatum est suprà, cap. 12. Ergo idem statuendum est, & in iure retractus, vt scilicet excluso proximiore sequens admittatur. Nam & simili modo proximior duntaxat vocatur tam post mortem alienantis ad reuocādum feudum nullo precio soluto, quàm viuente ipso alienante, ex iure retractus precio soluto, vt in d c Titius.si de feudo defuncti controuersia fuerit inter do.& agna. vasalli. Sicut ergo in vno casu proximiore excluso sequens admittitur, ita & in altero casu admitti debet.

B Quod verò Pistorius adfert nullam fore vtilitatē agnati sequentis in gradu, nihil sanè mouet, quia fieri potest, vt transigat cum proximiore, ne mortuo alienatore quæstionem ei moueat. Fieri etiam potest, vt sequens agnatus in gradu proximiori superuiuat: denique vt nihil timeatur à proximiore, propter eius decrepitam ætatem fortè etiam & incapacitatem, aut culpam.

Et hanc sententiam amplexi sunt Afflictus in cap.1.§. Donare. nu.81.qualit.olim feud. poterat aliena. Sonsbechius, part.13.nu.119.

Pistorius autē citauit Cuiacium tit.4. lib.2. feud.quasi ambigentem, an vlteriori agnato ius redimendi concedatur. Sed in eo offendit (& quis est qui aliquando non offendat?) Nam Cuiacius non de eo dubitauit, sed an domino competeret ius redimendi, si feudū, nō proximiori, sed vlteriori agnato vēdatur. Sic enim ait: *Si in iure protimeseos concurrāt agnatus & dominus feudi, vel emphyteuseos, vel cēsus, agnatus præfertur. Ergo & cùm agnato proximiori* C *vēnditur, meritò dicemus domino non competere ius protimeseos. An & si vlteriori? non ausim affirmare, cū agnato proximiori, siue agnato, siue extero vendiderit competere ius protimeseos, probet.4.tit.14.* Hactenus ille.

CAPVT XVIII.

Possitne filius reuocare antiquum feudum à patre alienatum, cum consensu domini post mortem ipsius patris?

Ingens controuersia est de filio, an possit feudum antiquum, siue paternum appellatum, à patre alienatum, post mortem patris reuocare. Tres sunt præcipuæ Doctorum sententiæ. Quarum duæ versantur in aliquo extremo: tertia verò, quæ mihi maximè probatur, mediam ingreditur viam. Prima hæc est, filium reuocare posse feudum à patre alienatum, siue sit hæres patris, siue non sit D hæres. Altera, non posse reuocare, siue hæres sit patris, siue non sit. Tertia, quæ mediam tenet viam, distinctionem adhibet, vt siquidem filius hæres patris non sit, reuocare possit feudum à patre alienatum; si verò hæres patris existat, non possit; quod si inuentarium confecerit, quatenus erit in bonis hæreditarijs, eatenus factum patris præstare tenebitur, nec reuocare poterit, vt fusè explicatum est suprà cap.14. Nō inde tamen colligi potest, filium posse patris hæreditatem repudiare, & feudum reuocare. Id enim ei non licere palàm est ex cap.1. An agnatus vel filius. de quo suprà cap.5.

Prioris sententiæ author est Pinellus in l.1. in 3. part. nu.91. C.de bonis mater post alios, quos suprà cap.13. citauimus, non procul ab initio; Omnes enim qui putarunt, agnatum hæredem alienantis reuocare posse feudum alienatum, multò magis idem iuris filio concesserunt: imò multi ex ibi citatis expressè loquuntur de filio hærede patris.

Nn Secun-

Secundæ opinionis author est Pistorius, de filio nominatim differens lib. 2. quæst. iuris, par. 1 quæst. 13. vbi citat eiusdem sententię authores, Baldum & Belusium in c. 1. §. Hoc quoque. de success. feudi. Cuiacium & Baronem in c. Titius. Si de feudo defuncti fuerit controuersia inter do. & agnat. vasalli; Sed certè Baldus ibi, nu. 20. contrarium mihi videtur scribere. Cuiacius autem apertè loquitur de filio, qui sit hæres patris, vt patet ex eo, q adducit. l. Seia. ff. de euict. & tit. 70 lib. 4. feudorum, qui textus loquitur de filio hærede patris. Eguinarius autem Baro nihil dicit hac de re quod viderim.

Tertia autem opinio, quam diximus esse mediam, in ea parte qua docet, filios qui non sunt hæredes patris reuocare posse antiquum feudum à patre alienatũ, authores habet omnes, qui id agnatis permissum esse voluerunt; nam idem multò magis filijs concedunt Iserniã, Aluarotus, Præpositus in d. c. Titius. Afflictus in c. 1. §. Hoc quoque, nu. 55. 56. de success. feudi. & alij, quorum facit mentionẽ Pistorius in d. q. 13. nu. 18. In altera verò parte, qua docet, filios patris hæredes feudum reuocare non posse, authores habet Bald. in d. c. 1. §. Hoc quoque, num. 20. de success. feudi. Ruinum cons. 25. nu. 10. lib. 2. Martinũ Silimanũ de feudis, nu. 169. & omnes alios, qui negant, agnatis hæredibus ius competere feudum alienatum reuocandi, quos adduxi supra, c. 13. vers. Verum quamplurimi. Eadẽ enim ratio est in filio, q̃ in agnatis.

Rectè igitur ordineq; facturus videor, si sententiam hanc prius confirmauero, deinde argumenta confutauero, quibus aliæ nituntur sententiæ.

Hæc itaque sententia duas habet partes, quarum illa prior est, filium hæredem patris sui reuocare non posse feudum à patre alienatum. Posterior autem filium, qui patris hæres non sit reuocare id posse. Prior pars probatur ex ijs legibus quibus cauetur, hæredem præstare debere factum defuncti, & non posse illud impugnare ac reuocare. l. Cùm à matre. C. de rei vend. l. Venditrici. C. de reb. alie. non alien. cum alijs multis, quas commemoraui suprà hoc eod. lib. c. 13. quibus adde text. pulchrum, in c. 1. §. Item hæredes, tit. de Notis feudorum.

Posterior aũt pars probatr tribus argumentis. Primũ est, quia iure feudali expressè cautum est, agnatos reuocare posse feudum alienatum ab agnato, vt in c. 1. de aliena. feudi paterni. c. Titius. Si de feudo fuerit controuer. inter do. & agna. vasalli. Ergo ẽt filius illud reuocare põt, Nam filius dr̃ esse agnatus pr̃i. l. Filius. ff. de suis & legi.

Secundum argũ sumitur ex ratione iuris. Nam aut filijs ius quæsitum est ex antiquis maiorum suorũ inuestituris & acquisitionibus, aut ius quæsitum non est. Si nullum ius quęsitum esse dicamus, inanis erit disputatio nostra, nec in ijs terminis procedere poterit. Sin aũt ius quæsitum est, absq; vlla difficultate efficitur, patrem non posse illud eis auferre alienando feudũ, arg. l. 1. C. de bonis matern. l. Id qđ nostrũ de reg. iur. Et ideo filius iure proprio bona alienata vẽdicare potest. l. Seia. ff. de Euict. l. Venditrici. C. de reb. alie. non alien. l. vlt C. de Euict.

Tertium argumentum est ex alia iuris ratione. Nam ea, quæ filius non habet à patre suo, sed aliunde, ex culpa & facto patris amittere non debet. l. Eum qui ff. de interd. & releg. Feudum autem, de quo nostra est disputatio, non à patre, sed aliunde habet, nimirum ab auo, vel proauo, & alijs maioribus, vel ascendentibus suis: Ergo non potest illud amittere facto, id est, alienatione patris.

Nunc argumenta, quibus contrariæ sententiæ nituntur, dissoluenda sunt.

Imprimis ad probandũ, filiũ posse feudum indistin[illegible] reuocare, sic Pinellus argumentatur; *In [illegible] bus sæpe legimus factum vnius vasalli vel possessoris nec sibi soli, nec successori, nec domino nocere posse. c. 1. §. Quid ergo. de inuest. de re alie. facta c. 1. de success. feud. ibi, nulla ordinatione defuncti in feudo valente, &c.*

Respondeo, istud argumentum probat filium reuocare posse feudum alienatum, vbi non est hæres alienantis quod & nos concedimus: Sed non probat reuocari posse ab eo qui hæres sit alienantis.

Secundò ita pergit. *Iuuatur*, inquit, *hæc opinio ex l. 1. §. Titius Si de feudo defuncti cõtrouersia sit inter do. & agna. vasalli, dupliciter inducendo. Primò, dum loquitur de proximiore agnato, quem inquit reuocare posse alienationem feudi mortuo alienante. Verisimilius autem est quod proximior agnatus hæres erit defuncto, & ita frequentius contingit, suadeturq́, ex l. Conficiuntur ff de iure Codi. Cum ergo textus ille indistinctè loquatur de agnato proximiore, qui sæpius ex testamento, semper autem ab intestato hæres est, si velit, eundemq́, dicat posse alienationem feudi reuocare, absurdum & diuinatorium esset, restringere textum ad casum insolitum, nec tam verisimilem de proximiore non hærede. Inducitur secundò textus ille, dum loquitur de filio, & inquit etiam viuo patre alienante posse filium reuocare alienationem, vbi expendenda est implicatio verbi, Etiã: innuit enim mortuo patre plane admitti filium, & ideo exprimitur ibi casus maioris dubij, vt etiam viuo patre filius admittatur. Nec sanum esset intelligere casum patris mortui in filio non hærede, cum id fere nunquam contingat, manifesteq́, iura repugnent. l. Cùm ratio. ff. de bonis damna.*

Respondeo, quod attinet ad text. in d. c. Titius. videnda esse ea, quæ posui suprà, cap. 9. ex quibus perfacilè erit intelligere, id quod Pinellus dicit de filio reuocante feudum alienatum, non esse consentaneum verbis illius loci, & à sententia eius longè alienum esse: quia loquitur de agnato reuocante feudum alienatum, non autem de filio. Veruntamen, quia & nos cõcedimus, & verum esse profitemur, agnatum filiumq; feudum reuocare posse: tam ex textibus iuris feudalis, quàm ex ratione iuris, respondemus ad istud argumentũ, negando, id accipiendum esse de agnato & filio hæredibus: Eo enim casu, quo hæredes existunt alienantis, repræsentãt defunctũ, & eius factum præstare tenentur, nec vlla ratione possunt illud impugnare: Non obstat id quod dicitur, plerunque agnatum & filium hęredem esse, quia nos loquimur, quando hæredes non sunt; licet enim rarò id accidat, vt hæredes non sint, accidere tamẽ multas ob caussas potest; Vnde satis est in ea hypothesi, nostram sententiam locum habere, in qua hæredes non sint. Quod si nullæ erant statuendæ leges in illis casibus, quibus filij hæredes non sunt parentum suorum, quia rarò id cõtingat, non erat opus de inofficioso testamento cauere, de legitima, de repletione eius, & de alijs capitulis ad eã rem pertinentibus, quæ sanè non pauca sunt, nec parui momenti. Sicut ergo nemo dixerit, inanes esse tot constitutiones, quæ ad hunc casum respexerunt, quo filius hæres non sit patris, ita nec inanis erit conclusio nostra, qua asserimus, filium qui hæres non sit parentis sui feudum antiquum à parente alienatum reuocare posse, & dicta iuris testimonia accipienda esse de filijs, qui hæredes patris non sunt.

Roboratur tertiò (inquit Pinellus) *vrgenti ratione: quia feudum confertur honor familiæ, qui citissime aboleretur, si proximioribus hæredibus & successoribus ius reuocandi negaretur, fieretq́, iniuria primò acquirenti, cui posteriori omnes successionem feudi debent, &c.* Cætera enim, quæ subijcit, ad eum casum pertinent, quo dominus alienationi non consensit, de quo nostra non est disputatio.

Respondeo, hoc argumentum probare, filium reuocare posse feudum alienatũ, quod nos etiam defendimus: Verùm non pertinere ad eum casum, quo filius hæres est patris alienantis, qui casus nunc controuertitur.

Iuuatur quartò, inquit Pinellus, *hæc opinio contra Doctores ex altera parte communis opinionis; de feudo concesso alicui & liberis, quo casu concedunt omnes, vt saltem confecto inuentario possit hæres reuocare alienationem. Puerile enim & absurdum videtur, totũ huius rei effectum pendere à leuissima verborum differentia, contra l. 2. C. comm. de lega. &c.*

Respondeo, nos non recipere traditionem illam, de feudo

feudo concesso alicui & liberis, vt hæres reuocare possit alienationem, quod verò dicit, saltem facto inuentario hæredem posse reuocare, à nobis disputatum est superiùs c.14. nunc de hærede simpliciter nobis instituta disputatio est: quid de hærede, qui inuentarium fecit, statuendum sit. ibi explicatur, atque hoc in loco repetendum non est.

Post hæc Pinellus respondet ad reg.l. Cùm à matre.C. de rei vend.dicens, non habere locum quando alienatio nulla est, quem articulum expendimus iam cap.13.

Sequitur vt refellamus argumenta Pistorij. Primũ est; *quod perlectis ac diligenter consideratis omnibus iuris feudalis capitibus, nullibi, ne vno quidem verbo cautum reperiatur filios feudum a patre alienatum reuocare posse, &c.*

Respondeo, satis cautum id esse, cùm filius agnatus sit. l.Filius.ff. de suis & legitim.hæred. Agnatos autẽ posse feudum reuocare constitutum sit. Cùm eadem ratio sit, & multò maior in filijs, quàm in agnatis. Cùm pater non possit ius quæsitum filijs suis aliunde, quàm ab ipso auferre, l.3.ff.de interd. & releg. vt suprà disputauimus.

Secundum argumentum est, quia ingenuis hominibus, atque adeò parentibus, libera esse debet rerum suarum administratio. l.2.ff. si à parente quis fuer. manu.l. In re mandata.C.mand. Nec potest filius in irritum deducere ea, quæ à parentibus gesta sunt.l. Ea quæ à patre. C de restit.mili. nec eo quidem prętextu, quod res alienatæ ab auo & familia descenderint.l. Si auia.C.de donat.

Respondeo, istud argumentum locum sibi posse vendicare in ijs rebus, quæ proprij iuris sunt parentis, ita vt filius in eisdem nullum habeat ius: Et ideo dicit tex.in d. l.si auia. *Si auia vestra proprias res, &c.* In istiusmodi rebus nemo negat liberam esse facultatem parentibus concessam alienandi, sed loquimur iam de feudo, in quo ius quæsitum est filijs, post mortem patris sui ex antiquis inuestituris & concessionibus: illud ius non potest ei pater directè auferre, nec indirectè alienando feudum.

Tertium argumentum est, quia *iura feudalia quotiescunque de facultate reuocandi feudum alienatũ disponunt, de solis agnatis loquuntur, nulla facta mentione filiorum.c. 1.de aliena. feud.pater.c.1.§. Porro. qualiter olim feudum poter alien.et alibi.Cùm tamen è contrario quotiescunque de iure pertinente ad filios agitur, de ijs disertè etiam disponatur c.1. de success.feudi: Quin etiam vbicunque tam de filijs, quàm de agnatis est agendum, nunquam sub vno agnatorum nomine vtrique comprehenduntur, sed filij ab agnatis manifestè distinguuntur, & illorum ab ijs separata semper habetur ratio.c.1. In princip. & §. His verò deficientibus.de gradibus succeden. in feudo c.1.§. Hoc quoque.de success. feudi, &c.*

Respondeo, licet expreßè mentio facta non sit de filijs, sicut de agnatis, id tamen non obstare. Primò, quia appellatione filij venit etiam agnatus vt dictum est: Et licet aliquando fiat mentio nominatim filiorum, & agnatorum, non tamen inde sequitur, agnati nomen eò minus filijs conuenire, quod illis à iure tributum est; & nullo textu iuris feudalis conuenire negatur, nisi quando eodem in loco aliud statuitur de filijs, aliud de agnatis: tũc enim apparet sub nomine agnatorum filios non contineri. Exemplum est in cap.1. An agnatus vel filius.

Secundò, quia eadem ratio est in filijs, quæ in agnatis, vt meritò idem iuris esse debeat.

Tertiò, quia iuribus feudalibus nullibi contrariũ constitutum est, vt nimirum filij reuocare non possint feudum à patre alienatum: Ergo id erit secundùm iuris cõmunis regulas definiendum.ca.1. de feud.cogn. Docent autem iuris communis regulæ, filium reuocare posse res proprias à patre alienatas, si non sit hæres patris, l.1.C. de bon. mater.l. Cùm à matre. C.de rei vend. cum alijs superiùs adductis.

Quartum argumentum est, quia *in multis iuris feudalis capitulis, in quibus de reuocando feudo alienato agitur, licet simul etiam filiorum quandoque fiat mentio, non tamen propterea hoc ius reuocandi ipsis conceditur, sed huic iuri tum demum locus relinquitur, si is qui alienauit feudum, sine filijs decesserit, vt in c.1.§. Si aliquis de capitaneis apud quem vel quos controuers. feud.finiat.in cap.1.§. Si verò vel totum. qualiter olim feudum poterat alien. in cap.1.§. Hoc quoque de success. feudi.* A

Respondeo, hæc iuris feudalis testimonia ad rem istã non pertinere. Nam quod attinet ad primum, verba textus hæc sunt: *Si aliquis de capitaneis, vel de maioribus Valuasoribus, vel de minoribus suum beneficium, siue totum, siue partem alienauerit, & ipse, vel hæres eius sine hærede decesserit, quia beneficium senioribus aperitur, totum quod fecit reuocari debet.*

Ex hoc textu non probatur, filium reuocare non posse feudum alienatum, sed probatur, feudum alienatum domino, qui senior appellatur aperiri, si alienans sine hærede, hoc est, filio decesserit. Ratio est, quia si filius extet, ille potest feudum reuocare, si antiquum sit, & ideo in causa est, vt feudum non aperiatur domino. B

Eadem ferè responsio valet ad tex. in cap 1 §. Si verò vel totum, & in d.cap.1.§. Hoc quoque. Nihil enim aliud dicitur, nisi feudum ad dominum reuerti, vasallo decedente absque hærede, vel feudum ipsum refutante in manu domini, vel illud ob aliquam culpam amittente. Ex quo non rectè infertur, filium non posse feudum reuocare alienatum: licet enim text. id non dicunt, non tamen id negant: Quare ad hanc quæstionem nostram nequaquam pertinent.

Quintum argumentum sumitur ex ratione, quæ in causa est, vt agnati feudum alienatum reuocare possint. *Si enim rectiùs quis secum perpenderit, animaduertet, hoc inde potissimùm descendere, quoniam agnatus collateralis feudum non ab eo, qui alienauit, obtinet, neque vllam caussam habet, cur ipsi hac in re quicquam acceptum ferat, sed potius per inuestituram eius, a quo tanquam à communi stipite feudum ad alienatorem peruenit, succedere videtur, vt disertè probatur in cap.1.§. His verò deficientibus. de Gradibus succeden.in feud.cap.1.§. Si capitanei. de feudo Marchia.in c.1.de eo qui sibi vel hæredibus suis mascul. Non mirum igitur, cur ipsi inuito ius hoc aliunde quæsitum auferri nequeat. Hæc verò ratio in filio & cæteris descendentibus penitus cessat. Nam in feudo non tam beneficio primi acquirentis, quàm mediante persona patris sui succedit, & ab ipso patre capere videtur, vt probatur in d. §. Si capitanei, & notat Bald. & Doct.in ca.1. an agnat. vel filius, vbi Cuiacius eius manifestam affert rationem, quoniam si filius censeretur feudum non a patre proximè defuncto, sed ab auo obtinere, tum sanè patruus filij, qui auo proximior est gradu, potius succederet in feudo, excluso filio: sed cùm patruũ in successione feudi excludat, palam est illum, feudum non ab auo, sed à patre suo nancisci. Non igitur reuocandi ius agnatis concessum, ad filios pertinere debet, non solùm quia cessat ratio, ob quam agnatis hoc ius indultum est; sed etiam quia alia succedit, quæ in persona filiorum longè aliud suadet, nimirum hosce factum eius præstare debere, à quo lucrum* D *capiunt, & cuius beneficio ad feudi successionem perueniunt.* C

Respondeo, animaduertendum esse, maiorem quidem propositionem veram esse; Ex qua persona quis lucrum sentit, eius factum præstare debet.l. Ex qua persona.de reg.iur. Cęterùm alia propositio, quę assumitur, vera non est, nimirum filium ex persona patris lucrum capere in proposito casu, quo feudum pater alienauit. Nam aut dicimus, filium ex persona patris lucrum sentire, quia sit hæres eius, & successor in cæteris bonis, & hoc certissimum est, sed in hoc casu locum non habet conclusio nostra, quia nos quoque asserimus filium hæredem patris, feudum alienatum reuocare non posse. Aut volumus filium sentire lucrum ex persona patris respectu feudi; quia videlicet illud ex patre ipso habere videatur: Et hoc nequaquam locum habere potest, nisi filius feudum alienatum reuocare possit. Quo enim pacto lucrum sentire poterit filius, si illud reuocare nõ pos-

sit? Ex quibus patet non rectè applicari, quod Cuiacius dixit, & ante eum Baldus & alij, filium videlicet, patris hæreditatem sibi delatam repudiare non posse, & feudum retinere. Nam cùm feudum ex patre suo habere videatur, & quasi hæres patris, non est consentaneum iuri, vt eius hæreditatem repudiare possit, eamque à feudo separare. Hic sermo est de feudo non alienato, sed à patre possesso, & relicto inter alia bona patris eo in casu, quo filius ad hæreditatem vocatus est. Nostra autem quæstio est de feudo alienato, & de filio qui hæres non sit patris. Vnde res est planè dissimilis, & diuersam habet rationem vt patet.

Sextum argumentum est; *quia filij in materia feudali plerunque hæredes patris appellantur. cap. 1. §. Etsi clientulus. de alienat. feudi, &c. Non enim id frustra factum esse, sed hoc ipso significari videtur, filios ad feudum non nisi ex persona patris peruenire, atque adeò ipsi in feudo heredes esse, & feudum illi acceptum ferre, factumq́, parentis præstare debere.*

Respondeo, si filius sit hæres patris, me non confutare hoc argumentum, sed ei acquiescere. Cæterùm, si hæres non sit, non video cur non possit feudum alienatum reuocare, ad quod est inuitatus ex antiquis concessionibus ac inuestituris. Quod enim filius in feudo succedere videatur, tanquam hæres patris, verum est, & locum habet, quando feudum reperitur in hereditate patris: Tunc illud ita coniunctum est cum reliqua hæreditate, vt non liceat filio separare hæreditatem ab eo, & retēto feudo, eam repudiare: sicut nemo potest secundum iuris regulas partem hæreditaris accipere, & partem repudiare. l. 1. & 2. ff. de acq. hæred.

Sed aliter dicendum est, vbi feudum alienatum est, nec extat inter bona paterna: Certè ad illud reuocādum filius actionem habet, quia illi debetur ex antiquis inuestituris, vt dictum est, si non sit hæres patris.

Septimum argumentum sumitur ex cap. 1. An agnatus vel filius. & c. 1. §. Filius de Capitaneo qui curiam vendidit. *Nam cum ibi manifesta constituatur differentia inter agnatum & filium, & huic iniungatur, vt vna cum feudo simul hæreditatem paternam adeat, & de feudo etiam debita hæreditaria persoluat, quis negare ausit, magnam esse inter filios & agnatos diuersitatem, & filios factum patris in feudo, longè magis quàm agnatos capescere debere, neque propterea feudum à patre alienatum reuocare posse? Cum regulariter heres factum defuncti præstare teneatur. l. Cum à matre. C. de rei vend. Si enim filius de feudo tenetur luere debita parentis, etiam eo in casu, in quo de mente patris non satis constat, filio in feudo præiudicium generare voluisse, vtique multò magis factum parentis præstare tenebitur, quando ex alienatione facta certum est, eum feudum ad alium magis quam ad filium, transmittere in animo habuisse, &c.*

Respondeo, negando consequētiam illam. Filius non potest feudum retinere, nisi simul etiam accipiat hæreditatem patris. Item tenetur ex feudo soluere debita patris, ergo etiam eo in casu, quo hæres esse non potest (de eo enim casu iam disputamus) non potest feudum à patre alienatum reuocare. Licet enim in hoc differat ab agnato, quia agnatus potest feudum retinere, & hæreditatem repudiare, non tamen efficitur etiam in eo de quo agitur, quod longè diuersum est, differre: Factum patris præstat filius quoties hæres est. Id non nego. Tenetur etiam tunc debita patris soluere ex feudo cùm hæres est. Cæterùm si non sit hæres, non quia nolit, neque enim potest hæreditatem repudiare & feudum retinere, sed quia non est delata ei hæreditas, vel aliam ob causam, tunc non tenetur præstare factum eius, & potest meritò ex iure sibi competente feudum vendicare.

Octauum argumentum ex illis iuris capitulis sumitur, *quibus docetur, quod etsi delictum vasalli agnatis nocere nequeat, filijs tamen eiusdem obsit, vt in cap. 1. Si vasallus feudo priuetur, & in cap. 1. §. Vasallus, si de feudo defuncti, &c. & in cap. 1. §. fin. quæ fuerit prima causa benef. amitt. & in c. 1. An ille qui interfecit fratrem domini sui. Nam vel ex hoc ipso manifestum est, filios in feudo non eodem cum agnatis iure vti, sed eos factum parentis magis luere ac præstare debere: neque vlla probabilis potest reddi ratio diuersitatis, quam ob causam vasallus quouis modo amittendo feudum, possit præiudicare filijs, alienando verò, hoc ipsi integrum esse non debeat.*

Respondeo, delictum patris filijs in feudo antiquo nō nocere, quod videlicet non ex patris beneficio, sed aliunde filijs defertur, in quo feudorum genere nostra versatur disputatio. argum. l. 3. ff. de interd. & releg. l. 1. §. vlt. l. 3. §. Si emancipatus. ff. de bonor. possess. contra tab. l. Si necem §. Si deportatus. ff. de bonis liber. l. Cognouimus cum auth. sequenti. C. de hæreticis, ita omnium primus docuit Cynus, quem refert & sequitur Bar. in d. l. 3. ff. de interd. & releg. Alex. in l. Si finita. §. Si de vectigalibus. nu. 29. ff. de damno inf. Zasius de feudis, par. 16. num. 96. Clarus. § Feudum. q. 66. vers. Sed quæro hoc casu.

Et licet Pistorius in hoc articulo contrariam habuerit sententiam, q. 16. nos tamen inferiùs, cap. 21 argumenta eius confutabimus: & ex ijs, quæ ibi adferemus, perspicuum erit, hanc responsionem bonam esse & idoneam.

Nonum argumentum est, *quia ex parte domini iure feudorum expressè cautum est, heredes eius teneri rata habere ea, quæ inuestiendo gessit. c. 1. qui successo. tenean. cap. 1. §. Idem sciendum. de notis feudor. Si enim filius domini inuestientis tenetur præstare factum eius, sanè non video, cur non in persona vasalli idem ius esse debeat, cum vtrobiq́, eadem subsit ratio.*

Respondeo, hoc argumentum obstare sententiæ, quā secutus est Pinellus. Is enim existimauit filium licet hæres sit patris, reuocare posse feudum à patre alienatum. Nobis autem non obstat, quia fatemur, si filius sit hæres patris, præstare debere factum eius, nec reuocare posse quæ pater fecit.

Decimum argumentum sumitur ex c. Titius. Si de feudo fuerit controuers. inter dom. & agnat. vasalli, vbi extantibus filijs, solis agnatis ius reuocandi feudum conceditur, quod argumento est, filios feudum reuocare non posse. *Cur enim quæso,* inquit Pistorius, *agnati refuso precio reuocarent feudum, si integrum esset filijs defuncto parente feudum sine precio recuperare & agnatis, quis caro emerunt, id iterum auferre? Nam omnem laborem in reuocando frustrà ponerent, omnemque pecuniam profunderent; quod quia verisimile non est eos commissuros. l. Cùm de indebito. ff. de probat. ideò minimè credendum eo in casu, in quo extantibus filijs iura feudalia de agnatorum reuocatione solicite agunt, filijs ius reuocandi competere; sed potius ex hoc ipso statuendum est, eos feudum alienatum reuocare non posse.*

Respondeo, verisimile, esse, agnatum refuso precio feudum ex iure retractus redemptum etiam filijs extantibus, licet filijs post mortem patris competat ius ad feudum vendicandum, si ei de euictione promissum, & cautum sit, & patris alienantis bona pro indemnitate sufficturæ sint; ita vt verisimile sit filium patris hæredem futurum, quo casu ille à reuocando feudo excluditur, aut certè in ipsis bonis Patris agnato sit prospectum filio feudum reuocante. Et cùm verisimile id sit, & plerunque contingat, vt ad aliud propositum dicebat ipse Pistorius, filium patri hæredem futurum; Hinc efficitur haud quaquam verisimile esse agnatum à reuocando feudum retardatum ac deterritum iri, eam ob causam, quòd metuat filium post mortem patris feudum recuperaturum, siquidem vt dictum est, Filius hæres patris non potest illud reuocare.

Vndecimum argumentum est, quia hæc videtur esse mens, tam acquirentis quàm concedentis feudum, *vt tum demum ad filios transire voluerint, si in eadem voluntate perseuerantes illud non alienauerint, atque inde hanc ipsam conditionem contractui inter dominum & va-*

& vaſallum inito tacitè ineſſe, vt docuit Iſernia in cap. 1. §. Et ſi libellum. col. 3. de alien. feud. patern. Eadem igitur lege atque conditione ad deſcendentes ſuos feudum tranſmiſiſſe cenſebitur acquirens, vt tum demùm ad filios eorum deuoluatur, ſi ipſimet non alienauerint. Nam regulariter conditio quam ab initio ex conuentione recepit contractus, ad hæredes etiam tranſmitti ſolet. l. 2. §. Ex his. ff. de verb. oblig. &c.

Reſpondeo, hanc quidem conditionem inter dominũ & acquirentem interpoſitam videri, & ideo acquirens feudum poteſt illud cum conſenſu domini alienare, etiã in præiudicium filiorum, vt ſuprà diſputatum & concluſum eſt, cap. 8. Cæterùm inter dominos & alios, qui primi non acquiſiuerunt, videri non poteſt illa cõditio conceſſioni ineſſe, vt & ipſi qui non acquiſiuerunt feudum, ſed acquirentibus primis ſucceſſerunt, alienare illud poſſint in præiudicium, quibus ex prioribus ipſis acquiſitionibus & conceſſionibus ius quæſitum eſt: Imò verò ea primorum acquirentium intentio fuiſſe præſumitur, vt feudum quod ipſi acquiſiuerunt & non alienarunt, perueniat ad filios & nepotes, alioſque agnatos, qui ex inueſtituris vocantur, & comprehenſi ſunt, vt in familia & agnatione conſeruetur.

Duodecimum argumentum ſumitur ex §. Si alter ex fratribus. in capitulis extraordinarijs, quẽ Cuiacius inter cætera iura feudalia retulit, tit. 83. lib. 4. *Si alter ex fratribus,* inquit text. *qui paternum habeat beneficium, ſuam portionem dederit domino, vel alicui extraneo, dominus vel extraneus tandiu teneat ſine præiudicio, quàm diu ille qui dedit hæredem maſculum habuerit, ſi verò ſine hærede deceſſerit, alter frater ſi vixerit, vel eius hæres, ſine vllo obſtaculo & temporis præſcriptione beneficium quod hæreditarium eſt, vindicet à quocunque poſſidente: Ecce* (verba ſunt Piſtorij) *his verbis diſertè aſſeritur, eum in quem feudum alienatum eſt, iſtud tam diu tenere, quamdiu is qui alienauit hæredem maſculum, id eſt, filium habeat. In aperto igitur eſt, filium feudum alienatum reuocare non poſſe, cùm alioqui non tamdiu, quamdiu alienator hæredem habeat, teneret, ſed quàmdiu hæres non reuocaret.*

Reſpondeo, textum hunc non eſſe authenticum, cùm inter ordinarios textus non cõtineatur. Præterea locum habere poſſe eo caſu, quo filius ſit hæres patris, tũc enim is reuocare non poteſt feudum à patre alienatũ. Et ideo quamdiu alienator hæredem habet, tamdin is in quem alienatum eſt, feudum illud retinere poteſt: quia filius & hæres patris, non poteſt quidem feudum reuocare, ſed impedir agnatum, ne illud reuocet: Neque enim agnatus filio exiſtente in medio, qui eſt gradu proximior, & ideo præfertur alijs, poteſt feudum vendicare.

Poſtremum argumentum eſt, quia ſi filij feuda à parentibus alienata reuocare poſſent, *bona feudalia omni commercio eximerentur, neque quidquam certi de illis poſſet conſtitui. Nam etſi omnes agnati, qui tempore alienationis ſuperſtites ſunt, conſentirent, filiorum tamen conſenſus impetrari non poſſet, cùm illi vel nondum in viuis, vel in minori adhuc ætate conſtituti eſſent, atque propterea nunquam iſta de feudo poſſet contrahi, quin contractus ille progreſſu temporis in irritum reuocaretur, &c. quàm autem id abſonum ſit, nemo eſt qui non videat.* Et poſt pauca: *Vt interim omittam opinionem illam, quæ filijs ius reuocandi concedat, nec pietatis quidem rationi ſatis conuenire. Honor enim ille, quem vt parentibus liberi exhibeant diuina ſanctione ſeuerè adiguntur, à filijs hoc exigit, ne ea quæ pater ipſorum geſſit & contraxit, cum dedecore ipſius in irritum reuocent; ſed potius, vt ea quæ ipſi placuerunt, pro debita reuerentia rata habeant, & ſuo etiam conſenſu approbent, &c.*

Reſpondeo, negando impediri feudorum cõmercia & alienationes, licet filijs competat ius reuocandi. Primò, quia emens ſibi poteſt conſulere, exigendo etiam filiorum conſenſum. Secundò, quia poteſt ſibi de euictione ſtipulatione interpoſita idoneè, & ſufficienter cauere.
A Tertiò, quia filij non habent ius reuocãdi feudum, quoties patris ſunt hæredes, quod frequentiſſimè contingit. Quartò, quia emptor poteſt ſibi cauere in ipſis bonis alienantis feudum, vel ſi non habet, in precio quod ſoluit ita paciſcendo, vt illud cõuertatur in emptorem rerum immobilium, vel aliter vt euictione ſecuta ipſi conſultum eſſe poſſit.

Porrò, quæ de reuerentia parentibus à filijs exhibenda dicuntur, veriſſima ſunt, ſed ad eum caſum non pertinent, quo parentes de rebus filiorum diſponunt; tunc. n. quæ à parentibus geſta ſunt, reuocari poſſunt à filijs, lege id permittente. l. 1. C. de bonis mater. niſi ſint hæredes patris. l. Cùm à matre. C. de rei vend. Quare nullam filius videtur iniuriam patri facere, dum ſuo iure vtitur. l. Nullus videtur, de reg. iuris.

CAPVT XIX.

B *Poſſitne filius feudum à patre alienatum, eo viuente, precio reſtituto redimere.*



SImiliter in controuerſia eſt, an poſſit filius vti iure retractus, & precio reſtituto feudũ à patre venditum redimere eo viuente. Nã ex c. Titius. ſi de feudo defuncti fuerit controuer. inter dom. & agnat. vaſalli, non rectè intellecto, plurimi interpretum eo in loco tradiderunt, poſſe filium vti iure retractus patre viuente: A quibus tamen receſſit Baro Schenck. in ſuis commentarijs, nec non Piſtorius quæſt. iuris, lib. 2. par. 1. q. 13. eo fundamento nixus, quòd filius nec viuente, nec mortuo patre feudum reuocare valeat. quod ſanè infirmum eſſe patet ex dictis in præcedente capite. Cæterùm præfatus Baro Schenck ita ratiocinatur. *Vnde obſecro viuente patre filijs nummi & pecunia, quibus hoc precium emptori refundãt? non enim ſemper caſtrenſe, vel quaſi caſtrenſe peculium libe-*
C *ri poſſident. Item cùm filij in patria conſiſtant poteſtate, quomodo eis hanc reuocationem facere integrum erit viuo patre? Quantam porrò exiſtimes inter patrem liberoſq; exorituram contentionem, aut ſi fortè colludant, quàm fuerit indecorum. ſi quod hodie cum domini conſenſu alienauit pater, id protinus in irritum filij reuocare voluerint. contra l. Ea quæ à patre. C. de reſtit. milit.*

Ego puto veriſſimam eſſe hanc ſententiam, quæ negat filios vti poſſe iure retractus. Primò, quia nullus ex iure feudali locus proferri poteſt, ex quo iſtud ius competere filijs demonſtrari poſſit: Nam quod attinet ad dictum c. Titius. ibi non agitur de filijs reuocantibus feudum alienatum mortuo vel viuente patre, ſed de agnato, vt ſuprà latè explicauimus, cap. 9.

Secundò, quia in eodem c. Titius. habetur, agnatum poſſe feudum ſoluto precio reuocare ex iure retractus, etiam filijs extantibus, ex quo intelligi poteſt, filijs id ius non competere, quia alioqui agnatus tanquam remotior
D in gradu excluderetur.

Tertiò, quia ſi ad ius commune recurramus, quod ſeruatur in feudis, vbi deficit ius feudorum, cap. 1. de feudi cogn. conſtat non competere ius retractus ex l. Dudum. C. de contrah. empt.

Quartò, nam in hoc aperta eſt ratio differentiæ ac diuerſitatis inter filios & agnatos. Etenim agnatis competit ius retractus, quia ipſi eodem precio, quod ab alijs offertur, poſſunt à principio feudum emere, aut certè redimere eodẽ precio reſtituto, c. 1. §. vlt. qualiter olim feud. poterat alien. c. 1. §. Sed & res. per quos fiat inueſt. ſed filij non poſſunt. Nam inter patrem & filium emptio & venditio non conſiſtit, præterquam in caſtrenſibus. l. 2. ff. de contrah. empt.

Igitur niſi filius pecuniam habuerit caſtrenſem, vel quaſi, emere non poterit. Nam ſi profectitiam habeat, illa eſt patris, quia in profectitijs nihil immutatum eſt, ſi verò aduentitiam, illius adminiſtratio, & vſusfructus

ad patrem spectat. l. 1. C. de bonis mater. consequenter non pôt eo authore contractus fieri. l. 1. ff. de autho. tuto.

Quòd si filius emancipatus sit, vel pecuniam habeat castrensem, vel quasi castrensem, hæ quidem rationes cessant, veruntamen non crediderim ei concedendum esse ius retractus absque iuris feudalis authoritate: Est enim hæc res strictè potius quàm latè interpretanda, quoniam iuris regulis maximè aduersatur ius retractus. d. l. Dudum. C. de contrah. empt.

CAPVT XX.

Publicatis bonis vasalli propter delictum ab eo commissum, vtrum feudum publicetur.

INsignis controuersia est. Vasallus delictum commisit, propter quod eius bona, siue ex iure communi, siue ex statuto confiscāda sunt, vtrum feudum confiscari debeat. Variæ fuerunt nostrorum interpretum sniæ. Prima fuit, feudum confiscari, quantum ad vtile dominium vasalli. Sed quia fiscus illud retinere non potest, nec enim expedit domino feudi habere principem in vasallum: nec etiam id decet, idcirco feudum vendendum esse, & principem, siue fiscum partem precij pro æstimatione vtilis dominij cōsequi debere, dominum verò feudi alteram partem pro æstimatione directi dominij, aut vtile feudi dominium vendendum esse alicui, qui velit & possit seruire domino ipsius feudi. Ita docuit Spec. in tit. de feudis. §. Quoniam. quæst. 40. Eiusdem sententiæ alios commemorat Marcus Antonius Peregrinus, de iure & priuilegijs fisci, lib. 5. tit. 1. nu. 110. vers. Sciendum tamen est. vbi citat Socinum seniorem, & Socinum iuniorem, in aliquibus consilijs nihil hac de re dicentes, quantum mihi videre licuit accuratè quærenti.

Sed huius sententiæ nullum fundamentum inuenio. Nam text. in l. Si finita. §. Si de vectigalibus. ff. de damno infecto, quem Speculator adducit, nihil commune cum quæstione nostra habet.

Secunda est opinio, feudū hoc in casu confiscari, quantum ad commoda & fructus, qui ex eo percipiuntur, vt scilicet ad fiscum pertineant, donec vasallus vixerit: ita docuerunt Albertus Gandinus, & Guido Suzarius, quos refert & sequitur Albericus in 3. par. statutorum, q. 16. & in Authen. Item si dominus temporalis. C. de hæreticis. Baldus in c. 1. §. fi. in fine. Per quos fiat inuestitura. Afflictus decis. 282. nu. 14. Boerius decis. 264. Ægidius Bellamera decis. 725. Peregrinus vbi suprà, nu. 115.

Fundm̄ est primò, in l. Statius Florus. §. Cornelio Felici. ff. de iure fisci. Secundò in l. Si postulauerit §. Iubet. ff. ad leg. Iul. de Adult. vbi in vsufructuario ita constitutum est, *vt vsusfructus perceptio ad publicum incipiat pertinere*. Tertiò, in c. 1. §. vlt. de capitulis Corradi. ibi *Eo viuente, &c. ad regem pertineat*. Quartò, quia id videtur rationi consonum, quandoquidem respub. læsa est ex delicto vasalli, vt princeps pœnę commodum consequatur.

Sed hoc fundamentum re vera non est solidum, quia leges allegatæ nō loquuntur de feudo, sed de alijs rebus, quas certum est confiscari posse propter delictum possessoris: tunc enim ratio postulat, vt apud fiscum tamdiu maneant, quamdiu apud ipsum delinquentem mansissent, sed non loquimur de feudo, quod ob certas quidem causas amittitur, sed vtrum amittatur propter omne delictum, ob quod bona confiscantur, valde dubium & incertum est: Et text in d. c. 1. §. vlt. de Capit. Corrad. loquitur quando vasallus feudum amisit propter culpam suam, vt patet ibi. *Ipsum propter suam culpam perdat, &c.* Ratio denique illa locum habet, in alijs rebus, quas certum est cónfiscari ob delictum, non in feudo, quod ex certis duntaxat causis amitti potest.

Tertia est sententia, distinguēdum esse, vtrum bonorum confiscatio fiat propter delictum, ob quòd vasallus etiam feudo priuatur, & tunc feudum ad agnatos pertineat, vel ad dominum secundum iura feudalia; an verò propter aliud delictum, & tunc ad fiscum peruenire debeat, & apud eum manere donec vixerit vasallus. Ita post Iserniam docuit Martinus Frecia de authoritate & potestate Baronis, lib. 2. authorit. 29. sequitur Hartmanus Pistorius, quæst. iuris, lib. 2. parte 1. quæst. 15. nu. 8.

Fundamentum est, quia hoc posteriore casu vasallus feudum non amittit, ergo ius quod ipse habet, ad fiscum, qui in omnia eius iura succedit, ex generali bonorū confiscatione pertinere debet. Exemplum adferunt de vsofructu, quem pater habet bonorum filij. Nam si patris bona confiscata sunt, eam ob causam ex qua etiam patria potestas amittitur, tunc fiscus in vsufructu non succedit. Si verò eam ob causam, quæ patriam non aufert potestatem, bona sint confiscata, tunc fiscus in eo vsufructu succedit, eodemque iure vtitur, quo pater vteretur, ita Salicetus in l. Si quis post. C. de bonis damnator. de quo Alexander latè in l. Si finita. §. Si de vectigalibus, nu. 51. ff. de damno infecto.

Sed hoc fundamentum valde est infirmum. Nam illa consequentia non est bona. Vasallus hoc in casu feudum non amittit, ergo ad fiscum transit. Imò verò dicendum est, si vasallus feudum non amittit, quia videlicet nō cōmisit culpam propter quam feudo priuari debeat, ipsum retinere feudum, non autem ad fiscum transire: licet enī reliqua bona confiscari debeant propter vasalli delictū, non tamen sequitur, feudum confiscari, quia aliter iure cautum est de feudo, aliter de cæteris rebus. De feudo cautum est, vt ob certas causas amitti debeat. toto tit. quib. mod. feud. amittatur. & tit. quæ fuerit prima causa benef. amitten. & alibi, Ergo extra dictas causas nō amittetur, licet cætera bona amittantur ob delictum, propter quod bona publicari debēt. Quare non pertinet ad rem exemplum quod affertur de vsufructu, quia vsusfructus quem pater habet in bonis aduentitijs filij, eodem iure censetur, quo cæteræ res, quæ in confiscationem bonorum veniunt.

Quarta est sententia, feudū confiscari, quoties ita concessum est vasallo, vt etiam ad hæredes extraneos peruenire possit, ita docuit Bossius tit. de bonor. publicatione, nu. 5 . vbi tamen dicit, hoc procedere donec durat vita delinquentis: sed tamen absolutè hoc in casu confiscari, etiam post mortem delinquentis, respondit Crauetta in cons. 128. nu. 7. Eandem sniam, quod feudum veniat in publicatione bonorum, quando ad hæredes extraneos transire potest, amplexi sunt Iacobinus in vers. dictique vasalli promiserunt non cōmittere feloniam, nu. 61. Curtius iunior cons. 4. nu. 20. Roland. à Valle. cons. 29. nu. 17. lib. 3. Menoch. de recup. possess. remedio 9. nu. 251. Prosper Farinac. lib. 1. q. crim. q. 25. nu. 71. vers. Vnde secus.

Fundamentum est, quia fiscus habetur loco extranei hæredis. l. 2. C. ad l. Iul. de vi. l. j. C. de bonis libert. l. Eorū. ff. ad l. Iul. Maiest. Ex quo regula hæc conficitur, Ea quæ ad extraneos hæredes peruenire possunt, etiam ad fiscū transire. latè Farinacius loco proximè annotato, nu. 51.

Sed vt liberè dicā id quod sentio, nullius momēti hoc fundamentum mihi vr, quia licet feudum ita sit concessum, vt ad quoscunque transire possit, non tamen suam in reliquis naturam amittit: præsertim quantū ad causas quibus amittit. ita docet text. in c. de feudo non habente propriam naturam feudi. in illis verbis: *Licet propriā feudi naturam non habeat, iure tamen feudi censebitur, vt ex ijs causis ipsum amittat quibus & verum feudum.*

Hoc ita posito, ego sic argumentor. Si feudū ita concessum, vt ad extraneos hæredes transire possit, iure feudi nihilominus censet, & non amittitur nisi ex ijs causis quibus verū feudum amittitur, ergo nō statim dicendū est, tale feudum ad fiscum transire propter delictum uasalli, cuius causa bona eius publicata sunt. Ratio est, quia fieri pôt, ut eiusmodi delictū non sit iusta causa amissionis feudi: Et dato quod sit iusta causa amissionis feudi,

quia

quia iure feudi censetur, sicut verum feudum non transibit ad fiscum, sed ad eos, ad quos feudũ pertinet, quòd vasallus propter culpam amisit.

Quinta igitur est opinio, quæ mihi verissima videtur, feudum non pertinere ad fiscum publicatis bonis vasalli propter delictum, sed ad dominum, vel ad agnatos pertinere; addo ego, & aliquando ad ipsum vasallum. Ita docuerunt Bartolus, Castrensis, Imola, Alexand. & cæteri ad l. Si finita. §. Si de vectigalibus. ff. de damno infecto. Decius in cons. 252. Clarus §. Feudum. quæst. 84. Rolandus à Valle cons. 1. num. 31. lib. 3. alios citat Farinacius d. quæst. 25. nu. 62. & nu. 68.

Fundamentum est firmissimum hoc, sententia mea. Nam aut tale delictum vasallus cõmittit, propter quod non priuatur feudo, & tunc nulla est ratio, cur feudum ipse non retineat, si videlicet domino seruitium præstare possit, vel per se, vel per substitutum, vt declarat Alexander in d. §. De vectigalibus. nu. 26. & post eum Ruinus cons. 23. nume. 31. lib. 5. Nec enim rectè infertur, vt etiam superiùs dixi, ex eo, quòd fiscus ex publicatione bonorum succedit in delinquentis iura, etiam succedere in feudo, quia licet vasallus cętera bona amittat propter delictum, nõ tamen feudum amittit, nisi tale sit delictum, quod inter causas numeretur, quibus feudum amittitur. Si non sit tale delictum propter quod feudum amittitur, ergo illud vasallus retinet, non fiscus: alioqui propter illud delictum amitteretur, propter quod de iure amitti non potest, quod repugnantiam quandam atque absurditatem continere videtur.

Nec obstat si dicatur, licet delictum non sit caussa immediata amissionis feudi, tamen est caussa publicationis bonorum; qua bonorum publicatione, veluti vniuersitate quadam, etiam feudum contineri videtur; quia multa cum vniuersitate transeunt, quæ alias non transirent. Nam respondetur, caussam quidem publicationis bonorum esse delictum, sed non feudi, sicut aliorum bonorũ confiscationem inducere: Et in generali bonorum dispositione feudum non contineri. c. 1. §. In generali. si de feudo defuncti conten. fuerit inter do. & agna. vasalli, latè Dom. meus Cephalus cons. 29. nume. 12. lib. 1. Roland. à Valle cons. 39. lib. 3. Deniq; leges, quę bonorum publicationem inducunt, nequaquam pertinere ad feuda posse, quia suis legibus reguntur feuda, nõ iure communi; consequenter cum bonorum vniuersitate, feuda, hoc in casu in fiscum transire non possunt.

Aut verò tale est delictum à vasallo perpetratum, ob quod feudũ secundùm ipsas leges feudales amittere debet; & tunc cùm eisdem legibus cautum sit, ad quos feudum peruenire debeat, rectè infertur ad eos pertinere, nõ autem ad fiscum. Porrò alijs feudum applicari, quàm fisco, vasallo culpam committẽte, propter quam feudum amittere debeat, palam est, ex c. 1. Si vasallus feudo priuetur cui deferatur. c. 1. §. vlt. quæ fuerit prima causa ben. amitten. ex c. 1. an ille qui interfecit fratrem domini sui, & alijs in locis. Atque ita sentio: sed melius sentientis iudicio me submitto.

CAPVT XXI.

Quomodo accipiendum quod dicitur, vasallo delinquente extra personam domini, feudum ad agnatos pertinere, an pertineat ad eos tantùm qui sunt in quarto vel vlteriori gradu?



FEudum ad agnatos pertinere vasallo delinquẽte extra personam domini, ita vt feudo priuandus sit, extra omnem controuersiam est. Sed variæ sunt sententiæ, quomodo id accipiendum sit, id est, vtrum ad eos duntaxat agnatos pertineat, q̃ sunt in quarto vel vlteriori gradu, an verò, etiam ad eos qui sunt in proximiori, puta secundo vel tertio. Etenim authores sunt multi ijque grauissimi, ad eos solùm pertinere qui sunt quarto vel vlteriori gradu agnationis coniuncti. Ita censuerunt Iacobus Beluisius & Baldus, & D. Baro Schenck in c. Si vasallus culpam. tit. si de feudo defuncti cõtentio sit. Iacopinus à S. Georgio in inuestitura feudali, vers. *Dictiq; vasalli promiserunt*. nu 53. Curtius iunior de feudis, par. 5. num 10. vers. *Tertia principalis conclusio*. Zasius in Epitome de feudis, par. 12 nume. 103. 104. & sequentibus. Franciscus Duarenus de Feudis, c. 17. num. 3. Sonsbecius in vsus feudorum, par. 13. num. 8. vers. *Secunda regula generalis*. Clarus §. Feudorum. q. 66. Ruinus cons. 23. num. 32. lib. 5. Rubeus cons. 76. nu. 3. Socinus iunior cons. 68. nu. 28. lib. 3. Alciatus cons. 180. num. 4. Alexander de Neuo cons. 98. nu. 18. Berous cons. 77. num. 7. lib. 1. Menochius cons. 99. nu. 147. lib. 1. Bursatus cons. 148. nu. 7.

Sed contrarium respondit Aluarotus in c. 1. §. vlt quæ fuerit prima caussa beneficij amitten. conclus. 11. quem sequitur ibi Prępositus col 4. & nonnulli alij, quos refert & probat Pistorius quæstionum iuris lib. 2. parte 1. q. 15. nu. 12. cum pluribus sequentibus. Isti responderunt, feudum ad proximiorem agnatum pertinere, nulla quarti gradus restrictione facta.

Prioris sententiæ argum. hæc sunt. Primum ex c. 1. §. Si vasallus. Si de feudo defuncti contentio sit inter do. & agna. vasalli, vbi tex. ita dicit: *Si vasallus culpam commiserit, propter quam feudum amittere debeat, neque filius, neque eius descendentes ad id feudum reuocabuntur, sed agnati, qui quarto gradu sunt, dummodo ad eos perueniat.*

Secũdum est ex c. 1. Si vasallus feudo priuetur, cui deferatur. Verba hæc sunt: *Vasalli delinquentis feudum licet ad agnatos quandoq; pertineat, filius tamen ad id nullatenus aspirabit, nisi id iterum à domino licitè acquirat. sibi gratiam faciente, verbi gratia. si non sunt alij ex latere, quibus aperiatur, ad eius petitionem admittuntur, qui quarto gradu sunt remoti ab eo, qui illud acquisiuit, & etiam vsque in infinitum, dum tamen hoc constet, ab eo per masculos descendisse.*

Tertium argumentum est ex ratione petitum. Nam agnati, qui intra quartum gradũ sunt, quantò proximiores, tantò magis similes vasallo delinquenti præsumuntur, argum. l. Quisquis C. ad legem Iuliam Maiest. l. Quod si nolit. §. Qui mancipia. ff. de ædil. Edi. quæ suspicio non ita remotiores attingere videtur, ac proinde illi à feudo submouendi sunt, qui proximiores sunt, remotiores autem admittendi.

Posterioris autem sententiæ fundamẽtum est primò in c. 1. An ille, qui interfecit fratrem domini sui, in illis verbis: *Quia tamen erga dominum non fuerit facta* (scilicet felonia) *ad agnatum proximiorem feudum pertinebit, si paternum fuerit, eodem prorsus obseruando, quantum ad ordinem gradus, qui continetur in legibus.* Secundò in c. 1. §. vlt. quæ fuerit prima causa beneficij amittendi, in illis verbis: *Si verò non in dominum, sed alias grauiter deliquerit, vel graue quid commiserit, sicut ille, qui fratrem suum interfecit, vel aliud graue crimen (quod parricidij appellatione continetur) commiserit, feudum amittit, & non ad dominum, sed ad proximos pertinet. si tamen beneficium fuerit paternum. sic enim sæpe pronunciatum scio.* Tertiò, in ratione ista, quia videtur iniquum esse, vt agnati, quibus ius quæsitum est, propter delictum vasalli damnum patiantur. Nemo enim odio & delicto alterius prægrauari debet. l. Crimen. ff. de pœnis. l. Sancimus. C. eod. tit. l. Tutorem. ff. de his quib. vt indig. l. Non debet. de reg. iur.

His argumentis respondent prioris sententiæ authores, textus feudales, qui proferuntur pro posteriori sententia, ex alijs textibus declarandos esse, qui adferuntur pro confirmatione prioris sententiæ, vt nimirum proximiores, siue proximi in hoc proposito intelligantur, qui sunt in quarto, vel vlteriori gradu.

Quæ responsio repugnat verborum naturæ. l. 1. §. Proximus. ff. Vnde cognati. l. Proximus. de verb. sig.

Sed

Sed & ad prioris sententiæ argumenta respondetur, non hunc esse sensum textuum, qui adseruntur, vt ij dũtaxat agnati hoc in casu admittantur, qui sunt in quarto, vel vlteriori gradu; sed quod attinet ad textum in d. §. Si vasallus, sensus est, agnatos vsque ad quartum gradũ admitti, quia vlteriores olim non admittebantur, vt patet ex c.1. §. Hoc quoque, de success. feud. & ex c.1 §. Hoc quoque, qui feudum dare possunt. Quod verò attinet ad textum in c.1. Si vasallus feudo priuetur, &c. Sensus est, admittit eos, qui sunt in quarto gradu, & etiam vsque in infinitum; non quia ij qui sunt in proximiori gradu excludantur; sed vt determinetur vsque ad quem gradum agnati admittantur; & textus dicit vsque in infinitum.

Et quod maximè obseruandum est, non dicit textus eos admitti, qui sunt in quarto gradu coniuncti vasallo, qui delictum commisit, sed ei, qui feudum acquisiuit; ex quo fieri potest, vt à Vasallo delinquente, nõ distet quarto gradu, sed alio proximiori gradu; ex quo tota ratio prioris sententiæ euanescit.

Ego video hanc litem ortam esse partim ex repugnãtia textuum feudaliũ, partim ex obscuritate. Quid enim magis repugnat, quàm agnatos admitti, qui sunt in quarto gradu. Item admitti vsque in infinitum? Aut quid magis obscurum esse potest, quàm dicere, agnatos admitti, qui sunt in quarto gradu remoti ab eo, qui feudum acquisiuit, siue sensus sit, eos qui sunt in proximiori gradu nõ admitti, siue sensus ille sit, admitti vsque ad quartum gradum? Priorem sensum si author habuisset, id debebat exprimere, addita distinctione exclusiua eorum, qui sunt in propinquiori gradu: Si posteriorem, illa dictio *vsque* adijcienda fuerat, hoc modo, agnati admittuntur vsque in quartum gradum.

In hac igitur obscuritate & repugnantia, mihi magis placet eorum sententia, qui agnatos admittendos putant vsque in quartum gradum, ita tamen vt non excludantur qui sunt in secundo, siue in tertio, nec qui sunt vasallo proximiores; atque adeò posterior sententia mihi magis probatur.

Primò, quia textus quibus nititur, sunt magis clari & perspicui, ac proinde æquius est obscuriores ex illis declarari, quàm è contrario.

Secundò, quia responsio, quę adfertur, textibus istis posterioris sententiæ non est satis idonea, cùm verborũ naturæ & significationi minus consentanea sit:

Tertiò, quia prioris sententię textus satis obscuri sunt, & non incommodè ita accipi & interpretari possunt, sicut authores posterioris sententię eos interpretantur.

Quartò, quoniam hæc posterior sententia magis rationi consonat, & æquitati. Quid enim magis iniquum & contra iuris rationem esse potest, quàm propter culpam & delictum vasalli alios excludere innoxios? Auferre illis ius quęsitum ex antiquis inuestituris? Vocare remotiores exclusis propinquioribus? Alia est ratio in crimine læsę maiestatis, vbi meritò in filijs delinquentis exempla metuuntur paterni sceleris, vt in l. Quisquis. C. ad legem Iuliam Maiest. Sed quid, quæso, hoc cum agnatis? ad quos nec ipsum læsę maiestatis crimen vindictam extendit suam?

CAPVT XXII.

Vasallo delictum committente aduersus dominum, cui feudum aperiatur, domino an agnatis?



Vm vasallus in dominum delinquit, & propterea priuandus est feudo, disputari solet, cui feudum aperiatur, atque applicetur. Et quantum mihi diligenter inquirenti intelligere licet, tres existunt Doctorum sententię. Prima, domino feudũ aperiri. Secunda, ad agnatos pertinere. Tertia, feudũ pertinere quidem ad dominum, donec vasallus vixerit, qui eũ offendit, cęterùm defuncto vasallo feudũ agnatis re-

A stituendum fore, & ad eos spectare. Primò, authores adferemus. Secundò, argumenta. Tertiò, quæ sententia nobis videatur magis consona veritati adijciemus.

Priorem sententiam amplexi sunt. Gloss. in cap. vlt. in verbo *ad proximos*, q̃ fuerit prima caussa beneficij amitten. & alibi, Iacobus Beluisius & Baldus in d.c. vlt. Iacopinus in Inuestitura feudali in verb. *Dictiq; vasalli promiserunt*, nu. 58. Curt. iun. de feudis, par. 5. nu. 2. vers. Prima itaque erit conclusio. Zasius de feudis, par. 10. vers. 4. cõclusio. Duarenus de feudis, cap. 17. num. 2. Sonsbecius de feudis, par. 12. nu. 1. Alexander in consi. 30. num. 9. lib. 6. Ioan. de Anania consi. 32. nu. 5. Decius consi. 544. nu. 30. Gozadinus consi. 84. nu. 3. Rubeus consi. 76. nu. 4. Parisius consi. 21. nu. 52. lib. 1. Gratus consi. 2. num. 15. lib. 1. Socinus iunior consi. 168. nu. 126. lib. 3. Berous cõsi. 144. num. 28. & 58. lib. 1. Menochius consi. 99. num. 144. lib. 1. Bursatus consi. 148. nu. 9.

Secundę autem opinionis authores sunt Gloss. in cap. B 1. in §. Hoc quoque, vers. partem suam, de success. feudi, & in cap. 1. si vasallus feudo priuetur, in fine. Hostiensis in summa tit. de feudis. Isernia in c. 1. §. Denique, nu. 49. quæ fuerit prima caussa benef. amitten. & in c. Imperialem. §. Firmiter, nu. 30. de prohibita feudi alien. per Fridericum, & in c. 1. nu. 4. de capitulis Corradi. Clarus in §. Feudum, quæst. 66. vers. *Sed si feudum*.

Tertiæ opinionis authores sunt Isernia in c. 1. *Si vasallus feudo priuetur, cui deferatur*. Iacobus Ardizo de feudis, cap. 135. vers. *Ita sciendum est*. Afflictus in d.c. vlt. quę fuerit prima causa benef. amitten. nu. 2. & in c. 1. nu. 6. *Si vasallus feudo priuetur*. Baldus in l. lege 12. tabularum. C. de legiti. hered. Marinus Frecia de authoritate & potestate Baronis, authoritate 29. nu. 1. Cuiacius de feudis, lib. 3. tit. 2. & lib. 4. tit. 78. Cranetta consi 859. nu. 13. lib. 5. Pistorius alios citans, & hanc sententiam latè defendẽs quæstionum iuris, lib. 2. parte 1. quæst. 15. num. 32. vsque ad finem. Menochius consi. 304. num. 35. lib. 4. & 534. C num. 14. lib. 6.

Fundamentum prioris sententiæ positum est in duobus textibus, qui hoc expressè dicere videntur. Primus est in c. 1. §. vlt. quę fuerit prima causa benef. amitten. verba hæc sunt: *Denique sæpe quæsitum est, vasallo propter istam culpam à feudo cadente, vtrum ad dominum, an ad successorem vasalli beneficium pertineat, sed hæc distinctio tam ratione, quàm moribus comprobata est, vt siquidem vasallus in dominum peccauerit, vt feudum amittere debeat, non ad proximos, sed ad dominum beneficium reuertatur, vt hanc saltem habeat suæ iniuriæ vltionem.*

Alter locus est in c. 1. an ille, qui interfecit fratrẽ domini sui, in illis verbis: *Cùm autem ad dominum respicit felonia, tunc feudum domino aperitur.*

Fundamentũ autẽ secũdę opinionis positũ est in ijs locis, quibus dicitur, vasallo culpam committente, propter quã feudo priuari debeat, feudũ ad agnatos ptinere. c. 1. D si vasallus feudo priuetur, cui deferatur. Itẽ, quia iniustũ esset, vt agnati, quibus ius quęsitũ est, feudo priuarẽtur ex delicto vasalli: siquidẽ culpa & pœna suos obligat authores. l. sancimus. C. de pœnis, & alter ex alterius delicto pręgrauari non debet. l. Nõ debet de reg. iu. Et ad textus, qui pro priori sñia adferuntur, rñdent, hoc modo, videlicet, textum in d.c. 1. §. vlt. quę fuerit prima causa benef. amitten. accipiendũ esse de filijs vasalli delinquẽtis, vt sci licet sensus sit, feudũ nõ pertinere ad proximos, id est, ad filios vasalli: qm̃ in filijs metuũtur exẽpla paterni sceleris, & ideo eos nõ posse ad feudum aspirare inquit tex. in c. 1. Si vasallus feudo priuetur, cui deferatur. Quòd verò attinet ad textũ in c. 1. An ille, qui interfecit fratrem dñi sui, illũ accipiendũ esse docent, deficientibus agnatis, vt sensus sit, feudum domino aperiri, si nulli extent agnatis

Tertiæ denique opinionis argumẽta hęc sunt. Primũ est, quoniam agnatis nocere non debet culpa vasalli, vt iam dictum est; & ideo post mortem vasalli, qui culpam commisit, meritò feudum ad eos pertinet, qui post vasal-

lum

lum ex inuestitutis sunt vocati. Interea verò, cum vasallus vixerit, dominus feudum retinebit in vltionem iniuriæ suæ; Et hoc modo accipienda sunt illa iuris feudalis loca, quibus dicitur, feudum domino aperiri, *vt hanc saltem habeat suæ iniuriæ vltionem*. Hęc enim verba *hanc saltem, &c.* significare videntur vltionem aliquam, non autem magnam, qualis esset, si etiam agnati, qui non deliquerunt, excluderentur. Et eadem hæc ratio, vt hanc saltem vltionem dominus habeat suæ iniuriæ, attingit ipsum vasallum delinquentem, non autem agnatos, qui nihil peccarunt; Ergo ne agnati damnum iniustè patiantur, ita hanc rem interpretari debemus, vt feudum post vasalli mortem ad agnatos pertineat.

Præsertim, quia nullibi expressim dicitur, agnatos iure suo priuari. Ergo priuatio non est à nobis inducenda. argum. §. Cùm igitur, in Authent. de non eligendo secundo nuben.

Secundũ argumentũ est ex l. Statius florus. §. Cornelio felici. ff. de iure fisci, & ex l. Cùm pater. §. Hæreditatẽ. de leg. 2. Sicut enim res restitutioni ex fideicõmisso subiecta manet interim apud fiscũ, donec viuit grauatus, qui delictũ cõmisit; ita etiã de feudo videtur esse statuendũ; quia post vasalli delinquentis mortẽ agnatis restituẽdũ est. Etenim etiam in feudis iuris cõmunis decisiones locũ habent, vbi deficit ius feudorum. c. 1. de feudi cogni.

Tertium argumentum sumitur ex c. vlt. de capitulis Corradi, vbi text. ita dicit: *Item, si clericus velut Episcopus, Abbas, beneficium habens a Rege datum non solummodo personæ, sed Ecclesiæ, ipsum propter suam culpam perdat, eo viuente, & Ecclesiasticum beneficium vel honorem habente, ad Regem pertineat: Post mortem verò eius ad successorem reuertatur.*

Quartum argumentum sumitur ex aliquibus capitulis extraordinarijs feudorum, quæ sunt apud Cuiacium, lib. 4. tit. 78. & 79.

Mihi prior sententia magis probatur. Primò, quia nititur textibus valdè perspicuis, vt patet. Secundò, quia dicti textus aliam interpretationẽ recipere non possunt, quàm hanc, vt feudum liberè ad dominum reuertatur, & absolutè. Hoc patet ex eo, quòd textus illi negant ad proximos feudum pertinere: si enim saltem post vasalli mortem pertineret ad agnatos, non rectè diceretur ad proximos nõ pertinere, imo pertineret, vt patet. Quòd sanè textus illi nõ reticuissent, quia ex professo declarãt, ad quos feudũ deuoluatur, vasallo culpã committente, distinctione adhibita, vt ex eis patet. Hoc autẽ erat potissimum distinctionis membrũ, & nullo modo omittendum, scilicet feudum vasallo defuncto ad agnatos redire.

Tertiò, quia hæc sententia est communior, vt constare potest ex authoribus, qui eam secuti sunt, & cùm habeat tam bonum fundamentum in textibus prædictis, videtur certè præferenda alijs opinionibus, quę nullo satis firmo nituntur fundamento.

Etenim quod attinet ad fundamentum secundæ opinionis, ex textibus, qui dicunt, vasallo culpam committente, propter quam feudo priuari debeat, feudũ ad agnatos pertinere, illud est valde infirmum; quoniam textus illi declarandi & interpretandi sunt ex alijs textibus, qui distinguunt, vtrum vasallus in dominum peccauerit, vel in alios, vt priore casu feudum domino aperiatur, posteriore autem agnatis.

Interpretatio verò, quæ adfertur ad tex. in cap. 1. §. vlt. quæ fuerit prima causa benef. amittendi, nullius est momenti, quia text. negat feudum ad proximos pertinere: Et proximi sunt quos nullus antecedit. l. 1. §. Proximus. ff. Vnde cogn. l. Proximus, de verb. sign. & consequenter siue sint filij, siue agnati, dicuntur proximi: Ergo cùm proximi excludantur, censentur exclusi omnes agnati & successores, qui alioqui feudum obtinerent.

Quæ verò adfertur interpretatio ad text. in c. 1. An ille qui interfecit fratrem domini sui, &c. nimirum, accipiendum esse, deficientibus agnatis, prorsus est inepta,

A quoniam tex. ille duos casus continet. Primus est, quando felonia à vasallo commissa dominum non respicit; tũc ait feudum ad proximiorem agnatum pertinere. Alter casus est, quando felonia respicit dominum, & tunc dicit, feudum domino aperiri: ex quo colligitur, feudum hoc secundo casu non pertinere ad agnatos, etiam si extent, sed ad dominum. Et cùm ex hoc textu agnati excludãtur hoc in casu, hinc etiam apparet *proximos* & successores, quorum fit in hoc proposito mentio in d. §. vlt. quæ fuerit prima causa benef. amittendi, accipiẽdos esse tam pro filijs, quàm etiam pro agnatis proximioribus, qui scilicet alioqui succederent in ipso feudo.

Quod verò dicitur iniquum esse, agnatos excludi propter culpam alterius, nimirum vasalli, sine dubio verum est regulariter, sed in feudis obseruandum est, id locum non habere. Nam filij vasalli excluduntur propter culpã parentis etiam in alios commissam, quàm in dominum: & tamen nemo dixerit iustum id esse, & æquitatis ratio-

B ni consentaneam, aut iuris regulis, si quidem id tantummodò cõstitutum est in crimine læsæ maiestatis. l. Quisquis. §. Filij. C. ad leg. Iul. Maiest. sed scilicet in feudis hęc ita constituta sunt, speciali quadam ratione: & omissis filijs: quantum ad agnatos, & alios proximiores, qui excluduntur ob culpam à vasallo commissam in dominũ suũ; ratio adfertur illa, *vt hanc saltem vltionem suę iniurię dominus habeat*. Nam cùm vasallus ei maximè adstrictus sit fidelitatis iuramento, illa tacita cõditio inesse videtur feudi concessioni, & beneficio, vt vasallus fidelis sit, & nullæ ingratitudinis causam committat. Quod si commiserit, feudum amittat.

Quod si hæc pœna vasalli, & delictum istud etiã alijs, nimirum proximis successoribus noceat, id verò spectari non debet, nec absurdum videri: quoniam hæc est natura feudi: & sicut vasallus ille dominum offendit, aut feloniam commisit, sic iustè timeri potest, ne cæteri etiam successores & proximi agnati illum imitentur: Et ius a-

C gnatis quæsitum quidem est ad feudum obtinẽdum, sed non absolutè & simpliciter, verùm iuxta naturam feudi, & regulas, & obligationes eius, quæ sunt istæ, vt certis ex causis feudum amittatur, & ad dominum reuertatur, qualis est causa de qua nunc agitur.

Ad argumenta verò tertiæ opinionis ita respondeo, ad primum non obstare illud, quod dicitur absurdum & iniquum esse, vt agnati excludantur propter culpam vasalli; quia vt iam dictum est, illud speciali quadam ratione in feudis non reputatur absurdum ac iniquum. Deinde non esse satis idoneam illam interpretationem, quæ adfertur ad textum in ca. primo. §. vltimo, quæ fuerit prima causa benef. amitten. vt nimirum, dominus hanc saltem habeat vltionem iniuriæ sibi illatæ, retinendo feudum donec vixerit vasallus, qui eum offendit, etenim textus dicit, feudum amitti, & ad dominum reuerti, nec addit illam restrictionem, scilicet donec vasallus vixerit. Rectè sanè, quia non diceretur amitti propriè feudum,

D & ad dominum reuerti, si dominus illud agnatis restituere deberet. Deinde, quia textus negat feudum pertinere ad proximos & successores vasalli: Hæc autem expositio contrarium vellet, nimirum pertinere saltem post mortem vasalli.

Nec ille modus loquendi, *vt hanc saltem vltionem, &c.* dictæ suffragatur expositioni, quia sensus est, cùm dominus sit offensus, & sine dubio ex ea offensione dolorem sentiat, & molestè ferat se beneficium ingrato homini contulisse, neque eum punire aliter forsan possit, saltem hanc iniuriæ suæ vltionem habere debet, vt feudum ad eum reuertatur: Neque est tam magna vltio, sicut videtur, licet agnati maneant exclusi; quoniam vasallus ex beneficio commodum sensit vsque ad illud tempus, quo culpam commisit: quod sanè commodum præteritum, & fructus perceptos ei dominus auferre non potest; Nec fortè ipsum feudum æquiualet iniuriæ ipsi domino illatæ, habita ratione qualitatis

eiusdem

eiusdem domini, & fidelitatis, qua eidem vasallus ei obstrictus erat, & grauitatis offensæ ac iniuriæ.

Ex his patet illud etiam non obstare, quod in argumento dicebatur, agnatos expresse non excludi, imò verò disertè exeluduntur, dum ita constitutum est, feudũ non ad agnatos & proximos, sed ad dominum pertinere: Equidem non dicitur, agnatos à successione excludi, etiam post mortem vasalli, id enim tolleret omnem dubitandi ansam, sed dicitur ad agnatos feudum non pertinere, sed ad dominum reuerti, quod sufficit ad hoc, vt intelligatur, agnatos exclusos fore etiam post mortẽ vasalli, quia si post vasalli mortem succederent, illud erat exprimendum, vt dictum est suprà.

Ad fm rñdeo, argumentum non rectè sumi ex dictis legibus, quia in feudis aliter est cõstitutum, vt nimirum feudum ad dominum reuertatur, quoties culpa eum respicit. idque absolutè accipiendum est, ex his quæ superiùs dicta sunt, non autem ad tempus vitæ vasalli.

Ad tertium rñdeo, illum textum qui adfertur, loqui de feudo Ecclesiæ concesso, in quo speciali quadam ratione meritò constitutum est, vt clerico culpam committente, feudum ad successorem pertineat, quia delictũ clerici non debet nocere Ecclesiæ. Adde quod nec textus loquitur quando culpa clerici, qui feudum habet, dominum respicit, licet negari non possit, quin cùm generaliter textus ille loquatur, etiam ad eum casum pertineat, in quo culpa in dominum commissa est: sed, vt dixi, specialis ratio id facit, in eiusmodi feudo, quoniam nõ tantùm clerico, verùm etiam Ecclesiæ concessum est. Et idem in casu nostro huius quæstionis dicendum esset, si feudum æquè principaliter agnatis concessum esset, atq; ipsi vasallo delinquenti (quam vulgò simultaneam inuestituram appellamus) tunc enim viderentur esse diuersi vasalli; vnde factum vnius alijs non noceret, sed nos loquimur, quando feudum antiquum ad vasallum, qui culpam commisit, pertinebat, & post mortem eius ad agnatos & proximos, ordine quodam successorio, vt fit regulariter in feudis, & secundum regulas, & naturam feudorum, non autem cùm agnati sunt principaliter inuestiti, tanquam principales, alijque, & diuersi vasalli à primis vasallis: ita vt in persona cuiusq; videatur quodammodo esse noua concessio, vt declarat Curtius iunior de feudis, parte 5. num. 3. vers. Limitate nunc. & alij, vt per Bursatum cons. 225. nu. 187. lib. 2.

Ad quartum respondeo, capitula illa extraordinaria, esse apocripha, & non loqui de culpa à vasallo in dominum commissa.

CAPVT XXIII.

Delictum vasalli an & quando filijs noceat in feudo.



VAria ac diuersa Iurisconsultorum placita ac responsa de hac quæstione, ad quinque sententias reuocari possunt, quarum quarta & quinta mihi verissimæ videntur, aliæ verò minus ꝓbabiles, minusq; iuri cõsentaneæ.

Prima hæc est, distinguendum esse inter feudum antiquum & nouum; Feudum antiquũ vasallo delinquente, seu culpam committẽte, propter quam priuandus sit, ad filios transit. Nouum verò non æquè, sed in eo patris culpa filijs nocet.

Secunda, distinguendũ esse, vtrũ feudum concessum sit filijs, *vt filijs*, an verò, *vt hæredibus*, primo casu, patris culpa & delictũ filijs non obest, posteriori autem obest.

Tertia, distinguendum esse, vtrum filijs, vt filijs, ius competat ex antiquis inuestituris maiorum suorum, & tunc patris delictum eis nõ noceat, an verò ex ipsius parentis acquisitione, & tunc noceat.

Quarta, distinguendum esse, vtrum vasallus delictum committat, ꝑ quod principaliter feudo priuari debeat, vt puta si contra dominum suum delinquat, vel contra

A conuentionem feudalem aliquid faciat: & hoc in casu delictum vasalli filijs noceat: an verò sit tale delictum, propter quod non debeat principaliter feudo priuari, & hoc in casu vasalli culpa filijs non obsit.

Postrema sententia est, siue delictum sit contra dominum, aut conuentionẽ feudalem, siue aliud delictum, ꝑ quod vasallus ex iure feudali nominatim feudo priuandus est, eo in casu vasalli delictum filijs obesse. Si verò non sit tale delictum, secus: quę sententia ferè eadem est cum quarta, sed tamen dilucidior est & plenior.

Videndi sunt Dynus in c. Non debet aliquis, de reg. iur. lib. 6. Cynus & Salicetus in l. 2. C. de libertis & eor. liber. Bart. in l. Eum qui. ff. de interd. & releg. Paulus Castrensis in cons. 311. nu. 3. lib. 1. & in l. Adoptiuum. §. vlt. nu. 4. ff. de in ius vocan. Iacopinus in verbo, *Dictiq. vasalli*, nu. 60. Alex. cons. 30. nu. 4. lib. 6. & in l. Si finita. §. Si de vectigalibus, col. 12. uers. Adde etiam fm Immolam, & ibid. Romanus, nu. 19. Immolensis in c. ex parte, nu. B 18. de feudis, Curtius senior, cõs. 48. col. antepenult. Ruinus cons. 23. lib. 5. Berous cons. [illegible]. nu. 21. & 78. num. 13. lib. 1. Alex. de Neuo, cons. 91. nu. 6. Zasius de feudis, par. 10. §. *Nunc ad secundum huius tituli caput*. in prima conclus. Clarus, §. Feudum, q. 66. D. meus Cephalus in cons. 241. nu. 77. lib. 1. Rolandus à Valle, cons. 28. nu. 11. & 29. nu. 33. lib. 3. & cons. 1. nu. 30. & cons. 60. num. 3. eod lib. Bursatus cons. 225. nu. 185. lib. 2. & cons. 148. nu. 6. Sonsbecius de feudis, parte 14. nu. 6. Natta cons. 595. num. 4. Menoch cons. 99. Io. Baptista Feretus cons. 396. num. 5. lib. 2. Pistorius lib. 2. parte 1. quæst. 16.

Prior sententia quæ distinguit inter feudum antiquũ & nouum, ideo uera non est, quia repugnat tex. in c. 1. Si uasallus feudo priuetur, cui deferatur, & in c. 1. §. Si uasallus culpam. si de feudo defuncti cõtentio sit inter do. & agna. defuncti. quibus in locis dicitur, si uasallus culpã commiserit, propter quam feudo priuari debeat, filios ac descendentes eius non admitti, & loquuntur text. citati C tam de nouo, quàm de antiquo feudo, quod ex eo patet; quia dicunt, *feudum ad agnatos pertinere*, si enim feudũ nouum esset, ad dominum reuerteretur, non autem ad agnatos. neque enim in feudo nouo agnati succedunt, ut notum est.

Secunda autem opinio, quę distinguit utrum feudum sit concessum filijs, *vt filijs*, an uerò, *vt hæredibus*, atque adeò inter feudum, quod uocant ex pacto & prouidentia, & feudum hæreditariũ, ideo uera non est, quia illa distinctio iuri feudali non est satis consentanea, quo uerbum *Heres*, de filio intelligitur, ut dictum est à nobis latiùs suprà hoc eod. lib. cap. 3. Secundò, quia dicti textus non distinguunt, sed absolutè filios excludunt, agnatosque admittunt, ut patet ex d. cap. 1. Si uasallus feudo priuet. ibi. *Filius tamen ad id nullatenus aspirabit, &c.*

Tertia sententia confutatur eisdem rationibus, quoniam textus præallegati loquuntur de feudo, etiam antiD quo, & consequenter de eo, ad quod filij ex maiorũ suorum acquisitionibus ac inuestituris uocantur, & tamen absolutè eos excludunt, ut dictum est.

Quarta denique ac postrema sententia ideo mihi uerissima uidetur, quia iuri feudali & rationi æquitatis consentanea est. Etenim cùm uasallus culpam cõmittit, propter quam feudo priuari debeat, siue illa sit contra dominum, siue contra alios, dummodo sit talis, ob quam ex iure feudali indicta sit pęna priuationis feudi, perspicuum est, filios ad feudum aspirare non posse, ut disertè loquitur text. in d. c. 1. Si uasallus feudo priuet. cui deferatur, & in d. §. Si uasallus culpam.

Si uerò delictum uasalli, siue culpa non sit talis, ut feudo priuari debeat, secundum iura feudalia, tunc alia est ratio: neque enim ad feudales constitutiones eo casu recurrendum est, quoniam non de hoc loquuntur. Sed alia ingrediendum est uia; ista nimirum; si uasalli bona confiscata sint, feudum tamen non confiscabitur, sed ad eos pertinebit, qui post uasalli mortem succedunt, ex iure

compe-

competenti,ex antiquis inuestituris: Etenim patris delictũ non nocet filijs in ijs,quæ filius habet aliunde quàm à patre.l.3.ff.de interd.& releg.ibi. *Quæ verò nõ à patre, sed à genere,à ciuitate,à rerum natura tribuerentur,ea manere eis incolumia*.l.1.§ vlt.l.3.§. Si mancipatus.ff.de bonor.possess. contra tab.l. Si necem §.Si deportatus ff.de bonis libert.l.Cognouimus,cũ Auth.seq. C.de hęreticis.

CAPVT XXIIII.

Feudum à vasallo alienatum absque domini consensu, an domino aperiatur vel agnatis.

EXistimo feudum, siue nouum,siue antiquũ, à vasallo alienatum absque consensu domini,liberè domino aperiri, ita vt nulla ratione ad agnatos pertinere possit, quanquam non ignoro, de hac quęstione varijs disceptatum esse sententijs. Proferam in medium prius argumenta,quibus hæc sententia liquidò demonstratur, tum authores eius. Tertiò quid alij senserint. Postremò argumenta eorum confutabo.

Quod attinet ad primum:hæc sententia probatur primò authoritate textus in c.1.de vasallo, qui contra Constitutionem Lotharij Regis feudum alienauerit: *Si vasallus*(ait textus) *contra constitutionem Lotharij Regis beneficium alienauerit,si totum,perdat totum, si partem,partem perdas,& ad dominum reuertatur.*

Secundò, authoritate textus in cap.1. Quibus modis feudum amittatur,in illis verbis:*Si libellario nomine amplius medietate in feudum dederit,aut pro pignore plus medietate obligauerit, ita vt transactum permittat vel dolo hoc egerit, amissione feudi mulctabitur*. Et hoc in casu intelligitur,feudum ad dominum reuerti, ex ijs quę paulò inferius textus subijcit, in exemplis amissionis feudi, in quibus semper feudum ad dominum reuertitur: Et licet non loquatur textus de amissione totius feudi, nil refert, quia medietatem feudi antiquo iure vasallus absque domini consensu poterat alienare, quod postea nouo iure immutatum est.

Tertiò,authoritate tex. in c.1. Quid iuris,si post alienationẽ feudi vasallus id recuperauerit, verba hęc sunt: *Si vasallus ante constitutionem Lotharij Regis feudũ alienauerat(quod in quibusdam curijs pro parte,in quibusdam pro toto olim licebat)& ipsum postea recuperabat, pro feudo sibi retinebat,hoc est,in causam feudi recidebat. Hodie autem si ipsum alienauerit,si quidem illicite, licet postea recuperauerit, tamen penes eum non remanebit, vtpotè domino, ad quemcunque peruenerit, apertum.*

Quartò,authoritate c.Imperialem.§ Callidis, de prohibita alienatio.feudi per Frideric. ibi. *Pœna authoritate nostra imminente, vt venditor & emptor, qui tam illicitas alienationes reperti fuerint contraxisse,feudum amittant, & ad dominum libere reuertatur.*

Quintò,authoritate c.1.§. vlt. quæ fuerit prima causa benef. amitten. vbi text.ita dicit: *Si vasallus contra constitutionem bonæ memoriæ Lotharij Imperatoris beneficiũ alienauerit,quia dominum contemnere videtur, ad dominum beneficium pertineat. Scriptum est enim, vt precio se cariturum agnoscat.*

Respondent contrariæ sententiæ authores, hæc testimonia accipienda esse de feudo nouo, non autem de feudo antiquo; Itẽ accipienda de feudo simpliciter cõcesso, non autem de feudo concesso alicui pro se & filijs, quod appellatur vulgò ex pacto & prouidentia. Nõ rectè,quia repugnant verba textuum, quæ generalia sunt, & omne feudum tam antiquum quàm nouum complectuntur. Repugnat etiam ratio, propter quam feudorũ alienatio fuit prohibita,quã adfert tex.in d.c.Imperialem.Etenim illa pertinet ad feuda omnia tã noua, quã etiã antiqua. Deniq; repugnat rõ illa, propter quam feudum vasallus

i

A amittit,illud alienãdo absque consensu dñi, quia scilicet *dominum contemnere videtur*, illa enim ratio æquè locũ sibi vendicat in feudo antiquo,atque in feudo nouo.

Hanc verissimam sententiam amplexi fuere olim Petrus Ceruotus à Baldo relatus in cap 1.§ vlt. quæ fuerit prima causa benef. amitten. Franciscus Aretinus cõsi.14. nu.11.vers. Venio ad secundum. Sonsbecius de feudis, parte 13.num.78 H. consilio tertio. Pistorius lib.2.p.1. quæst.17.qui declarationem addit,quę mihi non probatur,vt paulò post dicam.

Iam quid alij existimauerint paucis explicabo. Prima est sententia eorum, qui dixerũt,feudum hoc in casu ad filios pertinere,si extent,vel si nõ extent,ad agnatos: ita Glo.in c.1.§.Hoc quoque,de success.feudi,& ibi Baldus; Isernia in §.vlt.quę fuerit prima causa benef.amitt & ibidem Aluarotus concl.26. & Afflictus nu.7. Iacopinus in inuestitura feudali.vers. Et cum pacto de non alienãdo, nu.30. Io. Imolensis in c. Ex parte,nu.12.de feud.Curt. B iunior de feudis,par.5.nu.11.vers.Quarta sit principalis conclusio.Zasius in 10.par. nu.94 & 104.Clarus.§.Feudum.q.66.Alex consi.30. nu.17. lib.1. & consi.30.nu.9. lib.6 Curt.sen.consi.48 col.antepenult. Ruinus consi.7. nu.12.lib.1.Decius cõsi.208.n.9. & 544.nu.31.Albertus Brunus cõs.36.nu.3.Gratus cõsi.2.nu.15.lib.1.Marianus Socinus consi.77.nu.121. lib.1. & 101. nu.6 lib.2.& 112. nu.2.eo.Siluanus consi.15.Rolandus à Valle, consi.60. nu.9.lib.3. Hippolytus Riminald.cõsi.339.nu.122.lib.2.

Argumenta sunt ista. Primum ex § Porrò, qualiter olim feudum poterat alienari:vbi dicitur,feudum alienatum redimi posse tam à domino, quàm ab agnato, sed tamen agnatum domino præferri.

Respondeo, textum illum loqui secundum ius antiquum, quo licebat vasallo vsque ad medietatem feudum alienare, absque consensu domini, reseruato tamen redemptionis iure tam domino, quàm agnatis, meritò vasallus feudum non amittebat, vt in c.1. de alie.feud c.1. C §.Item si fidelis,quib.mod.feud.amittitur.c.1.§. Sed etiã res,per quos fiat inuest.

Alia ratio est secundum noua iura,quibus feudi alienatio prohibita est absq; consensu domini, & apertè constitutum,feudum alienatum ad dominum reuerti.

Secundum argumentum est ex cap.Titius, si de feudo defuncti contentio fuerit inter dom. & agnatos vasalli defuncti. Respondeo,illum textum similiter loqui in eo casu, quo alienatio erat permissa absque consensu domini, nimirum medietatis feudi,secundum antiquas leges feudorum,consequenter non habere locum inspecto nouo iure, quo alienatio est prohibita.

Tertium est ex eo, quòd tunc feudum domino aperitur, cùm vasallus in dominum peccauit, vt in §.vlt.quæ fuerit prima causa beneficij amitt. & in cap.1. an ille qui interfecit fratrem domini sui,&c. Sed vasallus qui feudũ alienat,absque consensu domini,non videtur in dominũ peccare,ergo, &c. Respondeo, negando assumptionem. D Nam vasallus hoc in casu dicitur dominum contemnere,vt habetur in d.§.vlt. in uers. Si uasallus, & suprà dictum à nobis est in quinto argomento.

Quartum est ex eo, quod pœna debet eis imponi, qui peccant,non alijs.l.Sancimus C.de pœnis. Ergo uasalli culpa feudum alienantis,non debet agnatis & filijs eius nocere. Respondeo, in feudis recessum esse ab hac regula propter culpam uasalli, illa enim facit,ut filij excludantur,c. Si uasallus feudo priuetur cui deferatur: & hoc in casu etiã, ut agnati excludantur, quia uidetur esse in dominum culpa cõmissa,quem uasallus dicitur contẽnere. Habet enim feudi concessio hanc legem, ut uasallus sit fidelis,& non delinquat,si deliquerit ille priuatur feudo principaliter,& in consequentiam filij & agnati.

Non obstat si dicatur ex hoc sequi,quod in potestate sit uasalli,culpa sua inferre alijs prejudicium. Nam istud nõ est absurdum in feudis. Quid enim si uasallus à dño uocatus in expeditionem,ire recusauerit,nonne feudum amittit,

amittit, illudque in ſuos vſus redigendi modis omnibus facultatem dominus habet, vt in §. Firmiter, de prohibit. alien. feud. per Fridericum? Et tamen hoc ipſo ipſius facto alijs præiudicat ſucceſſoribus.

Quintum argumentum ſumitur ex doctorum ſententia in d. c. Titius, qui dixerunt feudum alienatum abſque domini conſenſu redimi poſſe ab agnatis, etiã ante mortem vaſſalli alienantis. Reſpondeo, nec iuri, nec rationi ſatis conſentaneam videri eam doctorum ſententiam, ac proinde prius probari debere, deinde opponi.

Secunda eſt ſentẽtia eorũ, qui dixerũt, hoc in caſu feu dũ ad filios quidẽ vaſalli, qui illud alienauit, nõ pertinere, ſed tñ ad agnatos pertinere. Ita Iacobus Beluiſius in §. vlt. quæ fuerit prima cauſa benef. amit. & ibid. Bald. Bato Schenek in d. c. Titius, ſi de feudo defuncti fuerit contẽtio, & c. Ruinus conſi. 214. nu. 16. lib. 1. & 112 n. 10. lib. 4.

Fundamẽtum eſt in cap. 1. Si vaſallus feudo priuetur, cui patet: vbi patet, vaſallo culpam committente propter quam feudo priuetur, filios non admitti, ſed agnatos.

Verùm reſponderi poteſt: id non procedere, quando in dominum culpa committitur, tunc enim agnati etiam excluduntur, vt in §. vlt. Quæ fuerit prima cauſa benef. amitten. Hoc autem in caſu culpa eſt in dominum commiſſa, quia vaſallus dicitur contemnere ipſum dominum vt ibi.

Poſtrema eſt ſententia Piſtorij, loco proximè citato, exiſtimantis, feudum quidem domino aperiri in hac facti ſpecie, de qua nunc diſputamus: ſed tamen id accipiẽdum eſſe, donec vaſallus vixerit, qui dominum contempſit feudum alienando: Eo enim mortuo putat agnatis reſtituendum eſſe, ſicut reſtituendum eſt quando vaſallus culpam in ipſum dominum committit. Sed quoniam hæc ſententia in præcedente capite à nobis cõfutata eſt, non poſſumus ei nunc vllo pacto adſtipulari.

CAPVT XXV.

Si vaſallus intra annum & diem non petierit inueſtituram, ad quem feudum pertineat?

SI vaſallus intra annum & diem inueſtituram nõ petierit, feudum amittere, & domino aperiri, non autem filijs vel agnatis, de iure reſpondendum eſſe non dubito, motus primò authoritate text. in c. Imperialem. §. Præterea ſi quis, de prohibita feudi alienatione per Fridericum, vbi ita dicitur: *Præterea ſi quis infeudatus, maior quatuordecim annis, ſua incuria vel negligentia, per annum & diem ſteterit, quod feudi inueſtiturã à proprio domino non petierit, tranſacto hoc ſpatio feudum amittat, & feudum ad dominum redeat.*

A

Secundò, authoritate cap. 1. quæ fuerit prima cauſa benef. amittendi, vbi ita dicitur: *Prima autem cauſa beneficij amittendi hæc fuit, & adhuc eſt in pleriſque curijs, ſed in noſtra curia Mediolanenſi non obtinet, quod ſi Vaſallus per annum & diem domino ſuo mortuo ſteterit, quod hæredem domini ſui inueſtituram petendo, fidelitatem pollicendo non adierit, tanquam ingratus exiſtens beneficiũ amittit.* Si dſ eſſe ingratus erga dominum, Ergo feudum quod amittit ad dñm reuertitur, ſicut aliàs regulariter, quoties in dominum culpa eſt commiſſa, vt in §. vlt. eiuſdem tituli.

Atque ita docuerunt Bald. in c. 1. col. 2. Si vaſallus feudo priuetur, cui deferatur. Alexander conſi. 30. num. 17. lib. 1. & conſi. 10. nu. 8. lib. 3. Paulus Caſtrenſis ad l. Adoptiuum. §. Paternum. ff. de in ius vocan. Iacopinus in verbo, *qui quidem inueſtiti*. nu. 46. Pract. Papienſis in forma libelli, quo agitur ad reuocationem feudi, in verbo, nec ſuperſtitibus, col. 9. verſ. *Tertio caſu*. Decius conſi. 144. nu. 6. Curt. iun. conſi. 47. col. pen. Io. de Anania conſi. 32. in 2. dubio, & ibi Bologninus in additionib. Sonſbecius de feudis, par. 13. nu 13. verſ. Prima erga concluſio. Piſtorius alios citans lib. 2. quæſt. iuris, par. 1. quæſt. 18.

Contrariã ſententiam, feudũ hoc in caſu ad agnatos pertinere, amplexi ſunt Andr. Iſern. in c. 1. Si vaſallus feudo priue. & in cap. 1. de capitulis. Corrad. Aluarotus in §. vlt. concluſ. 2. quę fuerit prima cauſ. benef. amitten. & in c. 1. Quo tempore miles, & ibidem Afflictus num. 6 & in c. 1. nu. 18. de capitulis Corradi. Curt. iun. de feudis, par. 5. in 5. concl. Socinus conſi. 4. col. vlt. & conſi. 66. lib. 1. Rolan. à Valle conſi. 64. nu. 9. lib. 2. & conſi. 40. in fi. lib. 3.

Nec deſunt qui putent etiam ad filios pertinere, veluti Aluarotus & Præpoſitus d. §. vlt. n. 20. & in cap. 1. Quo tempo. miles. Curt. iun par. 5. nu. 10 in 5. concl.

Piſtorius autẽ loco annotato exiſtimauit, feudum quidem ad dominum reuerti, ſed tamen hoc intelligẽdum, donec vaſallus, qui negligens fuit in petenda inueſtitura, vixerit, eo mortuo, feudum agnatis reſtituẽdum eſſe.

B

Fundamentũ eorum, qui agnatis fauent, illud eſt, quia hæc vaſalli negligentia & culpa in perẽdo inueſtituram, nõ videtur eſſe delictũ in dñm cõmiſſum, vt proinde is feudũ accipere debeat, pro vltione iniuriæ ſibi illatæ, iuxta d. § vlt. quæ fuit prima cauſa benef. amitten. ſed videt eſſe culpa alia, non reſpiciens dominum, propter quam feudum amittitur, quo in caſu illius agnatis aperitur: iuxta c. 1. Si vaſallus feudo priuetur, cui deferatur.

Reſpondent ad ea teſtimonia, quæ dicunt feudũ hoc in caſu ad dominum reuerti, illa eſſe accipienda de feudo nouo, non autem de antiquo.

Sed nullius roboris hoc fundamentum mihi videtur primò, quia hoc in caſu culpa videtur dominum reſpicere, cui vaſallus fidelitatem præſtare negligit, & ideo ingratus dicitur in d. c. 1. q̃ fuerit prima cauſa benef. amitten. Secundò, quia textus de hac quæſtione nimis clari ſunt decidentes feudum ad dominum reuerti. Nec illa expoſitio conſiſtere poteſt, vt accipiendi ſint de feudo nouo. Primùm, quia generaliter loquuntur, nulla diſtinctione adhibita inter feudum nouum & antiquũ. Deinde, quia eadem ratio eſt in feudo antiquo, nimirum culpa & ingratitudo vaſalli non petentis inueſtituram, neque iurantis domino fidelitatem.

C

Eorum autem ſententia, qui dixerunt, filijs hoc in caſu feudum aperiri, apertè confutatur ex cap. 1. Si vaſallus feudo priuetur, cui deferatur.

Porrò quòd Piſtorius exiſtimauit, ea ratione nititur, quod ſi vaſallus feudum amittat, propter culpam in dominum commiſſam, eo mortuo feudũ agnatis reſtituendum ſit, quæ ſententia à nobis confutata eſt ſuprà c. 23.

Denique quod dixi, de anno & die, locum habet in vaſallo, qui non eſt miles. Nam vaſallus miles annum & menſem habet ad petendam inueſtituram. c. 1. quo tempore vaſal lus miles, &c.

CAPVT XXVI.

Gradus ſuccedendi in feudo, an connumerandus ſit ſecundùm ius ciuile, vel Canonicum.

D

NOtum eſt omnibus diſcrimẽ cõputandi gradus conſanguinitatis inter ius canonicũ & ciuile, ex c. Ad ſedem. 35. quęſt. 5. Errãt igitur, niſi ego fallor, qui putant in feudorum ſucceſſione cõputandos eſſe gradus ſecũdũ ius ciuile, allecti in eam ſententiã ex c. 1. an ille, qui interfecit fratrem dñi ſui, & c. 1. in illis verbis: *Eodem prorſus obſeruando, quantum ad ordinem graduum, quæ cõtinetur in legibus.* Nã illa verba non ſunt accipienda de legibus Ciuilibus, ſed Lõgobardicis, l. 1. de ſucceſſ. tit. 14. lib. 2. legum Longobard. vbi dſ: *Omnis parentela vſque in ſeptimum geniculum numeretur, &c.* Vnde & in §. Et quia vidimus, tit. De his qui feud. dare poſſunt, loco illorũ verborum, *vſq; ad ſeptimũ gradum*, in aliquibus exẽplaribus habet, *vſq; ad ſeptimum geniculum*, teſte Gloſ. & Io. Andr Probatur hæc interpretatio. Nã & in tit. de his qui feud. dare poſſunt, dſ, filios legibus à ſucceſſione feudi remoueri, quod

quod nõ poteſt accipi, de legibus ciuilibus, quia repugnaret. l. Maximum vitium. C. de lib. præter. ſed de Longobardicis, vt declarat ibi Cuiacius.

Conſiderantur itaq; generationes à primo ſtipite, id eſt, ab eo, qui feudũ primus acquiſiuit prouenientes, ita, vt quot ſunt generationes, tot etiã gradus connumerentur. Hoc probatur disertè in c. 1 Si vaſallus feudo priuetur, cui deferatur, in illis verbis: *Ad eius petitionem admittantur, qui quarto gradu ſunt remoti ab eo, qui id acquiſiuit.* Hinc *ſecunda & tertia generationis* mentio fit in c. Satis bene. de proh. feudi alie. per Lotharium. Habita tamẽ ratione lineæ, iuxta c. 1. de Natura ſucceſſionis feudi. Quæ cùm ita ſint, perſpicuũ euadit, ſecundũ ius canonicũ fieri computationẽ: quia ius canonicum conſiderat diſtantiã à ſtipite, Ius autem ciuile numerũ perſonarum, vt notum eſt ex dicto c. Ad ſedem. Nõ obſtat quod dicitur de quarto gradu in c. 1. §. Hoc quoque. de ſucceſſ. feudi. Et de ſucceſſione feudi, quod olim vltra fratres patrueles non extenderetur. in d. c. 1. §. Et quia vidimus. de his qui feud. dare poſſunt; quaſi fratres patrueles ſint in quarto gradu, quæ iuris ciuilis computatio eſt. l. 1. ff. de Gradibus, quia quod dicitur de ſucceſſione non extendẽda vltra patrueles, nihil cõmune habet cum eo, quòd dicitur de ſucceſſione moderanda vſque ad quartum. Non ſunt cõiuncta hæc, nullaq; neceſſitas hoc poſtulat, vt ſimul iungantur. Sit igitur ſucceſſio vſque in quartum gradum, accipienda ſecundùm textum in d. cap. 1. Si vaſallus feudo priuetur, nimirum ratione habita ſtipitis, à quo feudum acquiſitum eſt, & proceſſit. Maneat & antiqua illa (poſtea tamen ſublata) reſtrictio ſucceſſionis, vſque ad patrueles: Nullum ſanè teſtimonium extat, quod eadem ſit cum ſucceſſione vſque in quartum gradum.

CAPVT XXVII.

Vtrum agnati in feudo ſuccedant vſque ad ſeptimum gradum, an verò in infinitum.

HAnc controuerſiam, vtrum agnati in feudo ſuccedãt vſq; ad ſeptimũ gradum, an verò in infinitum, iura feudalia pepererunt, quotũ aliqua ſucceſſionem ad ſeptimũ gradũ reſtringunt, aliqua verò in infinitum extendunt, Ecce tibi tex. in c. 1. §. Hoc quoque. de his qui feudum dare poſſunt. de ſeptimo gradu teſtimonium præbet, illis verbis: *Licet moderno tempore vſque ad ſeptimum gradum ſit vſurpatum.* Aliud teſtimonium eſt in c. 1. §. Hoc quoque. de ſucceſſ. feud. ibi: *Alij dicunt vſque ad ſeptimum gradum.*

Cõtra verò in infinitum agnatos ſuccedere docet tex. in cap. 1. de Natura ſucceſſ. feudi. ibi: *Ex latere omnes per maſculos deſcendentes vſque in infinitum, ſi feudum ſit paternum.* Et in c. 1. Si vaſallus feudo priuetur, cui deferatur. ibi: *Et etiam vſque ad infinitum, dum tamen hoc conſtet ab eo per maſculos deſcendiſſe.*

Sed videtur ijs teſtimonijs obſtare id, quod habetur in c. Sæpe. in fine, de prohib. feud. alien per Lotharium. ibi: *Et vſque in infinitum peruenit, ſi hoc actum erit.* Videtur enim tex. innuere, tunc ſucceſſionem extendi in infinitum, cùm id actum eſt, ſcilicet inter dominum & vaſallum; & conſequenter, ſi actum non ſit, non extendi.

Igitur priorem ſententiam quæ ad ſeptimum gradum ſucceſſionem reſtringit, amplexi fuere. Io. Andr. in d. c. 1. §. Hoc quoque. de ſucceſſ. feud. Baldus in c. 1. nu. 4. de feudo Marchiæ. Iaſon ad l. Certum. C. Vnde cognati. & in conſ. 114. lib. 1. Gratus conſ. 9. lib. 1. Martinus Laudenſis inter conſilia Alberti Bruni conſ. 109. Brunus ipſe conſ. 80. num. 17. Gozadinus conſ. 26. Socinus iunior conſ. 76. nu. 7x. lib. 1. Pariſius conſ. 23. circa finem, lib. 1. Ferrarius in vſus feudorũ, lib. 3. c. 2. verſ. *Quibus porrò deſinentibus.* Hieronymus Schurff. conſ. 139. inter conſilia feudalia.

Fundamentum eſt in textibus priore loco citatis. Ad contrarios textus reſpondent hoc modo, quod attinet A ad c. 1. de natura ſucceſſionis feudi, verba illa, *ex latere omnes per maſculos deſcendentes vſque in infinitum*, omittenda eſſe. Non rectè, quia repugnat fides communium exemplarium, in quibus illa verba leguntur.

Secundò reſpondent, illa verba, *in infinitum*, non denotare gradum, ſed hoc ſignificare ſemper, atque in infinitum requiri, vt in feudo ſuccedere volens per maſculos deſcendat. Non rectè, quia ſic textus loquitur: *Ex latere omnes per maſculos deſcendentes vſque in infinitum.* quorum verborũ ſenſus eſt, omnes per maſculos deſcendentes in infinitum, id eſt, abſq; certorum graduum definitione ſuccedere, non autem omnes per maſculos deſcendentes tantùm, ad differentiam eorum, qui per maſculos nõ deſcendunt: Si enim hoc textus dicere voluiſſet, alijs verbis vſus eſſet, ſcilicet *ſolos deſcendentes per maſculos ſuccedere*, vel ſimilibus.

Tertiò reſpondent, illa verba, *in infinitum*, accipienda eſſe de ſeptimo gradu, ſicut dicit̃, agnatos admitti, etiãſi B longiſſimo gradu diſtent in §. Cæterum. in Inſtit. de legitima agnat. ſucceſſ. Longiſſimus tamen gradus ad decimum reſtringitur. §. vlt. in Inſtit. de ſucceſſ. cognato. Præſertim, quia legibus Longobardicis ſucceſſio ad ſeptimũ geniculum reſtringitur, vt dictum eſt ſuprà, cap. præcedenti, ſic & actiones perpetuæ dicuntur, licet ad triginta annos reſtringantur.

Non eſt ſolida reſponſio, quia verborum proprietas rẽpugnat, nempe *in infinitum*, quare non poteſt ad ſeptimum gradum reſtringi. In exemplis allatis reſtrictio locum habet, quia alijs legibus ita expreſſum & declaratum eſt.

Quòd verò attinet ad text. in c. 1. Si vaſallus feudo priuetur. Baldus reſpondet, illum textum locum habere, eo in caſu, quo agnati ſuccedunt ob vaſalli delictum; ſed nihil valet hæc reſpõſio, quia nec ratio diuerſitatis eſſe poteſt, & ſucceſſio illa ob delictum pendet ex ordine ſucceſſionis legibus præſcriptæ.

C Poſteriorem itaq; ſñiam, nempe agnatos in infinitum ſuccedere, authoritate textuum, quorum antea facta eſt à nobis mentio, amplexi fuere Gloſ. in c. 1. verſ. vſque. de ſucceſſ. feud. & in c. 1. de feudo Marchiæ, & ibidem Iacobus Beluiſius, Aluarotus & Præpoſitus, Afflictus in c. 1. nu. 12. Si vaſallus feudo priuet. Curtius iunior tract. feudorum, 2. par. 3. partis princ nu. 48. D. Baro Schenck, & Eguinarius Baro in §. Hoc quoq; de his qui feudum dare poſſunt. Zaſius par. 8. de ſucceſſ. feudi. verſ. Tertia concluſio. Sonsbecius par. 9. nu. 84. Duarenus in Conſuetud. feudales, cap. 11. nu. 16. Hanetonius de iure feudorum, lib. 2. c. 5. Clarus §. Feudum. quæſt. 79. Ancharanus conſ. 334. Decius conſ. 85. Curtius ſenior conſ. 74. Couuar. lib. 3. variar. reſol. cap. 5. num. 4. verſ. Quinto hinc. Piſtorius quæſt. iuris, lib. 2. parte poſteriore, quæſt. 19.

Ad textus contrariæ opinionis plerique reſpondent, accipiendos eſſe de agnatis, qui non à communi parente feudi primo acquiſitore deſcendunt, ſed à duobus fra- D tribus feudum acquirentibus procreati ſunt: atque inde diſtinctionem iſtam conſtituunt, quam & Conſuetudine Germaniæ & Imperialis Cameræ præiudicijs receptam teſtatur Andreas Geyll. lib. 2. obſeru. 150. Aut feudum antiquum ad deſcendentes ſemel tranſitum fecit, poſtea verò ad collaterales peruenit: Et tunc agnati in infinitum ſuccedunt; Ita accipiendus eſt text. in cap. 1. de natura ſucceſſ. feudi. Aut feudum non fecit ſemel tranſitum ad deſcendentes, ſed ex pacto, vel alijs caſibus, quibus poteſt, à primo acquirente ad collaterales peruenit: & tunc locum habet ſucceſſio vſque ad ſeptimum gradũ tantùm; ita accipiendus eſt text. in c. 1 §. Hoc quoque. de his qui feud. dare poſſunt.

Non placet hæc diſtinctio, qa repugnat text. in c. 1. §. Hoc quoq;. de ſucceſſ. feudi, vbi ſucceſſio ad ſeptimũ gradum reſtringit̃, & tñ textus loquitur de feudo paterno. ibi: *Et olim obſeruabatur vſque ad quartum gradum tantùm ſecundùm quoſdam, hoc ideo, quia poſtea non vocatur*

A *feudum paternum. Alij autem dicunt vsque ad septimũ gradum.* Ex quibus verbis apparet, in feudo paterno nõ esse successionem vltra septimum gradum: Ergo etiã descendentes ex communi parente, qui feudum acquisiuit, non poterunt vltra septimum gradum succedere.

Secunda responsio ad textus contrarię sententiæ hæc adfertur, illos accipiendos esse secundùm priora tempora & iura; nam feudorum successio semper vlterius processit, vt constat ex toto titulo de his qui feud. dare poss. quare non est mirum, si postquam ad septimum gradum porrecta fuit, etiam vlterius processerit, atque adeo in infinitum nunc extendatur: Itaque sic iura iuribus concordanda sunt, vt posteriora præferantur, quæ successionem magis extendunt. l. vlt. ff. de Cõstitut. Principum. Et progressus successionis ita designari poterit. Primò, feuda successionem non habuerunt. Secundò, ad filios deuenerunt. Tertiò ad nepotes, & ad fratres, vbi feudum est paternum. Quartò, vsque ad fratres patrueles. Quintò, vsq; ad quartum gradum. Sextò, vsque ad septimum. B Postremò, vsque in infinitum, ad omnes descendẽtes ex primo acquirente. Atque in hanc sententiã ego sum proclinior.

CAPVT XXVIII.

Tres controuersiæ explicantur de feudo nondũ aperto. Prima, an concedi à domino poßit, ante mortem illius qui feudum obtinet. Secunda, quid si purè concedatur. Tertia, quid si viuens vasallus liberos habeat?



TRiplex controuersia agitari solet de feudo nondum aperto domino, siue nondum vacante, an concedi possit à domino. Exemplum: vasallus feudum tenet, vtrum dominus possit alteri illud concedere sub ea conditione, si vasallo defuncto feudum ad se reuertatur, absque C consensu ipsius vasalli viuentis. Hæc est vna. Altera est, quid si concedatur purè: hoc est, omissa illa conditione, *si vasallo defuncto, &c.* an valeat concessio. Tertia, quid si vasallus feudum possidens liberos habeat, & fiat concessio sub conditione iam dicta. Has tres controuersias breuiter explicabo. Quod attinet ad primam, prima fuit olim sententia Placentinorum, non valere hanc concessionem, vt habetur in cap. 2. de feudo dato in vicem legis Commissoriæ. Secunda est sententia Andreæ de Isernia in cap. 1. §. Moribus. Si de feudo defuncti fuerit controuer. inter domin. & agna. vasalli, vbi dicit, moribus quidem receptum esse, vt valeat concessio, sed tales mores prauos esse, & non seruandos generaliter, sed duntaxat cùm à Principe fit concessio, secus si ab alio inferiore. Iserniam sequitur Afflictus decis. 292 adstipulatur huic sententiæ, quod ita constitutum sit de præbenda nondum vacante, vt à Summo Pontifice conferri possit. c. Proposuit, de concess. præben. non autem ab alio anfe- D riore. c. 1. & 2. eodem tit.

Tertia est sententia Iacopini à S. Georgio in Inuestitura feudi, in verbo *Inuestiuit*, post nu. 12. concessionem hanc valere, si fiat in genere, puta, si concedatur feudum vasalli viuentis in genere, nullo scilicèt certo vasallo demonstrato, secus autem, si concedatur feudum alicuius certi hominis ac vasalli viuentis Argum. l. 3. §. De illo. ff. pro Socio. Iacopinum refert & sequitur Menoch. consi. 1. num. 420.

Postrema est snia vera & cõmunis, valere hanc cõcessionem feudi, sub conditione factã, si contingat feudum vasallo mortuo ad dñm reuerti, nullamque adhibet hæc snia distinctionem, ita Baldus in d. c. 2. de feudo dato in vicem legis Cõmissor. & in d. c. 1. §. Morib. Si de feudo defuncti fuerit contentio inter dom. & agna. vasalli, & ibidem Aluarotus & Afflictus, Alciatus ad l. vlt. C. de pactis. Soc. sen. consi. 53. lib. 3. Soc. iun. consi. 76. nume. 119. lib. 1. Zasius de feudis, par. 6. nume. 2. Rolandus à Valle consi. 2. nu. 44. lib. 1. Andreas Geyll. lib. 2. obseruat. 155. Pistorius quæst. iuris lib. 2. par. posteriori, q. 25.

Fundamentum est firmum in d. §. Morib. cuius hæc sunt verba: *Moribus receptũ est, dominum de feudo militis sui, quod post mortẽ ipsius ad dominũ reuerti sperabatur, in alium militẽ inuestituram facere posse, qua inuestitura tunc demùm capiet effectũ, cùm feudum domino aut heredi suo fuerit apertum, secus est in ecclesiasticis personis. Nam si ecclesiastica persona talem faciat inuestituram, non aliter valebit, nisi sibi, non etiam successori suo feudum aperiatur. Et in tali inuestitura consensus eius, de cuius feudo fit, exquiri non oportet.* Concordat tex. in cap. 1. qui successio. tenean. & in cap. 1. qui successio. feud. da. tene. in cap. 2. de feudo dato in vicem legis Commissor. & in c. 1. de clerico, qui inuest. fecer.

Alia adferuntur argumenta tum à Baldo, tum ab alijs, sed nullum mihi videtur sufficiens. Etsi enim probari possit, dominum feudi rectè illud conferre, quandoquidem de re sua disponit sub ea conditione, de qua dictum est, tamen negari non potest, quin illud petens atque impetrans, contra bonos mores facere videatur, quandoquidem ostendit, se sollicitum esse de viuentis feudo, ac proinde, vt mortem eius expectet, ac forsitan quoque desideret, facilè induci potest.

Sed quoniam moribus ita receptum est, vt patet ex textu Cõsuetudinum feudalium, quas oportet sequi, ideo huic sententiæ omnino inhærendum est; quanquã aliæ diuersæ sententiæ non improbabiles sint, & ratione nitantur iuri & æquitati consentanea, sed mores & consuetudines feudorum meritò præferendæ sint.

Quod attinet ad secundã controuersiam, quid iuris in successione feudi nondũ aperti purè facta? Respõdeo, Baldum in cap. Si quis fecerit inuestituram, quo tẽpore miles, in hac snia esse, vt valeat, si contingat feudum ad dominum reuerti, vasallo sine liberis decedente, licet purè facta sit concessio, vt valeat, inquam, in duobus casibus: Primus est, si stipulatio interuenerit. Alter, si is, cui facta est concessio feudi possessionem nactus sit. Cæterũ ego potius assentior Afflicto in commentarijs eiusdem loci, nu. 15. neganti eam concessionem valere. Nam certũ est, feudum viuentis vasalli purè non posse alteri à dño concedi in prędicium ipsius vasalli, capite secũdo, de feudo dato i vicẽ legis Cõmissor. c. 1. de inuestit de re aliena facta, c. 1. de clerico qui inuestit. facit, & in c. 1. qui successores teneantur. ibi: *Nam si quis fuerit inuestitus purè de alieno feudo, non valet habita inuestitura.* Igitur ea concessio purè facta non valet Quod autem à principio non valet, tractu temporis, & ex post facto conualescere non potest. l. Quod ab initio, de regulis iuris. Vide Pistorium dicta quæst. 25. nu. 14.

Quod attinet ad tertiam cõtrouersiam, communis est & vera sententia, concessionem factam sub ea conditione, non valere eo in casu, quo vasallus viuens, & feudum possidens liberos habet & successores, ita Glos. in cap. 2. de feudo dato in vicem legis commissor. & ibidem Isernia, & Afflictus nu. 71. Probatur ex d. c. 2. in illis verbis: *Hoc autem dicendum est de eo milite, qui feuda successores non habet*, & ex d. §. Moribus, in illis verbis, *quod post mortem eius ad dominum reuerti sperabatur.*

At contra Pistorius d. quæst. 25. nu. 20. idem putat dicendum licet vasallus liberos habeat; si liberi eius absq; hæredibus defuncti sint, ita vt feudum ad dominum reuertatur. Primò, quia est eadem ratio, etiam hoc in casu, cùm nulli extent liberi, & feudum ad dominum reuertatur. Secundò, quia ille casus, quo liberi non extent, in vsibus feudorũ expressus est, quoniam sępius accidere potest. Nam cùm vasallus liberos habet, vix contingere potest, vt eius feudum sub ea conditione impetretur, si tamen casus eueniat, idem omnino dicendum videtur.

Sed doctissimum Pistorium meminisse oportuit, hic agi de consuetudine odiosa valde, & regulis iuris repugnante, quibus eiusmodi pactiones, tanquã cõtra bonos mores,

mores,& plenæ tristissimi ac periculosi euentus reprobātur. l. vlt. C. de pact. Quare cùm moribus receptum sit, vt in feudis hæc ratio non obstet, sed alias inuestiri possit, de feudo nondum vacante,& aperto in eo casu, quo vasallus successores non habet, & spes est feudum ad dominum reuersum iri, mores isti feudales & consuetudines strictè accipiendę sunt,& non vltra expressos casus extendendę. Quod enim contra iuris rationem receptum est, non est producendum ad consequentias. l. Quod verò contra rationem. ff. de legibus. Omitto sciens prudensque allegationum plaustra. Consuetudinem stricti iuris esse, extra suos terminos non esse extendendam, quia res est omnibus perspicua.

CAPVT XXIX.

Successor Episcopi inuestientis aliquem de feudo alterius vasalli viuentis, cum consensu capituli, sub conditione illa, si feudum sibi fuerit apertum, an teneatur ratam habere inuestituram, si Episcopus ante vasallum, qui feudum possidebat, decesserit?

EXtat in vsibus feudorū sub titul. Qui successores feudū dare teneantur, constitutio quædam in hæc verba: *Si verò Archiepiscopus, Episcopus, vel Abbas, vel Abbatissa inuestiturā eius feudi quod alius detinebat, eo tenore alicui dederit, vt post decessum eius qui possidet, habeat: & ante decesserit Archiepiscopus, quàm ille qui feudū possidebat: successores eorum non coguntur eam inuestituram facere, vel confirmare, etiamsi pares eius curiæ adsint testes, vel breue testatum inde sit: nisi ille qui inuestituram acceperit, nomine eius feudi in possessionem missus sit, eo consentiente, qui detinet, &c.*

Conclusio hæc colligitur, successorem Episcopi, &c. nō teneri ratam habere inuestituram, si Episcopus, qui inuestiuit, antè decesserit, quàm ei feudum fuerit apertum. Idem habetur in c. 1. de clerico, qui inuest. fecit. ibi. *Si tamen ante decesserit inuestitor, quàm feudum ad eum reuertatur, successor non cogitur eam habere ratam.* Et in c. 1. §Moribus. si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agnat. vasalli. ibi. *Nam si Ecclesiastica persona talem faciat inuestituram, non aliter valebit, nisi sibi, non autem successori suo feudum aperiatur.* Et in c. qui succes. teneantur.

De inuestitura facta cum consensu Capituli ab Episcopo nullum verbū, nulla mentio in relatis textibus. Quid igitur statuendum erit, si Episcopus illam fecerit cum cōsensu Capituli? nunquid successor, cui feudum apertum sit, eam habere ratam teneatur? Respondit Afflictus teneri, in commentarijs d. c. 1. §Qui succes. feud. dare teneā. n. 14. Refert & sequitur Pistorius lib. 2. quæst. parte posteriori, quæst. 27. post n. 15. vbi refert idem respōdisse Collegium Lipsiensiū & Francofordiensium Iurisconsultorum, eaque responsa simul annectit.

Sed licet ego is non sim, qui vel sapientior tot Iurisconsultis videri velim, vel eis fidem abrogare; tamen si licet mihi, id quod sentio liberè proferre, longè diuersam habeo sententiam hac in re: quam vbi confirmauero, & contrariam refutauero, tum candidis lectoribus liberum relinquam iudicium,& ad veritatem, nisi fallor, inueniēdam faciliorem aditum præstabo.

Existimo nullum esse discrimen in proposita facti specie, siue Capituli consensus adhibeatur, siue non adhibeatur. Primò, quia in textibus iam relatis, non constituitur huiusmodi discrimē. Secūdo, quia nec vlla est ratio diuersitatis. Nā ideo successor Episcopi non tenetur ratā inuestiturā habere, quia obligatio non potuit incipere ex persona eius. Etenim obligationes quidem incipere possunt ex persona,& contra personam hæredis, ut Iustinianus statuit in l. 1. C. ut actiones ab hæred. & contra hæredes incipiant. Sed hic successor in dignitate non est hęres Episcopi, qui inuestituram fecit, nec dignitatem ab ipso Episcopo defuncto habet, sed ab alijs, à quibus electus est. Ergo non tenetur ratam habere defuncti Episcopi inuestituram. Nam obligatio nunquam incepit in

A persona defuncti Episcopi, quia inuestituram sub conditione fecit, *si feudum esset illi apertum.* Hæc conditio non euenit eo viuente, ergo nec obligatio orta fuit. l. Cedere diem, ff. de verb. sign. Non potest autem oriri, atque incipere in persona successoris, quia successor non est hæres illius. Hæc ratio locum habet, siue inuestitura facta sit absque Capituli consensu, siue cum consensu Capituli: Nam & si Capitulum semper extet, & ab eo incipere obligatio possit; tamen id non sufficit ad constituendam obligationem Episcopi, qui successit. Itaque vt maximè Capitulum ratam inuestituram habere teneatur, quia consensit, non tamen efficitur, Episcopum successorem teneri, qui non consensit, nec vllum ius habuit.

Potestne Capituli consensus præstitus Episcopo præsenti, istud efficere, vt obligatio, quæ nō incepit vnquam in persona Episcopi præsentis, incipiat in persona Episcopi postea succedentis?

Sed videamus quanti sint ponderis contrarię sentenB tiæ argumenta. Primum est, quia Episcopus dicitur esse administrator, non dominus rerum Ecclesiæ, cap. 2. de donatio. c. vlt. 12. quæst. 1. Qui verò mortuo eo succedit, non dicitur causam habere ab ipso, sed ab alijs qui eum elegerunt, quare nec tenetur ratam habere inuestiturā ab eo factā. Hæc ratio cessat vbi cōsensus Capituli adest.

Respondeo, non hanc esse causam, cur in nostra facti specie successor non teneatur ratam inuestituram habere, quia videlicet Episcopus antecessor non possit successorem obligare. Nā cùm Clericus feudū concedit, quod est Ecclesię, nō solùm ipse, verùm etiam illius successores obligantur, c. 1. de clerico, qui inuestiturā facit ibi: *Ipse & eius successor ipsam adimpleāt,* sed nō est illa, quā dixi, quia scilicet feudū nō est apertū ipsi Episcopo viuenti, qui inuestiuit, consequenter cōditio nō euenit sub qua inuestitura facta fuit, nisi post mortē eius, quo tēpore successor adest, in cuius persona incipere obligatio non potest.

Secundum argumentum est, quia contractus ab EpiC scopo factus, plerunque personalis est, & cum persona eius extinguitur, verùm si Capituli consensus accesserit, realis fit, atque adeò successorem etiam obligat, vt tradunt Doct. in c. vlt. ne prælati vices suas.

Respondeo, feudi cōcessionem etiam absque Capituli consensu realem esse,& successorem etiam obligare, vt in d. c. 1. de clerico, qui inuestituram facit, quod intelligendum est, quando res est solita in feudum ab antiquo tempore concedi ab Episcopo, tunc enim valet concessio absque solennitatibus alijs, vt in c. 1. de his, qui feudū dare possunt, c. 2. de feudis,& alibi.

Tertiū argumentū est, quia successor in Episcopatu nō tenetur habere ratum factū prędecessoris, ex traditis per Baldum in l. 1. ff. de Constitut. principum, & ibi Iason, nu. 14. Si tamē factum sit cū consensu Capituli, tenetur.

Respondeo, si factum prælati tendat in detrimentum Ecclesiæ, non obligari successores, c. De precariis 10. q. 2. aliàs secus. Nam feudi inuestituram successor ratam haD bere tenetur & adimplere, vt in d. c. 1. de clerico, qui inuest. fecit, & ita accipiendi sunt Doctores, qui dicunt factum antecessoris Episcopi non obligare successorem. Fateor successorem non teneri ratam habere inuestituram, in hac facti specie nobis proposita ex constitutione Lotharij, vt in c. 1. qui successores teneantur, & ex alijs textibus, sed quod accedente Capituli cōsensu teneatur, non concedo, nec argumentum id probat, nec vllo iure, vllaue ratione demonstrari potest.

Quartum argumentum est, quia Episcopus cum consensu Capituli de fructis in præiudicium successoris disponere potest, vt tradidit Afflictus decis. 101. Ergo, in proposito nostro successor Episcopatus ratam habere tenetur inuestituram.

Respondeo, Afflictum loqui & Doctores ab eo citatos (quorum tamen multi nihil ad rem dicunt) quando Episcopus de re disponit, quam tunc habet,& de qua potest disponere, licet dispositio egrediatur tempus vitæ

A Episcopi, veluti si Episcopus cum consenso Capituli bona Ecclesiæ locauerit, vendiderit, commutauerit, si Episcopus officium aliquod contulerit, granā fecerit, licet hæc omnia ita concessa sint, vt non ad tempus vitæ Episcopi restringantur, sed vlterius ac in perpetuum extendantur, valet concessio, & successor obligatur, quia Ecclesia dicitur concessisse, quæ nunquam moritur, c. Si gratiosè. de rescipt. in 6. c. liberti. 12. quæst. 2.

At hæc longissimè distant à quæstione nostra, in qua ratio, cur successor non teneatur, est illa, quam dixi, quia videlicet obligatio incipere non potest in persona successoris, quæ nec in persona defuncti incepit.

Quintum argumentum est, quia ea quæ fiunt cum cōsensu Capituli ab Episcopo, obligant successorem, licet alioqui talia sint, quæ morte Episcopi extinguantor, veluti mandatum procuratoris. Nam licet illud morte Episcopi reuocetur. Clement. vlt. de procurat. tamen id locum non habet, quando cum coosensu Capituli est factum, vt B notant ibi Glos. & doctores.

Respondeo, iure non probari hanc glossam, & aliorum assertionem, & non esse eandem omnium sententiam circa sensum illius textus. Adde etiam iuris rationi non esse consentaneam, licet enim Capitulum non moriatur Episcopo desuocto, non tamen tanta ipsius Capituli ratio habenda videtur, quanta Episcopi, qui principalis est, & procuratorem constituit, quare mandatum eius morte reuocatur, vt docet text in d. Clem. vlt. non distinguens vtrum mandatum procuratori datum sit cum coosensu Capituli nec ne.

Postremum argumentum est, quia si successor hoc in casu non teneatur ratam inuestituram habere, videri potest fraus aliqua fieri ab Ecclesia, contra c. Per tuas. de donat. & alia similia iuris loca. Respōdeo, eādem rationem locum habere, licet consensus Capituli non ioteruenerit, sed hoc in casu nolla fraus allegari potest, quia inuestitura ab Episcopo facta conditionalis est, *si feudum sibi aperiatur*. C Hæc conditio deficit, quia non aperitur ipsi Episcopo, sed successori. Nulla autem est obligaoo, ex ea promissione, quæ sub cōditione facta est, si cōdioo nō euenerit. At euenit (inquies) quia feudum apertū est, Respondeo, nimis tardè apertū esse, quia mortuus est inuestitor. Etenim soccessor eius nunc primū inciperet obligari, qđ iura vetant, nisi sit hæres, quæ ratio sola facit, vt in rebus profanis successor & hęres ratā habere teneātur inuestituram. Sicuti apertè legibns est cōstitutū, quas nō procul ab huius capitis initio retulimus. In terminis verò nostris vi successor non teneatur Inuestituram facere vel confirmare dicto cap. 1. Qui succes. feudum dare teneantur.

CAPVT XXX.

Quomodo accipienda sint verba illa text. in ca. 1. Qui success. dare teneantur. Nisi ille qui inuestituram acceperit, nomine eius feudi in possessionem missus sit, eo consentiente, qui detinet. D

SEd rursus controuertitur, quomodo accipiēda sint illa verba textus in d. c. 1. Qui successores feudū dare teneātur, quib⁹ dicitur, successorē Episcopi ratā habere nō cogi inuestituram, *nisi ille qui inuestituram acceperit, nomine eius feudi in possessionem missus sit, eo consentiente qui detinet*. Duplex enim est interpretatio doctorū. Altera, ita accipienda esse, vt locū habeant vbi feudi possessor viuens renunciat iuri suo, feudo se abdicat, vel eo ob aliquā iustā causam priuatur, ita Glos. in c. 1. Qui success. teneātur. tit. 2. 10 vers. *Inuestitus*. Aluarotus in cōmētarijs eius loci: idē mihi videtur Afflictus voluisse eo 10 casu, quo in realē possessionē inuestitus immittitur, ibidē n. 10. & n. 40. Pistorius eandē sententiam amplexus est, lib. 2. q. part. posteriore, q. 27. n. 46.

Altera est interpretatio, accipienda esse dicta verba de inuestito, in possessionem feudi immisso, viuente possessore, qui feudum tenet, & consentiente, non ad hunc effectum, vt tunc ius in feudo consequatur, & is qui feudum tenet, eo priuetur, sed vt successor inuestientis ratā habere inuestituram teneatur, post mortem vasalli tunc feudum possidentis, qui ius suum interea retinere debet. Ita latè ibi explicauit Andreas Isernia, nu. 4. & seq.

Prioris expositionis istud est firmamentum, quoniam is qui consentit, vt alius inuestiatur de eo feudo quod ad se pertinet, amittit ius suum. §. Præterea, quib. mod. feud. amittatur argumen. l. Si debitor. §. 1. ff. qoib. mod. pig. vel hypoth. solua. l. 2. ff. de distract. pig. l. Seruus communis. ff. de donat. inter vir. & vxor. l. Si fundum per fideicommissum. §. 1. de leg. 1. l. Codicillis. §. 1. de leg. 2.

Hæc ratio confirmatur, nam si is qui feudū tenet, non amitteret ius suum, non teneretur successor Episcopi ratam habere inuestituram, in ea facti specie, de qua ibi fit mentio, cùm scilicet Episcopus inuestitor moritur ante vasallum, qui tenet feudum. Nam semper illa ratio locū haberet, non potuisse Episcopum inuestitorem successori præiudicare in futuris negocijs. Necesse igitur est, vt inuestitus habuerit plenum ius in feudo, quia tunc successor meritò inuestituram ratam habere tenetur.

Sed istis nil moråobus verissima mihi vī Iserniæ stiīa & interpretatio. Etenim cōsideranda est facti species, de qua ille textus loquitur, nimirū, cùm *Archiepiscopus, Episcopus, &c. inuestituram eius feudi, quod alius detinebat, eo tenore alicui dederit, vt post decessum eius, qui possidet, habeat, & antè decesserit Archiepiscopus, quam ille qui feudū possidebat, successores eorum* (inquit textus) *non coguntur eam inuestituram facere vel confirmare, nisi ille qui inuestituram acceperit, nomine eius feudi in possessionem missus sit, eo consentiente qui detinet.*

Hic textus loquitur de hac facti specie, qua inuestituram Episcopus concedit eius feudi, quod alius deonet, eo tenore, vt post mortem eius qui possidet, habeat. Ergo, non potest intelligi exceptio illa sequens, *nisi, &c.* in alio casu, sed debet esse conformis regulæ, vt videlicet in illa ipsa facti specie, si is qui inuestituram obtinuit illius feudi, io possessionem missus fuerit; tunc successor Episcopi ratam inuestituram habere teneatur. Illa vero facti species non præsupponit vasallum feudi possessorem, vel eo priuatum esse, vel ius suum amisisse; sed ius suum retinere, & post eius mortem feudum ad eum qui inoestitus est pertinere; quia scilicet eo tenore datum est feudum alteri, vt post mortem ipsios possessoris habeat.

Quæ igitur absurditas esset, inuestituram eo tenore datam esse, vt post mortem possessoris inuestitus feudū habeat, & tamen possessore adhuc viuente, inuestitum ius consequi ex missione in possessionem?

Quàm præterea nouum est, & inauditum, regulam in vno casu constituere, quo scilicet inuestitura eo tenore concessa est, vt inuestitus post mortem possessoris feudum obtineat, & exceptionem adferre ad eum casom pertinentem, quo inuestitus plenum ius in feudo obtinet viuente possessore?

Amplius, cui dubium, quod si possessor feodi, iuri suo renūtiet, vel priuetur feudo, & alius inuestiatur, qui possessionē accipiat, quin eiusmodi inuestiturā ratā habere successor teneatur? Imò non est opus vt ratam habeat, sed vt vasallus successori iuramentum fidelitatis præstet, & inuestituram petat ab eodem, iuxta cap. 1. quæ fuit prima causa benef. amitten. & in c. 1. quo tempo. miles, &c.

Hæc est igitur sententia huius loci, successorem cogi ratam habere inuestituram, licet Episcopus ante possessorem feudi mortuus sit, quando inuestitus missus est in possessionem, cum consensu vasalli feudum possidentis, missus est inquam in possessionem, non ad eum effectum, vt tunc feudum obtineat, neq; eoim potest, quia ex tenore inuestiturae feudum obtinere non potest, nisi post mortem possidentis feudum, sed ad eum effectum, vt feudum consequatur post mortem possessoris: Effectus possessionis refertur post mortē, & ita res agitur, vt is qui ab Episcopo inuestituram accepit, habeat etiā realem

lem possessionem, *ex nunc, prout ex tunc*, vt loquar cum Glossatoribus id est, vt possessio tunc nullum ius tribuat, sed tantùm post mortem possessoris, qui tũc viuit. Potest enim possessio tradi sub conditione. l. Qui absenti. §. 1. ff. de acq. possess. nec aliter res fit accipientis, quàm si conditio extiterit, vt ait ibi Iureconsultus, & de possessione tradita ex *nunc, prout ex tunc*, quod valeat post mortem constituentis se possidere alterius nomine, & sic illã tradentis, communis est sententia. Vide Alex. cõsi. 83. col. 3. vers. Confirmatur hoc quia possessio, lib. 2. Guido Papæ decis. 268. Ripa ad l. 1. nu. 5. ff. de pignorib. Tiraquellus de iure Constituti, in 3. parte, limitatione 2. nu 25.

Quod verò dicebatur, eũ qui consentit alium de feudo inuestiri, suo iuri præiudicare, locum habet, quando consentit alium absolutè inuestiri, sed in quæstione nostra consensus non est absolutus, sed talis, vt is qui consentit, velit feudum, donec vixerit, retinere, verùm in hoc tantùm consentit, vt post mortem suam alius feudum obtineat. Quare nullum sibi donec vixerit, præiudicium facere videtur, atque adeò ius suum non amittit.

Porrò nullius momẽti est quod dicebatur à Pistorio, nisi possessor ius suum amittat, & inuestitus plenum ius consequatur, non teneri successorem Episcopi in ea facti specie, de qua textus loquitur, ratam habere inuestiturã. Nam dicendum est, imò successorem teneri ratam illam habere, & ratio est, quia inuestitus hoc in casu possessionẽ accepit, & ideo gratia consummata est, & perfecta, tãtùm expectanda est mors possessoris. Non præstat impedimentum hoc in casu, quod obligatio non possit incipere in persona successoris, quia hic non versamur in simplici obligatione, & promissione, sed in iure quæsito, in spe saltem, ex inuestitura, & simul ex possessione reali. Et hoc est, quod Isernia dicebat, rem non remansisse in finibus promissionis, seu in finibus inuestituræ verbalis, sed vlterius processisse. Quod verò Episcopos successori præiudicare non possit in futuris negocijs, nec idonea est ratio, ex qua ita fit in feudo, quo de agitur, constitutum, nec in præsenti specie locum sibi vendicat, vbi inuestitura plenum ius, sub conditione tamen iam dicta, tribuit inuestito, per possessionem scilicet acceptam, est enim gratia quodãmodo perfecta, ideo morte cõcedentis nõ expirat, quasi re amplius non integra, argum. cap. Si super gratia, de off. de leg. lib. 6.

Illud prorsus mihi videtur falsum, quod Glos. loco superiùs annotato dicebat, textum accipiendum eo casu, quo vasallus feudo priuatur; tunc enim alius in possessionem mitti potest ac inuestiri. Nam si de vasallo, priuato iure suo ageretur, non esset opus consensu ipsius, vt alius in possessionem eo viuente mitteretur: Et tamen textus requirit consensum eius: Sic enim ait: *Nisi ille qui inuestituram acceperit, nomine eius feudi in possessionem missus sit, eo consentiente qui detinet.*

CAPVT XXXI.

Possitne Episcopus rem in feudum dari solitam, & ad se deuolutam, consanguineis suis in feudum dare?


On est difficilis hæc controuersia, licet variæ sint doctorum sententiæ. Episcopũ nõ posse rem in feudum concedi solitam suis consanguineis dare, docuit Glos. in cap. 1. §. Hæc omnia. vers. Clericorum. Si de inuestitura inter domi. & vasallum lis oriatur, & in c. 1. in verb. Archiepiscopus, qui successor feud. dare tenean.

Fundamentum est in Auth. Quibuscunque modis. C. de sacrosanct. Eccl. Quod sanè infirmum est. Nam tex. in Nouella de alien. & emphy. ex quo Authentica illa sumitur, ita dicit: *Oeconomis verò, & ordinatoribus clericorũ, & chartularijs vbicũq; venerabiliũ domorũ constitutarũ, aut parentibus eorum & filijs, & quibus secundum genus, & secundum matrimonij iura coniunguntur, locationes, aut emphyteuses, aut emptiones, aut hypothecas rerum immobiliũ, ipsis venerabilibus domibus competentium subire, aut per se, aut per interpositam personam, secundum quod & ijs qui in regia Ciuitate sunt, prohibemus.*

Fundamentũ hoc ideo est infirmum, quia Iustinianus ibi non loquitur de re solita in feudum concedi, siue in emphyteusim, neque de Ecclesiæ prælato, sed de œconomo; ille meritò prohibetur consanguineis suis res Ecclesiasticas locare, aut in emphyteusim cõcedere, quia cùm administret, non potest, nec per se, nec per alium, ex suo officio cõtrahere. l. Non licet. ff. de cõtrah. empt. At cùm res est solita alijs in feudũ concedi, nulla est ratio, cur Eps eã suis consanguineis dare prohibeatur, eo modo, & eisdẽ conditionibus, & pactis, quib. alijs concedere posset.

Secunda est opinio Bartoli in d. Auth. Quibuscunque modis, posse rem ad tempus concedi, puta vsque ad secũdam vel tertiam generationem, non autem in perpetuũ. Fundamentum est text. qui nihil ad rẽ pertinet, in Auth. de sanctissimis Episc. §. Sin autem Ecclesijs.

Tertia est sententia Andreæ Iserniæ in c. 1. nu. 12. qui successores feud. dare tenean. vbi dicit, licere Episcopo etiam suis cognatis dare, si id cedat in Ecclesiæ vtilitatẽ, & cum solennitate in alienatione requisita. Sed non loquitur de re solita in feudum concedi. Illa enim concedi potest absque solennitate aliàs requisita, vt habetur in cap. 2. de feudis. ibi. *In primo ergo casu feudum decedentis libere, si videris expedire, concedas.*

Postrema est sententia, prælatum posse suis consanguineis res infeudari solitas cõcedere in feudum, ita Baldus in c. 1. Qui feud. dare possunt, & ibidem Iason num. 19. Panorm. in c. Vt super. de reb. Eccles. non alienan. nu. 18. 19. Curt. iun. de feudis, par. 2. quęst. 7.

Adfertur pro hac sententia, quod habetur & notatur in c. Dilecto, de præben. in cap. Relatum, de testam. in c. Non satis 86. distinct. quæ loca ad quæstionem istam nõ pertinent.

Mihi placet hæc sententia, quæ communior est, si hæc concessio fiat cũ Ecclesiæ euidenti vtilitate, ex eo, quod habetur in Extrauag. Ambitiosè. de rebus Ecclesiæ non alienan. ibi: *Nec non infeudationem vel contractum emphyteuticum præterquam in casibus à iure permissis, ac de rebus & bonis in emphyteusin ab antiquo concedi solitis, & tũc in Ecclesiarum euidenti vtilitate, &c.* Idem probatur in d. c. 2. de feudis. ibi: *Si videris expedire*. Et cùm Prælati res ab antiquo in feudum dari solitas, concedere possint, vt habetur in d. c. 1. de his qui feudum dare possint, & latè Andr. Geyll. probat lib. 2. obser. vlt. nec vlla lex prohibeat eas concedi consanguineis; nihil vetat, quo minus consanguineis rectè concedi possint, si id expedire Ecclesiæ visum fuerit, vt dictum est.

CAPVT XXXII.

Ex duobus inuestitis de feudo quis præferatur.

SI duo fuerint de eodem feudo inuestiti, alter priùs, alter posteriùs, controuersia est, quis pręferatur, & posita est in eo, vtrum is, cui priori tradita est feudi possessio, alteri præferatur. Et quoniam distingui solet, vtrum à Principe feudũ sit cõcessum, vel ab alio, hoc posterius membrũ in hoc capite tractabo; primũ autẽ in sequenti.

Duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ in hoc articulo de feudi inuestitura duobus diuerso tempore data ab alio quàm à Principe. Altera docet, præferendum esse priorem, id est, eum qui prius inuestitus est, ita respondit Ludouicus Romanus in consi. 70. Marsilius sing. 82. & Io. Sichardus ad l. Quoties, nu. 10. C. de rei vend. Altera verò præferendum esse eum, cui priori tradita est possessio, licet posterius inuestitus sit, ita Glos. in c. si facta. Si de feudo defuncti cõtentio sit inter dom. & agna. quã ibi sequuntur Isernia, Baldus, Aluarotus, Afflictus & alij, Hieronymus Schurff. consi. 53. lib. 1. Ias. ad d. l. Quo-

ties.nu.30. Zasius de feudis in 6 par.nume.13. Dominus meus Cephalus cons.658.nu.17.lib.5.

Prioris sententiæ fundamētum est, quia cùm feudum alicui concessum est, non potest sine iusta causa auferri, vt habetur in tit.de feudo, sine culpa non amit. & alibi. Ergo non licet domino, postquam aliquem inuestiuit, alium inuestire in eodem feudo, quia videtur priori feudum datum adimere sine iusta causa. Deinde, quia dominus tenetur inuestitum mittere in corporalem possessionem feudi, vt in c.1.in fine.de noua forma fidelita. Denique, quoniam in feudis idem operatur inuestitura, quod traditio rei.c.1.quib.mod.feud.consti.potest; pro qua sententia ego aliquādo adduxi.c.1.§ Rei. de inuest.de re aliena.facta: *Rei autē* (inquit textus) *per beneficium rectè inuestita vasallus hanc habet potestatem, vt tanquam dominus possit à quolibet possidente, sibi quasi vendicare, &c.*

Posterioris autem sententiæ fundamentum est in l. Quoties.C.de rei vend. Nam ratio illius legis, etiā in feudis locum habere videtur; quia per inuestituram absque traditione, nullum ius in rem, is qui inuestitus est, acquirit, sed actionem contra dominum, vt rem tradat, & corporalem possessionem, vt in d.c.1.in fi.de noua forma fidelit. Id probatur, quia traditionibus & vsucapionibus, non nudis pactis dominia rerum acquiruntur. l. Traditionibus.C.de pactis. Ergo, si traditio non intercedat, dominium non transfertur feudi, id est, vtile dominium in vasallum non transit.

Ego puto posteriorem hanc sententiam verissimam esse, quia in hac facti specie, quæstio est, quis præferatur ex duobus inuestitis, id est, quis sit potior in obtinendo feudi dominio, quare absque vlla hæsitatione respondendum est, eum potiorē esse, cui res tradita est, quia per traditionem dominiū acquiritur. Etenim antequam feudū sit traditum primo inuestito, illius dominiū remanet penes concedentem, arg.l.pen.C.de rei vend.l.Alienatum. de verb.sig. Quare illud per traditionem rectè trasfertur in eum, qui postea inuestitus est.l.Qui tibi. C.de hæred. vel actione vend.l.Qui tibi. C. de his qui à non domino manum.quæ est ratio.d.l.Quoties. C. de rei vend. quanquam non ignoro, eam aliter explicari à Cuiacio lib.18. c.31.obser. Hæc cùm ita iure communi constituta sint, nec contrarium vsu feudorum constitutū sit, videtur inhærendum iuri communi, arg c.1.de feudi cognir.

Non obstant argumenta contrariæ opinionis. Nam respondeo, duos esse considerandos casus. Primus est, quādo dominus inuestiuit aliquem in feudo, tradēdo ei possessionem corporalem, quæ dicitur propriè inuestitura. c.1.Quid sit inuestitura. Et tunc non potest illud ei adimere, & alteri dare sine iusta & legitima causa. Alter casus est, quādo dominus alicui inuestiturā feudi concessit abusiuè, per hastā & ensem, vt in d.c.1.Quid sit inuesti. & tunc tenetur quidem inuestitum in possessionē mittere, sed si non fecerit, verùm alterū feudo inuestierit, & in possessionem induxerit, non propterea hæc secūda inuestitura infirmatur, imò valet, & effectum habet, sed teneatur dominus primo inuestito, id quod interest præstare. Nam licet dominus teneatur præcisè rem tradere, vt dicit tex.in c.si facta. Si de feudo defuncti conten.sit inter dom. & agnatos, & in c.1.in fi.de noua forma fidel.ibi: *Omnimodo cogatur.* tamen cùm iam dominus alteri feudum tradidit, non habet tradendi potestatem, quare ad id quod interest conueniri potest.arg.l.1.ff.de act. empt. præclarè Crauetta in cons.12. nu.2.3.4. vbi multis probat, cùm dicitur, aliquem præcisè ad aliquid faciendum teneri, id accipiendū esse, cùm factū præstari potest, secus si præstari non possit, tunc enim aliter consultum esse stipulatori non potest, quàm vt petat id quod interest.

Qua responsione tollitur id quod dicebatur in argumento, dominum præcisè obligatum esse ad tradendum feudum, quia id in præsenti locum habere non potest, quoniam factum istud traditionis feudi præstari non potest, cùm feudum ab alio possidetur.

A Quod verò dicebatur inuestiturā idem operari, quod traditio rei, non est ita, si de abusiua inuestitura agatur. Secus, si de vera inuestitura sit sermo, per quā possessio datur.c.Quid sit inuestitura. Nec contrariū docent loca in argumento allata, & tex.in c.1.§.Rei, intelligēdus est de inuestitura vera & propria: *Inuestitura autem propriè dicitur possessio*, inquit textus in c.1.Quid sit inuestitura.

CAPVT XXXIII.

Quis præferatur ex duobus à Principe inuestitis feudo?



Vatuor articulis propositis dicam breuiter, quid mihi de hac quæstione statuendum videatur: cæteris Doctoribus quid visum fuerit, non erit difficile cognoscere, si quis loca inuisere voluerit, q̄ postea ego indicauero.

Primus articulus est de Principe duobus vnum & idē

B feudum diuerso tempore in solidum concedente possessione tradita hoc modo. Titio feudum concessit prius, & possessionem ei tradidit, postea idem feudum Caio concessit; & similiter eum inuestiuit possessione tradita: hic respondendum est, primum inuestitum præferendū esse, quoniā ei priori res est tradita.l.Quoties.C.de rei vēd. & hoc modo accipiendum est, quod tradit Paulus Castrēsis in l.2.nu.3.C.de legib. Neq; enim primo vasallo feudum auferri sine causa potest, vt habetur in tit.de feudo sine causa non amitten. Et ideo feudum, vni concessum, non potest alteri cōcedi purè.c.1. Qui successo.teneātur. Et vsq; adeò verū est, priorē cui possessio rei tradita est, præferēdū esse posteriori, vt id locū habeat, licet eo tēpore, quo res priori tradita est, tradens dn̄s non sit, & postea dominum nactus, eā tradat alteri. Prior etenim nihilominus est præferēdus.l.Si à Titio.ff.de rei vend.l pen.ff. de excep.rei vend.l.4.§.Si à Titio. ff.de doli mali except.

Secundus articulus est de Principe, qui vni feudū con-

C cedit primò per inuestituram absque corporali possessione, sed alteri secundò cōcedit, & simul possessionem tradit ei corporalem. In hoc articulo sic statuo, secundò inuestitum præferendum esse priori.arg. d.l.Quoties.C.de rei vend. quæ lex necessariò etiam in feudis locum habet, tum quia in illis contrarium receptum non est, quo casu seruatur ius commune.c.1.de cogn.feud. Tum quia ratio legis locum habet etiam in feudis, sicut capite præcedenti disputatum est.

Non offendunt hanc sententiam iuris canonici loca, quibus constitutum est, vt is alteri præferatur in ecclesiasticis beneficijs ac præbendis, qui primò beneficium obtinuit.cap. Tibi qui.de rescrip.lib.6.c. Si tibi.de præben. lib.6. Item illa ratio non obstat, quòd Princeps cōtractibus igetur, & non debeat quenquam decipere. Deniq; quod possit absq; traditione dominium transferre. l. vlt. C. de sacrosanct. Eccles. Nam quod attinet ad beneficia ecclesiastica, in illis est disparatio, quia in illis potissi-

D mùm titulus iustus spectatur, & ex eo ius acquiritur. Nec corporalis possessio ac traditio dominium eorum transfert; quia is, cui beneficium ecclesiasticum confertur, nō acquirit dominium illius, nec illud transmittit ad suos hæredes, sicut is, cui feudum confertur, sed eo vtitur ac fruitur in dies, duntaxat, vitæ suæ.

Quod verò dr̄, Principē obligari ex contractu, & non debere quenquā fallere, verissimum est, sed non pertinet ad rem nostram, quia non hic disputatio est, an Princeps rectè faciat, an reprehendi possit, ac debeat, & an obligetur ex contractu & promissione priori inuestito, saltē ad præstandum id quod interest, sed nostra quæstio est, cùm inter ambos inuestitos cōtrouersia agitatur, vter alteri sit præferendus, & dicimus, eum esse in dominio vtili, vt vocant, feudi potiorem, cui possessio tradita est.

Porrò dato quòd Princeps possit dominium absq; traditione transferre, non tamen inde efficitur eundem id transferre, si non expresserit. Voluntas enim Principis

præsu-

A præsumitur esse iuri consentanea. l. Ex facto. ff. de vulg. & pup. Iure autem dominiú absque traditione nó transfertur. l. Traditionibus. C. de Pactis. Adde quod nó probatur, Principem posse transferre dominium, absq; traditione ex l vlt. C. de sacrosanct. Eccles. quia vt aliàs differemus, illa lex hoc non dicit, & malè communiter explicatur.

Tertius articulus est, de Principe feudum concedente, vel ex contractu, vel ex gratia, & ita disponente, vt dominium etiam absque traditione acquiratur ei, cui illud concedit. Hoc in casu, si Princeps supremus sit, qui legibus derogare valeat, quibus ita constitutum est, vt dominium absque traditione nó transferatur; tunc puto eum, cui priori ita feudum est concessum, præferendum esse posteriori, licet posteriori tradita sit corporalis rei possessio: Ratio est, quia prior dominium iam consecutus est, & est perinde, ac si ei prius tradita esset possessio, quo casu alteri absque dubio præferendus esset, vt dictum est suprà ex d. l. Quoties. C. de rei vend. & ex alijs legibus in B primo articulo citatis.

Porrò Principem efficere posse, vt dominium absque traditione transferatur, perspicuum est ex l. vlt. C. de sacrosanct. Eccles. Posse autem legibus derogare ciuilibus, non est dubium. §. Sed naturalia. instit. de iure natu. gen. & ciuili, tradunt Accurs. in l. vlt. C. Si contra ius vel vtil. pub. & ibidem Bartolus, nu. 4. Castrens. nu. 2. Ias. num. 1. Felynus ad c. Nonnulli, nu. 10. de rescriptis.

Quartus & postremus articulus est de Principe, ex gratia vel priuilegio feudum concedente, vni, & postea alij, vtrum posterior, cui tradita sit possessio, priori præferendus sit priori. Et respondetur ab alijs, non esse præferendum, quia Princeps in dubio præsumitur velle, vt dominium absque traditione transferatur, quoties ex gratia aliquid concedit. arg. c. Si tibi absenti. de præben. in 6. & quia Principum beneficia latissimè sunt interpretanda. l. Beneficium. ff. de const. princ.

C At contrarium ego puto de iure respondendum, quia principis voluntas præsumitur esse iuris regulis consentanea in dubio. l. Ex facto. ff. de vulg. l. Si quando. C. de inoff. testam. copiosè Menochius de Præsumpt. lib. 2. Præsumpt. 9. & 10. Ergo non præsumitur velle transferre dominium absq; traditione, quia id iuris regulis repugnat.

Quòd verò dicitur in d. cap. Si tibi absenti, nihil prorsus ad rem nostram pertinet. Ait ibi Summus Pontifex, ius in beneficio ecclesiastico, ex collatione Episcopi absenti facta, post ratificationem eius acquiri, *vt tuum dici valeat*. Rectè, quia in ecclesiasticis beneficijs titulus institutionis tribuit ius beneficij, vt declarat Dynus in reg. Beneficium, num. 11. 12. de reg. iur. lib. 6. Ias. in d. l. Quoties, nu. 12. Abbas & alij in c. Continebatur. de his, quæ fiunt à maior. parte, cap. sed in cæteris rebus profanis nó est ita, quia solus titulus non sufficit, sed requiritur traditio possessionis ad dominium transferendum.

D Sed iam superest, vt quod postremo loco pollicitus sum, exequar, catalogum adscribés eorum qui hanc quæstionem tractant. Vide igitur Romanum in cons. 70. & 298. Angelum ad l. Officium. ff. de rei vend. Alexand. in cons. 187. nu. 17. lib. 2. & in cons 3. nu. 7. lib. 5. & 155. nu. 26. lib. 6. Iasonem consil. 27. lib. 1. Decium in consil. 689. nu. 7. Parisium consil. 2. num. 58. lib. 1. Zasium de feudis, parte 5. nu. 16. Gozad. consil. 14. nu. 13. Couuar. lib. 2. variar. resolut. cap. 19. nu. 3. afflict. in cap. 1. Qui success. tenean. Iasonem latè ad d. l. Quoties. & ibidem Io. Sicard. Marsil. sing. 82. Hippol. Riminald. consil. 396. num. 37. lib. 4. Andr. Geyll. lib. 2. obseru. 55. Pistorium lib. 2. parte posteriori, q. 29. Isti alios citant, ex quibus quid alijs in hac quæstione visum fuerit, haud difficulter cognosci potest.

CAPVT XXXIIII.

Vtrum surdus, vel mutus, vel aliàs imperfectus feudi sit capax?

IN tit. An mutus, vel aliàs imperf. feudum retin. ita constitutum est: *Mutus & surdus, cęcus, claudus, vel aliter imperfectus, etiamsi sic natus fuerit, totum feudum paternum retinebit. Obertus & Gerardus, & multi alij. Quidam tamen dicũt, eum, qui talis natus est, feudum retinere non posse, quia ipsum seruire non valet. Sic dicimus in clerico, & in fœmina, & in similibus.*

In tit. Episcopum vel Abbatem, ita: *Mutus feudũ retinere non potest, s. qui nullo modo loquitur, sed si feudum fuerit magnum, quo ei ablato se exhibere non valeat, tantum ei relinqui debet, vnde se sustinere possit. Et his omnibus casibus feudum amittitur, & ad dominum reuertitur.*

Hinc maxima oritur controuersia inter Doctores, & quomodo hæc loca accipienda sint, & quo pacto inuicẽ concilianda, & quid denique de hac ipsa quæstione statuendum sit. Vtrum scilicet mutus, cęcus, &c feudum retinere possit. Videndi sunt tam veteres, quàm recentiores interpretes, qui commentaria scripserunt in eadem loca, & præter eos Zasius de feudis, part. 8. nu 68. Sonsbecius in vsus feudorum, parte 12. nu. 133. Siluanus cõs. 3. Hieron. Schurff consil. 24. lib. 2. Afflict. decis. 324 Marinus Frecia de subfeudis lib. 2. §. Superest. num. 9. & 12. Tiraquell. de primogen. q. 23. nu. 4. Thomas de Marinis tit. 2. de feudo & pacto, & prouiden. antiq. nu. 134. Omnium latissimè hanc rem disputans Ioan. Bolognetus in cons. 4. Pistorius quæst. 32. parte posteriore.

Non puto operæ preciũ ea referre, quæ ab ijs magna iudiciorum varietate ac disceptatione allata sunt. Sunt enim tam cõfusa omnia, tam obscura, vt nec sine magno labore colligi possint, & collecta, parua cum vtilitate & fructu coniuncta esse videantur. Quid ipse sentiam in tota hac disputatione, septem propositis articulis statim indicabo. Eum qui aliorum placita inuestigare desiderauerit, hæc nostra priùs hausisse fortasse non pœnitebit.

Primus articulus est de feudo, cuius gratia personale seruitium vasallus dño præstare non tenetur; si de tali feudo agatur, ego sic statuo, mutum, surdum, &c. eiusdẽ capacem esse, ac meritò illud acquirere & retinere posse. Non laudo huius sententiæ authores, qui nec pauci, nec obscuri nominis sunt, sed rationem adsero perspicuam; quia scilicet oĩs ratio impedimenti, atq; incapacitatis cessat. Illa nempe, quod vasallus sic imperfectus seruire nõ possit. Etenim hoc in casu nihil vetat, quo minus id præstet, quod præstare tenetur, nimirum pecuniam, & censum annuatim, sm feudi conditionem & qualitatem.

Secundus articulus est, qñ personale quidẽ præstandũ est dño seruitiũ, verũtamẽ vasallus est aptus ad id præstandum, licet mutus, surdus, &c. põt. n. bellicos labores sustinere, gladiũ euaginare, ensem vibrare, & oĩa alia bellica officia exercere. Cuiusdã muti et surdi à natura facit mẽtionẽ Bart. in l. 1. ff. de verb. oblig. & tam perspicacẽ fuisse narrat, vt homines simul loquentes ex motu labiorũ intelligeret, quem proinde Doctores ibi concedunt contractus omnes facere posse, quos alij non possent eo morbo laborantes. Si talis reperiatur vasallus, cur feudũ acquirere ac retinere nó possit, nihil sanè video pponi posse.

Tertius est articulus, qñ vasallus est cęcus, &c. sed tamen dominus illi ex gratia feudum concedit, vel vt illud retineat consentit, nulique extant idonei, quibus ius in feudo illo quæsitum sit, atq; adeò nulli præiudicium infertur. In hac specie facti non dubito, quin feudum consequi vel retinere possit. Licet. n. ad præstandum dño seruitium vasallus idoneus non sit, ea tamen res nihil ei nocere potest. Siquidem dominus ita vult ei gratificari, & suo fauori renunciare. Potest enim feudum cõstitui absque vllo

que vllo onere seruitij præstandi, velut est feudum, quod dicitur Franeum. Zasius de feudis, part. 12. nu. 36.

Quartus articulus est, qñ dñs consentit, & gratiã facit vasallo muto, cęco, & aliàs imperfecto, vt feudum obtineat, existentibus alijs agnatis idoneis, quibus ius quęsitum est. Hoc in casu non potest vasallus, ita imperfectus, feudum obtinere. Ratio est, quia ius quæsitum auferri non potest ipsis agnatis, arg. c. 1. de alien. feud. pater. Itaque potest quidem dñs in sui pręiudicium gratiam ei facere, non autem in alterius præiudicium, arg. l. penult. & vlt. ff. de natalib. restit. Et argumento eius, quod dicitur, primam inuestituram mutari non posse in aliorum præiudicium. Decius in cons. 445. num. 23. Vide in terminis nostris. Afflict. in d. c. 1. an mutus vel surdus, nu. 7. & nu. 10. Pistorium loco superiùs annotato, nu. 10. & nu. 13.

Quintus articulus est, cùm dñs feudi non facit gratiã cęco vel muto, sed res ex iure decidenda est, vtrum si capax feudi, illudq; retinere queat. Agiturq; de cęco nato, vel surdo, aut muto à natiuitate. Et hoc in casu puto respondendum, non posse feudum obtinere. Primò, quia ita decisum est in d. §. Mutus Episc. vel Abb. Secundò, quia ita etiam decisum est in d. cap. 1. an mutus vel aliàs imperfect. in vlt. opin. Tertiò, quia ratio legis est impedimento, ne feudum obtineat is, qui ita imperfectus est; quoniam seruire non potest, vt dicit ibi textus.

Et licet in primo responso contrarium dicatur ex sententia *Oberti Gerardi & multorum aliorum*, tamen illa sententia non fuit ab alijs recepta, vt patet ex vltima parte eiusdem text. & ex d. §. Mutus. tit. Episc. vel Abbas.

Sextus articulus est, quando vasallus est cęcus vel mutus ex accidenti, nõ autem à natiuitate, & tunc puto feudum paternum retinere posse. Moueor ex d. c. 1. An mutus vel aliàs imperf. dum ibi dicitur: *Quidam tamen dicunt, eum, qui talis est natus, feudum retinere non posse.* Hic perpendo id, quod suprà in eodem textu habetur. Mutũ, surdum, cęcum, et aliàs imperfectum, feudum paternum retinere posse, ex sententia Oberti Gerardi, & multorũ aliorum, siue ita natus sit, siue postea in tale vitium inciderit. Hanc verò sententiam ab alijs receptam & approbatam non fuisse in ea parte, qua docuerunt, talem imperfectum feudum posse retinere, licet sic natus fuerit, sed in alia parte non videtur reprobari, quando scilicet sic vasallus natus nõ est, sed casu factus est cęcus, vel mutus. Ergo in hac parte supradictorum sententia locum obtinebit.

Nec illi obstabit text. in d. §. Mutus. Episc. vel Abba. quia non loquitur de feudo paterno, vt statim dicam in articulo sequenti.

Septimus ergo & postremus est articulus de cęco, muto, &c. non à natiuitate, sed ex casu & accidenti, vt loquuntur nostri, cùm agitur de feudo nouo non paterno. Et isto in casu respondeo, vasallum feudum non posse retinere, sed illud amittere. Moueor authoritate text. in d. §. Mutus. Nam cum loqui de muto, &c. ex accidenti, patet ex eo, quòd dicit text. feudum retinere non posse, & feudum amittere. Nam si à natiuitate cęcus, &c. feudum obtinuisset, illud non amitteret, sed retineret, quia dominus sciens eum imperfectum esse, & nihilominus feudum concedens, videtur ei gratiam facere, & consentire, vt feudum obtineat, licet nullum præstet seruitium, vel per substitutum seruiat. Quod autem tex. ille de feudo nouo loquatur, inde colligi potest quod dicit, his omnibus casibus feudum amitti, & ad dominum reuerti. Nam si feudum sit paternum, illud non reuertitur ad dominum, sed ad agnatos pertinet,

Non obstat si dicatur, tex. accipiendũ de feudo paterno, sed eo in casu, quo agnati nõ extant: Etenim si de feudo paterno loqueretur, non diceret ad dominum reuerti, sed ad agnatos, si extent; sin minus, ad dominum.

Et hęc interpretatio eò magis probabilis esse videtur, quia text. in tit. An mutus vel aliàs imperf. loquitur de feudo paterno, & dicit mutum, surdum, &c. totum feudum paternum retinere. tex. autem in d. §. Mutus, ait nõ retinere, nisi tantùm, vnde se sustinere possit, si aliter se exhibere vasallus nequeat. Ergo, valdè probabilis est interpretatio ista, quæ distinguit inter feudum paternum & nouum. Paternum totum retinebit vasallus ex accidenti imperfectus factus; Nouum non retinebit totum, sed tantùm vnde exhibere se possit.

His ita positis conciliantur hæc loca, prima fronte repugnantia. Quia sententia Oberti & aliorum locum nõ habet in ijs, qui à natiuitate cęci sunt & imperfecti, sed in ijs, qui casu tales facti sunt, si feudum sit paternum. Text. autem in d §. Mutus, locum habet in feudo nouo.

CAPVT XXXV.

Vtrum clericus feudum obtinere possit?

IN libris feudorum tit. Si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agna. vasalli, cautum est in hæc verba: *Qui clericus efficitur, aut votum religionis assumit, hoc ipso feudum amittit.*

Rursus in titulo, de feudo fęminæ. text. ita dicit: *Ex hoc illud descendit, quod dicitur, clericum nullo modo in beneficium paternum debere succedere, etiamsi postea quam habitum religionis assumpserit, postposuerit. Idem in omnibus qui habitum religionis assumunt, vt conuersi. Hi enim nec postea in feudo succedunt, & si quod habent, perdunt.*

Rursus in tit. de vasallo milite, qui arma bellica deposuit, hæc habentur. *Miles qui beneficium tenebat, cùm esset sine liberis, venerabilem domum intrauit; & seculo renunciãdo arma bellica deposuit, habitumq; religionis assumpsit, & sic conuersus factus est: hic donec vixerit, feudum retinere conatur, quod dominus vel agnatus sibi pertinere contendit. Sed iudicatum est domini vel agnati conditionem esse priorem, eò quòd desijt miles esse seculi, qui factus est miles Christi: nec beneficium pertinet ad eum, qui nõ debet gerere officium.*

Amplius in tit An mutus vel aliàs imperf. &c. hæc verba sunt: *Quidam tamen dicunt, eum qui talis natus est, feudum retinere non posse, qui ipsum seruire non valet. Sic dicimus in clerico, & in fœmina, & in similibus.*

His testimonijs apparet, clericum feudum retinere non posse.

At contra in tit. de capit. Corradi. *Item si clericus velut Episcopus, Abbas, beneficium habens à Rege datum, non solummodo personæ, sed Ecclesiæ, &c.* Quibus verbis præsupponitur Episcopum & Abbatem feudum obtinere posse. Idem præsupponitur de clericis in c. Verùm. & in c. Ex transmissa de foro competenti, & vsus idem docet in Episcopis Germaniæ, & alibi ferè passim, vt feuda possideant ac obtineant amplissima.

Hinc nata est controuersia inter doctores, aliquibus affirmãtibus, clericos feudũ obtinere posse, aliquibus negantibus. Vide canonistas in c. In pñtia, de Probation. Salic. in Auth. Ingressi. C. de sacros. Eccles. feudistas, qui commentati sunt in loca superiùs annotata. Iacopionũ in inuestit. feud. in vers. Et quibuscunque, nu. 4. Siluanum cons. 3. nu. 53. Hieron. Schurf. cons 68. cen. 1. Hanetoniũ de feudis, lib. 2. c. 3. Curtiũ iuniorẽ 2. part. 3. partis princ. nu. 13. Cassaneũ in Cõsuet. Burgundię. tit. Des fiefs. §. 5. Zasiũ par. 8. de success. feudi, circa fin. Clarum. §. Feudũ. q. 78. Thomam de Marinis. tit. 2. de feudis, ex pacto antiquo siue patern. nu. 139. Bart. ad l. Si finita. §. Si de vectigalibus. ff. de dam. inf. Alex. cons. 10. lib. 5. Ias. cons. 115. lib. 1. & 117. lib. 4. Ruinum cons. 42. nu. 9. lib. 1. Afflictũ decis. 320. Brunum cons. 17. Crauettam cõs. 303. Cacheranum decis. Peiem. 27. Mynsingerum cẽt. 5. obseru. 48. Pistorium quæst. 33. in posteriori parte, lib. 2. Menoch. cons. 54. lib. 1. D. meum Cephalum in cons. 151. lib. 2.

Igitur à nobis inquirenda est aliqua iusta interpretatio, ex qua & hæc loca inuicem concilientur, & certi aliquid

aliquid in hac ipsa controuersia statui possit. Id autem A commode fiet, si primùm, quæ minus idoneæ & congruę interpretationes ac sententię videntur dispiciamus. Tum quæ iuri magis & rationi consentaneæ sint declaremus.

Prima est sententia eorum, qui dixerunt, clericum in feudo succedere,& feudum obtinere non posse. Ex testimonijs,quæ priore loco sunt allata.

Hæc sententia ac interpretatio absolutè si intelligatur, non est vera: quia etsi eidem illa testimonia suffragantur, refragantur tamen alia quæ secundo loco sunt allata,ex quibus manifestum est, clericos feudum obtinere, ac retinere posse.

Secunda est eorum qui defendere conati sunt, clericum feudum retinere authoritate textuum, quorum facta est superius mentio.

Non placet hæc sententia, quia illi obstant priora iuris feudalis loca, quæ contrarium docent.

B Neque igitur affirmans, neq; negans sententia simpliciter & absolutè recipienda videtur,ac proinde aliæ inuestigandæ sunt magis idoneæ interpretationes.

Tertia igitur est sententia, clericum feudum obtinere posse, si per substitutum seruire domino suo velit ac possit,argum cap. Imperialem.§. Firmiter.de prohib. feudi, alien. per Fridericum.

Non est recta interpretatio. Primò, quia nullo iure munita est. Secundò,quia repugnant textus feudales suprà citati,quibus aperte dicitur,clericos feudum amittere. Tertiò, quia si feudum obtinere possent eo in casu, quo per substitutum seruire possunt & volunt, æquum erat id exprimere. Quartò, quia fere semper clerici feudum obtinerent, si per substitutũ seruire posent, & tamen regulariter excluduntur. Quintò,quia repugnat ratio text.in d.l.1. de vasallo milite, qui arma bellica deposuit. ibi. *Eò quod desijt miles esse seculi, qui factus est miles Christi, nec beneficium pertinet ad eum, qui non debet gerere officium.* Hæc ratio non esset bona, si per substitutum C clericus seruire poset. Et ita seruiendo feudum obtinere. Postremò, quia clericus feudum amittit, vt dicit textus in d.§. Qui clericus. Si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agnatos vasalli. Quomodo ergo poterit seruire domino per substitutum?

Nec contrarium probatur in dicto §. Firmiter. hoc enim vult, vt quicunque in publica expeditione vocatus est à domino, si venire supersederit, vel alium pro se domino acceptabilem non miserit, vel dimidium reditus vnius anni ipsius feudi domino non subministrauerit, feudum amittat. Hæc constitutio locum habere non potest in clericis, quia isti feudum amittunt, vel à principio in eo succedere nō posunt,eo ipso quod sunt clerici, quare impossibile est eos per substitutum seruire tanquam vasallos, cùm non sint, nec feudum obtinere queant aut retinere. Argumentum verò ex illo text. hoc probat, si clerici feudum retinere posent, eos per substitutum doD mino acceptabilem seruire posse. Sed hoc est quod in dubium reuocatur,an feudum possint obtinere.

Quarta est sententia, si feudum sit tale, pro quo electa personæ vasalli industria non sit, clericum quoque feudum retinere, quia scilicet per substitutum seruire poterit.

Non est idonea hæc interpretatio, si pro feudo præstandum sit personale seruitium, quia repugnat textus, nulla distinctione adhibita, an sit electa industria personæ, generaliter dicens, clericos feudum amittere, quia milites seculi esse non posunt, qui facti sunt milites Christi, nec enim decet, vt solliciti sint de substituto aliquo mittendo, qui eorum nomine militet in bello. Adde vix fieri posse vbi personale seruitium domino præstandum est, quin videatur esse electa industria personæ. Quod si reale seruitium præstandum sit, & hanc ob causam non dicatur electa industria personæ, tunc dicta sententia locum habere potest, vt infrà dicam.

A Quinta est interpretatio ac sententia, clericos feudum obtinere posse, si dominus consentiat, & contentus sit, vt per substitutum seruiat, nec de alterius præiudicio, puta agnatorum, agatur.

Hæc mihi videtur æqua interpretatio, quia consensus domini adest, qui potest feudum concedere francum, & nulli seruicio obnoxium, ergo multò magis, vt per substitutum vasallus seruire possit. Item potest feudum fœminæ concedere, & alijs qui non sunt idonei ad seruiendum, Ergo etiam clericis. Dixi, si non fiat præiudicium agnatis, quia si feudum sit paternum, constat agnatis pręiudicare non posse domini consensum, c.1 de alien. feudi paterni. Nec enim ius quæsitum eis potest auferre, & ideo in rt. de vasallo milite, qui arma bellica deposuit, meritò dicit textus, *agnati conditionem potiorem esse, quàm clerici*. Nec enim dominus poset eo in casu clerico feudum concedere in præiudicium agnati.

Sexta est sententia, clericos feudum obtinere posse, si B non sit præstandum personale seruitium, sed reale, puta annuus census pecuniæ, vel alterius rei.

Placet hæc sententia, quia cesat ratio legis impedientis ac prohibentis, clericos feudum retinere, nimirum illa, *nec beneficium pertinet ad eum, qui non debet gerere officium*, vt in d.c.1. de vasallo milit. qui arma bellica deposuit. Posunt enim commodè annuum censum præstare, vt alij, Ergo etiam feudum retinere, sicut & aliàs imperfecti, vt dixi suprà præcedenti capite, in primo articulo feudum retinere posunt, cuius gratia personale seruitium præstari non debet, quia cesat ratio text. in c. 1. An mutus vel aliàs imperf. quia scilicet *ipsum seruire non valet*. Nam potest annuum censum domino soluere.

Septima sententia est, si feudum francum sit, posse Clericos illud obtinere, & est verissima, quia cesat ratio quę prohibet, cùm nullum sit præstandum seruitium.

Octaua est sententia, vbi feudum annexum est dignitati Ecclesiasticæ. Tunc certè nihil prohibet quò minus C clericus feudum obtineat. Et ita accipiendus est textus in c.1.§.vlt. de capitulis Corradi, & in d.cap. Verùm, & c. Ex transmisa, de foro competen. Et in Germania passim videmus Abbates, Episcopos, & alios Ecclesiasticos feuda possidere, annexa dignitati Ecclesiasticæ, quod iuri consentaneum est, vt patet.

CAPVT XXXVI.

Equites Hierosolymitani, & similes, qui sacro ordini militum nomina dederunt, an in feudis succedere possint?

SEd & controuersia est, vtrum in feudis succedere possint. Equites Hierosolymitani, siue Rhodienses ac Melitēses, qui sacri ordinis militum religionem asumunt. Etenim affirmāt Aluarotus in c.1. col. pen. vers. Quæro quid si vasallus, de D vasallo milite, qui arma bellica deposuit, & ibidem Baldus nu.4. Præpositus in fine. Afflictus nu.13. Iacopinus in inuestitura feudali, in verb. *Dictiq; vasalli promiserunt non committere feloniam*. nu.41. vers. *Quid autem in militibus*. Barbatia ad rub. de feudis, col.3. vers. Quid si vasallus efficiatur miles. Curtius iunior in tract. feudorũ, part. 3.q.10. Rubeus cons.80. Neuizan. cons.30. Natta cons. 507.nu.9.lib.3. Curtius senior in cons.62.63.

Fundamentum præcipuum est, quia isti milites arma bellica non deposuerunt, & ideo cesat ratio textus in d. c.1. de vasallo milite, qui arma bellica deposuit. Et cùm armis vtantur cōtra infideles, in fauorem fidei Christianæ, putentur seruire domino suo, eo ipso quod pro fide militant. Aut certè per substitutum seruire posunt.

Cæterùm, negāt Baldus in cons. 170. lib. 1. Barbatia de præstantia Cardinalium, par.1.q.5. Brunus cons.17. Cassaneus in Cōsuetud. Burgundiæ. rt. de feudis, §.5. in vers. Excep. le. religios. nu. 18. Catelianus Cotta in Memor. in

vers.

vers. Clericus. Crauetta cons. 303. Rolandus cons. 23. nu. 9. lib. 1. Alciatus respons. 29. nu. 6. Thomas Marinus de feudis, tit. 2 de feudo ex pacto & prouidentia, num. 141. Menochius de arbitrar. iudic. casu. 231. nu. 5. & in cons. 54. lib. 1. Cacheranus decis. 17. nu. 18.

Fundm est firmissimum, quia religioni, quam receperunt, sunt obstricti, nec domino seruire possunt iuramen tumq; fidelitatis obseruare, secundum formam traditam in c. 1. qualiter iurare debeat vasallus domino suo fidel. & in c. 1. de forma fidel. & in c. 1. de noua forma fidel.

Hæc sententia mihi vr, additis tamē declarationibus, quas posui supra in capite præcedenti, circa quæstionem de clericis. Nam in illis casibus, in quibus clerici succedere possunt in feudis, existimo etiā istos succedere posse, quia nulla diuersitatis ratio adferri potest.

Ad argm verò contrariæ opinionis respondeo, licet isti arma bellica non deposuerint, nō tamen illis vti possunt pro alijs, quàm pro fide contra infideles. Et licet eā ob causam magno sint honore & fauore digni, non tamen seruire posse dicuntur domino feudi, cùm religioni sint obligati. Nā & cæteri clerici, ac religiosi viri, Deo inseruientes & milites Christi, vt loquitur text. non minori sunt honore digni, & tamen in feudis nō succedūt. Per substitutum verò in feudis, clerici ac religiosi viri seruire non possunt, quia id præsupponit eos feudum obtinere posse: at non pñt obtinere, imò si qd habent, amittūt, ergo nō est laborādū, an possint seruire p substitutū.

CAPVT XXXVII.

Vtrum fœminæ in feudo emptitio succedant?



Axima est controuersia, vtrū fęminæ succedāt in feudo emptitio, id est, precio acquisito & comparato. Adferam huc omnium sententias & argumenta, vt oium collatione facta, quid hac de re sit statuendum, facilius intelligi possit.

Prima est snia eorū, q dixerūt, fęminas succedere posse in feudo emptitio. Ita oium primum docuit Odoffredus, in summa, qui possint succedere in feudo: eandē sententiam secuti sunt Romanus in cons. 367. nu. 12. Decius in cons. 269. nu. 6. 390. nu 7. & alibi. Ruinus cons. 18. nu. 18. lib. 1. Curtius iunior in 1. par. 3. partis, nu. 6. Clarus §. Feudum. q. 73. vers. Sed quid in feudo empto. Natta cōs. 246. nu. 4. & 393. nu. 8. Hipp. Rimin. cōs. 256. nu 9. lib. 3. D. meus Decian. cōs. 58. nu. 49. lib. 2. Menoc. cōs. 498. nu. 17. lib. 5. vbi alios citat, qbus adde And. Geyll. li. 2. obser. 159. vbi testat, ita fuisse in Camera Imperiali iudicatum.

Fundm est, qa feudū pecunia emptū, nō est ꝓpriè feudū. Etem feudū non sub prætextu pecuniæ, sed amore & honore dñi acquirendū est, c. 1. de feudo dato in vicē legis Commissoriæ. Quare nec leges, quę de feudo propriè sumpto loquunt, in tali feudo locū habere possunt. Fœminæ aūt excluduntur à successione feudi propriè sumpti, veriq; & recti. Nā cōstat eas ī feudo impropriè sumpto succedere, vt in c. 1. de feudo fœminæ. Itaq; in feudo emptitio, qa ex contractu acquirit, vr locus esse iuris regulis, q in contractibus seruant, vt nimirū ad hædes transeat. l. Veteris. C. de contrah. & cōmitt. stip. l. Si pactū. ff. de Probat. Iure autem ciuili hæredes sunt tam masculi quàm fœminæ. l. Maximū vitium. C. de liber. preteritis.

Altera est snia, fœminas in feudo, de quo agitur, succedere nō posse. Ita Præpositus & Afflict. nu. 23. in §. Et quia. de his qui feudū dare poss. Iacopinus in inuest. feudali, in verbo *& fœminis*, num. 6. Zasius de feudis, par. 8. nu. 37. & par. 12. nu. 21. & conf. 8. nu. 22. & 23. lib. 2. Curtius iunior par. 3. in princ. nu. 2. vers. Primo igitur limita. Brunus conf. 18. nu. 9. & 108. nu. 27. Hanetonius de feudis, lib. 2. c. 8. Roland. cons. 41. lib. 4. Menochius cons. 1. nu. 470. Pistorius lib. 2. parte posteriori, quæst. 34.

Fundamentum est, quia feudum dr etiam illud, quod pecunia acquisitum est. Et licet in hoc à natura proprij A feudi alienum sit, quatenus non est beneficium gratia & amore domini acquisitum, non tamen sequitur in alijs etiam alienum esse debere. arg. tex. in c. 1. de feudo, non habente propriam naturam feudi.

Tertia est opinio, fœminas admitti ac succedere in feudo precio acquisito & émpto, si hæc duo cōcurrant, nimirum, vt iustum ac integrum precium numeratum fuerit, & nullum personale seruitium præstandum sit. Ita Socinus iunior in conf. 65. num. 16. lib. 1. post Baldum, in §. Et quia vidimus. de his qui feudum dare possunt, & alios quos allegat, refert & sequitur D. meus Cephalus in cōs. 172. nu. 15. lib. 2.

Fundamentum est, quia hoc in casu rationes cessant, propter quas regulariter fœminæ à feudis excluduntur, quia scilicet personale seruitium præstare non possunt, c. 1. An mutus vel aliàs imperf. Et maximè cùm precium numeratum sit, quod facit, vt nō beneficium reputetur, sed contractus, qui sine dubio transit etiam ad fœminas.

B Quarta est sententia, Fœminas succedere posse in feudo emptitio, quando ab ipso domino venditum est, non autem si ab alio vasallo, ita Curtius senior in consilio 48. col. 7. Alciat. responso 170. nu. 3.

Fundamentum est, quia venditio facta ab alio, quàm à domino, nocere non potest ipsi domino, neque impedit, quo minus feudum suam naturam obtineat, & regulis feudalibus subiaceat.

Quinta & postrema est sentētia, vt mihi videtur, Hieronymi Garzonij, in tract. de fœminis ad feuda recipiendis vel non, in 6. lim. vers. Sexto restringitur, fœminas quidē excludi à successione feudi emptitij, sed tamen dominū, qui eas vult excludere, ac illis præferri, reddere eis debere precium quod accepit. Ratio illa potest adferri, quia nō videtur æquū, vt dns feudum obtineat, & simul quoq; pecuniam, id est, preciū ipsius feudi: sicut enim pecunia fœmina hæres accipere potuisset, si non ex ea fuisset feudū comparatum à parente suo, ita iustū videtur, vt

C si feudum obtinere non possit parente mortuo, saltē precium eius consequatur, à domino ei restituendum, arg. cap. 1. de natura feudi, ibi. *Vel nisi emerint feudum, &c.*

Ego sanè tot ac tantis eruditissimis Iurisconsultis, qui has opiniones attulerunt, fidem abrogare nec volo, nec debeo. Veruntamē vt ingenuè dicam id quod sentio, eorum sententiam magis probo, qui negant fœminas admitti ac succedere in feudo. Est enim hæc sententia firmiori, vt mihi videtur, subnixa fundamento, quàm alia quæuis, nimirum tex. in c. 1. §. Et quia vidimus. de his qui feud. dare possunt, illis verbis: *Hoc autem notandum est, quod licet filiæ, vt masculi patribus succedant, legibus tamen à successione feudi remouentur, similiter & earum filij, nisi specialiter dictum fuerit, vt ad eas pertineat.* Idem docet tex. in c. 1. §. vlt. de success. feudi.

Sibi ergo imputet qui feudum emit, si non stipuletur etiam filiabus suis. Nam scit vel scire debet, feudum ad fœminas non transire, nisi specialiter dictum fuerit, vt ad

D eas quoque pertineat. Et ideo non obstat illud argumentum prioris sententiæ, quo dicebatur, feudum emptum non esse feudum propriè, & secundum contractuum regulas determinandum esse; quia licet hoc respectu non sit feudum propriè, iure tamen feudi censeri debet in alijs, arg. cap. 1. de feudo non habente propriam naturam feudi ibi. *Licet propriam feudi naturam non habeat, iure tamen feudi censebitur.*

Et quemadmodum contractus ad hæredes transeunt, ita etiā feuda transeunt, sed ad hæredes masculos, non ad fœminas, c. 1. §. Profecto. de lege Corradi. Quare hoc in casu ad hæredes quoq; trāsibit, sed masculos tantùm, nō etiam fęminas, quia non amittit omnem suam naturam. Feudum enim manet & vocatur, licet emptum precio fuerit. cap. 1. de natura feudi. ibi. *Vel nisi emerint feudum.* c. 1. de feud. datis minimis valuassorib. e. de benef. fratris.

Quæ verò adferūtur pro fundamēto aliarū sententiarum, ea non refello, quia non improbabilia sunt, sed nec defen-

de feudo, quia nec certo iure nituntur, & quam amplexus sum sententiam, illa mihi sanè probabilior videtur.

CAPVT XXXVIII.

In feudo fœmineo an succedant fœminæ?

EXtat constitutio feudalis sub tit. de Feudo fœminæ, in hæc verba: *Si fœmina habēs feudum decesserit, quia fœmineum est feudum, & sine pacto speciali deficientibus filiis masculis ad filias pertinebit, Obertus & Gerardus. Alij vero dicunt, nisi per pactum speciale ad eas non pertinere, sicut si datum esset filio masculo: quia si ideo quod est fœmineum, sine pacto transit in fœminas, eadem ratione quia est fœmineum, transit in fœmineam prolem, etiam masculis extantibus, quod falsum est. Ex hoc illud descendit, quod dicitur, clericū nullo modo in beneficiū paternū debere succedere, etiamsi postea quam habitum religionis assumpserit, postposuerit.*

Hæc constitutio occasionem dedit controuersiæ inter Doctores, vtrum in feudo fœmineo succedant fœminæ, si non speciali pacto id cautum sit. Etenim multi negant adducti ex secunda parte textus, quæ incipit: *Alij vero dicunt.* Plurimi verò affirmant, priori parte textus innixi, quæ ita disertè docet.

Neganti sentētiæ hæc præterea adstipulantur. Primò, quod fœminæ regulariter in feudis non succedunt. Secundò, quod fœmina acquirens feudum, non debet plus iuris habere quàm masculus. Masculo autem certum est fœminam non succedere. Tertiò, qm̄ is qui fœminæ feudum concedit, censetur illud concessisse s'm ipsius naturam, quæ est, vt fœminæ non succedant. Quartò, quia fœminam feudum habere pugnat cum regulis feudorū, ergo vt minus regulæ offendantur, non debet post eam fœminam, cui primò cōceditur, sequens etiā admitti. Quintò, quia ratio diuersitatis cōsiderari potest inter eam, cui feudum primo concessum est, & alias, quæ ex ea descendunt. Potuit enim fieri, vt motus fuerit dominus ad feudum cōcedendum matri, aliqua ratione, quæ in filia cesset. Sextò, quoniam nec filij masculi succedūt matri suæ, secundùm iuris rigorem, vt in c. 1. An maritus succedat vxori, ergo multò minus fœminæ. Septimò, quia ex duabus sententijs, quæ commemorantur in d.c. 1. de feudo fœminæ, posterior sententia ab authoribus feudisticorū librorum videtur approbata, id patet ex eo, quòd secundùm hanc posteriorem sententiam argumentum sumitur hoc modo: Si feudum, quo fœmina morte excidit, non recidit in fœminam ex ea descendentem. Ergo feudum etiam, quo masculus excidit, sumpto clerici vel monachi habitu, non recidit in eundem, habitu deposito.

Ita docuerunt Glos. & Andr. Isernia in d.c. 1. de feudo fœminæ, Mattheus Afflictus, nu. 4. vbi dicit, communē esse sententiam, H. ibidem, citatur etiam Io. Thomas Minadous, quem non vidi, in constitutionem Regni. c. In aliquibus, sub Rub. textus constitutionis, nu. 20.

Affirmanti autem sententiæ primùm adstipulatur text. in c. 1. de Natura success. feudi, in illis verbis: *Infernus verò filius succedit patri & non filia, nisi ex pacto, vel nisi sit fœmineum.* Secundò, text. in cap. iugales, in capitulis extraord. apud Iacobum Ardizoni, cap. 150. & apud Cuiacium, lib. 4. tit. 104. cuius hæc sunt verba: *Iugales à quodā milite simul de eodem feudo inuestiti fuerant, vt in se descendentesq; suos id haberent. Hi ex se filio & filia superstitibus defuncti sunt, inter quos feudi quæstio agitatur. Masculus enim vniuersum feudum sibi vendicat, fœmina vero ad parentum feudum pariter cum fratre vocari se defendit. Quidam pro masculo, quidam pro fœmina pronunciant. Eorum qui pro filia iudicant, sententiam sequendam esse censeo, cùm filia ex antedictorum iugalium contubernio superest, ex prædefuncta vxore alio suscepto masculo, qui consanguineus ad eam frater sit. In cæteris priorum sententia sanè sequenda est. Quod si sola ex matrimonio relicta filia, nullo*

A *ex eo vel alio connubio superstite masculo, ab hac luce subtracti fuerint, feudum feudi fert prudentum nostra ciuitatis opinio, vt dimidiam quidem partem fœmina sibi acquirat, reliquam vero dominus aut hæres eius accipiat.*

Tertiò adstipulatur huic sententiæ, quod ex duabus sententijs relatis in d. cap. 1. de feudo fœminæ prior sententia Oberti & Gerardi videtur approbata, et altera reiecta, quod patet ex illis verbis: *Quod falsum est*, quæ referenda sunt ad posteriorem sententiam, vt sensus sit, falsum id esse, quod alij dixerunt contra priorem sentētiā.

Atque ita docuerunt Iacob. Beluis. Bald. Aluarot. Præpositus, D. Baro Sehenck. Petr. Rauen. & Eguinatius Baro ibi. Iacopinus in inuest. feudali, in verbo. fœminis, num. 3. Curtius iunior in tertia parte tract. feud. in princ. nu. 3. Zasius de feudis, par. 8. nu. 39. Sonsbecius par. 9. nu. 123. Hanetonius lib. 2. cap. 8. Duarenus de feudis, cap. 10. nu. 4 Clarus §. Feudum. q. 73. Romanus cons. 367. nu. 12. Socinus iunior cons. 109. num. 7. lib. 2. Rolandus à Valle
B cons. 67. nu. 20. lib. 2. & 76. nu. 7. lib. 3. Burfatus cons. 63. nu. 9. Burchold. tract. feudali, c. 7. nu. 6. Pistorius alios citans lib. 2. parte posteriore, quæst. 34 nu. 20.

Ego posteriorem hanc sententiam amplector. Primò, quia magis communis est, & in re maximè dubia cōmuniorem sententiam tutius est amplecti. Secundò, quia habet duos textus, quibus nititur, satis perspicuos, nimirum text. in d. cap. 1. de natura success. feudi, & text. in d. c. Iugales. in extraord cap. & præterea Oberti & Gerardi authoritatem, vt habetur in d. c. 1 de feudo fœminæ. Tertiò, quia ratio æquitatis adstipulatur. Nam cùm feudum sit fœmineum, cur non fœminæ admitterentur: qđ argumentum erat Oberti & Gerardi. Postremò, quia ratio qua nititur posterior sentētia relata in d. cap. 1 de feudo fœmin. nullius est momenti. Illa enim est ratio, quoniam, si fœminæ succederent in tali feudo, deberent etiā succedere filijs extantibus. Quod tamen falsum est, quia filijs extantibus fœminæ non succedunt, licet feudū etiā
C fœminis concessum sit, vt patet ex cap. 1. de eo, qui sibi & hæred. & ex cap. Filia de success. feudi. (Hic enim verus est sensus illorum verborum, *quod falsum est.*)

Hoc argumentum, inquam, nullius est momenti, quia negari potest sequela. Etsi enim fœmina succedere possit, non tamen sequitur eam succedere etiam existētibus masculis, quia scilicet masculi præferuntur. Id patet, nam hæc duo videntur æquiparari, quod feudum sit fœmineū, vel fœminæ ex pacto succedant, vt probatur in c. 1. de natura succes. feudi, ibi: *Nisi ex pacto, vel nisi sit fœmineum*; sed quando fœmina ex pacto succedit, hæc intelligitur, si masculi non extent. Nam masculis existentibus excluduntur fœminæ. Ergo idem est dicendum, si feudum sit fœmineum. Sic. n. minus læduntur iuris regulæ, & strictè accipitur concessio, fœminis facta contra iuris regulas.

Non obstant argumenta contrariæ opinionis. Nā primum argūm locum non habet in feudo fœmineo, vt patet ex d. c. 1. de natura success. feud. Secundum verò hoc
D præsupposito destruitur, quia sic apparet aliter feudum fœmineum esse accipiendum, quàm masculinum. Tertiū quoq; corruit, quia concedens vr̄ voluisse etiam fœminas succedere. Quartum ex eo tollitur, *quod in his, quæ contra rationē iuris constituta sunt, nō possumus sequi regulam iuris*, vt inquit Iulianus in l. 14. ff. de legibus. Quintum nō obstat, quia nulla ratio diuersitatis inter fœminā, cui primò feudum datur, & alias ex ea descendentes Oēs enim sunt inhabiles regulariter & incapaces feudorum. Ideo cùm in vna dispensatum sit, in alia quoq; dispensatū vr̄. Ad quintum rñdetur, filios masculos succedere matri ex æquitate, vt dicit text. in d. c. 1 an marit. vxori succed. & eadem æquitas facit, vt etiam fœminæ succedant, quando feudum est fœmineum. Ad septimum, negatur vltimā sententiam approbatam fuisse in d. c. 1. de feudo fœmi. imò potius prior sententia probari videtur, qui textus dicit: *Alij dicunt.* Nō obstat, quod dicitur ex posteriori sententia argumētū sumi ad id, quod text. subdit de clerico;

ax quo

ex quo videtur conijci posse eam sententiam approbari. A Nam non est satis idonea hæc coniectura, quia nihil vetat ex ea sententia aliquid constitutum esse in alijs casibus, & non tamen eam sententiam approbari, licet aliorum casuum decisio approbetur. Nam ratio illius sententiæ in clericis & monachis optimè quadrat. Etenim cùm semel ij feudo exciderint, nulla est ratio, cur sine speciali gratia domini illud recuperare possint. At in feudo fœmineo magna est ratio, quæ pro descendentibus fœminis facit, vt mortua matre admittãtur ex feudi qualitate, quod iam degenerasse constat à propria natura feudi.

CAPVT XXXIX.

Vtrum fœminæ succedant in feudo franco.

Feudum quoddam francũ appellant Doctores, pro quo nullum præstatur seruitium domino, & disputant, an fęminæ possint in eo B succedere, alijs affirmantibus, alijs verò negantibus. Affirmãt Bald. in §. Et quia. de his qui feudum dare possint. nu. 19. Romanus in cons. 33. & 367. & singulari 177. incip. Fœmina. Alex. cons. 30. nu. 2. lib. 1. Corneus cons. 16. num. 9. & 239. nu. 4. lib. 1. Decius cons. 85. nu. 6. & 424. nu. 14. Marsilius singulari 411. Fœminæ non succedunt. Ruinus cons. 18. nu. 12 & 38. nu 8. lib. 1. Alex. cons. 29. & 30. lib. 1. Gratus respõso 9. nu. 153. lib. 1. Alciatus respõso 160. nu. 24. Parisius cons. 4. nu. 19. cons. 12. nu. 27. cons. 16. nu. 4. cons. 23. nu. 30. lib. 1. Siluanus cons. 3. nu. 59. Rolandus cons. 23. num. 10. lib. 1. cons. 48. nu. 40. lib. 4. Thobias Nonius cons. 1. nu. 38. Clarus §. Feudum. q. 73. Cuiacius lib. 1. de Feudis, tit. 2. § pen. Menochius cons. 69. nu. 16. Bursatus cons. 150. num. 59. Pistorius lib. 2. parte posteriori, q. 34. nu. 33.

Negant verò, Baldus sibi contrarius in l. Quoties. C. de suis & legitim. hæred. Martinus Laudensis, & Præpositus in §. Et quia vidimus. de his qui feud. dare poss. Iacopinus à S. Georgio in Inuest. feudali, in verbo & fęminis. C nu. 5. Curtius senior cons. 49. col. 4. Curtius iun. de feudis in 3. part. in princip. in 5. lim. Zasius de feudis, part. 8. nu. 34. Thomas Marinus de feudis, tit. 11. de feudo fœmineo siue materno, nu. 19. Duarenus de Feudis, cap. 10. num. 7. Hanetonius de Feudis, lib. 2. cap. 8.

Affirmantis sententiæ fundamentum est primum in c. si cui militi. in capitulis extraordinarijs feudorum, & apud Cuiacium lib. 4 tit. 104. cuius verba hæc sunt: *Si cui militi ad certum seruitium feudum fuerit datum, isq́; relicta ex se descendente fœmina decesserit, quæ id seruitium iuxta feudi conditionem non minus decenter præstare possit, quàm masculus, & si in inuestitura minimè cautum sit, vt & fœminæ ad id aspirare valeant, eam tamen admitti rectum putamus, quinimò hoc casu simul cum masculo in feudo eam succedere quidam putãt, quod multò magis dignum obseruantia existimauimus, cùm feudum sic datum est, vt nullum pro eo seruitium fiat, vt pleraq́; hodie feuda dantur.* D

Secundò, in hac ratione. Nam cessante ratione legis, cessat lex. Sed ratio legis arcentis fœminam à successione feudi, illa est, quia seruire non valet, vt habetur in c. 1. An mutus, vel surdus, vel aliàs imperf. &c. ibi. *Quidam tamen dicunt, eum, qui talis natus est feudum retinere non posse, quia ipsum seruire non valet, sic dicimus in clerico, in fœmina, & in similibus.*

Hæc ratio cessat in quæstione nostra, quia fœmina nullum præstare seruitium debet, cùm feudum sit francum, pro quo nullum seruitium præstandum est.

Fundamentum autem negantis sententiæ positum est in regula generali feudorum, qua dicitur, fœminas in feudis non succedere. §. Hoc autem, de his qui feudum dare possunt. Ab hac enim regula generali casus iste non reperitur exceptus.

Ad text. in c. Si cui militi, respondent, illud non haberi in vulgatis & ordinarijs Codicibus, & ideo apocryphum esse, nec argumentum ex eo sumi posse.

Ad rationem illam respondent, licet fœmina non teneatur aliquod seruitium præstare, tamen cùm feudum præsupponatur esse, in consequentiam teneri ad præstandum fidelitatis iuramentum, iuxta tex. in c. 1. de noua forma fidel. & in c. 1. de noua forma fidelitatis. Non potest autem fœmina præstare, quæ in dicto iuramento fidelitatis continentur, quia non potest habere ius vindictæ, agereque ea, quæ viri agunt. Hoc enim est id, quod vulgò dicitur: *Fœmina non leuat faydum.* nec multa alia facere, quæ in dicto fidelitatis iuramento continentur.

Ego puto, huius quæstionis definitionem ex hac quæstione potissimùm pendere, vtrum licet feudum sit francum, vt præsupponimus, ita vt nullum præstandum sit seruitium, nihilominus præstandum sit iuramentum fidelitatis, iuxta formã, quæ habetur in tit. de noua forma fidelitatis. Nam si præstandum sit, certum est, fœminam feudum obtinere non posse, quia non potest ea facere, quæ in dicta iuramenti forma continentur. Si verò non sit præstandum tale iuramentum, tunc nihil proponi video, cur fœmina repelli debeat à successione feudi, cùm ratio legis eam excludentis prorsus cesset in hoc casu, & coniectura sit non contemnenda, ita visum fuisse peritis rerum feudisticarum ex dicto cap. Si cui, militi, licet non sit textus prorsus Authenticus.

Existimo itaque, hæc esse repugnantia, quod feudum dicatur esse francum & liberum, ita vt nullum exigat seruitium, & quod illa exigat, quæ in iuramenti formula supradicta continentur. Tunc enim seruitium exigeret nõ paruum, vt ex contentis in dicta formula intelligi potest.

Quamobrem non puto, iuramẽtum esse præstandum, quod ponitur in dicto tit. de noua forma fidelit. sed duntaxat iuramentũ fidelitatis aliquod non repugnans qualitati feudi, quod liberum & frãcum esse præsupponitur. Eiusmodi iuramentum cùm ita commodè ac decenter per fœminam præstari ac impleri, sicuti per marem possit, existimo fœminam meritò in tali feudo succedere posse. Quod si nullum iuramentum fidelitatis ex pacto præstandum sit, tunc eo magis res est clara, fœminam succedere posse.

Cæterùm, si feudum francum esse proponatur, sed ita tamen, vt vasallus ex pacto iuramẽtum præstare debeat, secundùm formam, quæ habetur in dicto titul. de noua forma fidelitatis, tunc puto ita francum intelligendũ esse feudum, vt tamen ea seruentur, quæ in dicta iuramenti forma continentur, & consequenter vltra ea francum sit & liberum, sicut dicebat Io. And. in add. ad speculator. tit. de præscript. in addit. 1. circa finem. Et hoc in casu illis adstipulari nequeo, qui fœminam ad tale feudum admittunt, quia in dicta formula iuramẽti multa continentur, quæ per fœminam explicari non possunt, puta illud: *Et si sciero te velle iustè aliquem offendere, & inde generaliter vel specialiter fuero requisitus, meum tibi, sicut potero, præstabo auxilium,* & multa sunt alia in dicta formula, quæ cùm à fœmina expediri non possint, nõ video quam ob causam feudum obtinere possit, nisi quis ridiculè dixerit, fœminam ita iurantẽ non obligari iuramento; sed profectò nõ decet in hunc modum abuti iurisiurandi religione.

CAPVT XL.

Fœminæ vtrum in feudo succedant, in quo iuramentum fidelitatis est præstandum, sed debet solui annuus census, vel aliud præstari seruitium quod etiam fœmina præstare potest.

Ex his quæ dixi circa finem præcedentis capitis, quid in hac facti specie iure mihi statuendũ videatur, perfacilè est intelligere. Sic enim statuendum puto, fœminam succedere non posse, quia licet annuum censum præstare possit, non tamen

men ea obseruare pôt, quæ ex iurisiurãdi formula promittit. Ergo nisi authores perfidiæ ac periurij esse velimus, nec fęminã iureiurando onerabimus, nec feudo honorabimus. In tit. de noua forma fidelitatis hæc formula præscribitur: *Ego Titius iuro super hæc sancta Dei Euangelia, quod ab hac hora in antea vsque ad vltimum diẽ vitæ meæ ero fidelis tibi Caio domino meo, contra omnem hominem, excepto Imperatore vel Rege, &c.* Item: *Ego iuro, quod nunquã scienter ero in cõsilio, vel auxilio, vel in facto, quòd tu amittas vitam, vel membrum aliquod, vel quod tu recipias in persona aliquam læsionem, vel iniuriã, vel contumeliam, vel quod tu amittas aliquem honorem, quem nunc habes, vel in antea habebis. Et si sciero, vel audiero de aliquo, qui velit aliquod istorum contra te facere, pro posse meo, vt non fiat impedimentum præstabo. Et si impedimentum præstare nequiuero, quàm citò potero tibi nunciabo, & cõtra eum, prout potero, auxilium meum tibi præstabo. Et si contigerit te rem aliquam, quam habes, vel habebis, iniustè vel fortuito casu amittere, eam recuperare iuuabo, & recuperatam omni tempore retinere. Et si sciero te velle iustè aliquem offendere, & inde generaliter vel specialiter fuero requisitus, meum tibi, prout potero, præstabo auxilium. Et si aliquid mihi de secreto manifestaueris, illud sine tua licentia nemini pandam, vel per quod pandatur faciam, & si cõsilium meũ super aliquo facto postulaueris, illud tibi dabo consilium, quod mihi videbitur magis expedire tibi, & nunquam ex persona mea aliquid faciam scienter, quod pertineat ad tuam, vel tuorum iniuriam, vel contumeliam.*

Hęc capita iuramenti seruare, virile est officium. Diocletianus: *Alienam suscipere defensionem, virile est officiũ, & vltra sexum muliebrem esse constat.* l. 18. C. de Procur. Præsertim verò cùm agitur de defendendo aliquo à vi, & iniuria corporali, vt in hoc casu agi manifestũ est. Multò minus mulier idonea est ad adiuuandũ dñm volentẽ iustè aliquem offendere. Quare vt dicebam, cùm hæc à fęminis præstari non possint, consequens est, eas nõ posse eiusmodi iusiurandum subire, ac proinde, nec feudum obtinere, quod requirit tale fidelitatis iusiurandum.

Atque ita responderunt Alex. in cons. 9. nu. 7. 8. lib. 5. Decius in cõs. 139 in fine, & 193. & in l. 2. nu 64. de reg. iur. Brunus cons. 41. nu. 4. Zasius de feudis, part. 8. nu. 49. Curtius iunior de feudis, par. 3. in princ. nu. 12. vers. *Nemo fallit.* Roland. à Valle, cons. 23. nu. 35. lib. 1.

Contrariũ rñderunt Socinus senior cons. 257. col. 2. lib. 2. Paris. cons. 12. nu. 28. lib. 1. Ruinus cons. 18. nu. 17. lib. 1. Menoch. cons. 65. nu. 16. isti loquuntur in terminis quæstionis nostræ. Pistorius autem lib. 2. parte posteriori, q. 34. nu. 37. qui & Romanum citat in cons. 367. num. 12. & Clarum, §. Feudũ. q. 73. & alios, non loquit expressè in casu isto, qñ præstandum est iurm fidelitatis, sicut nec Clarus, nec Romanus, nec alij multi ab eo citati.

Fundamentum est primò in c. si cui militi. in capitulis feudorum extraordinarijs, cuius verba retuli in capite præcedenti, vbi re vera, ita expressè constitutum est, sed responderi potest, non loqui text. illum in terminis nostris, quando videlicet iuramentum fidelitatis præstandum est secundùm formam supradictam.

Et licet ibi mẽtio fiat inuestituræ, nõ tñ infertur hoc præsupponere, vt fidelitatis iurm præstetur fm modum supradictum: licet. n. vasallus, qui de feudo inuestiendus est, iuramentum præstare debeat fidelitatis, id tamẽ, locum habet in feudo proprio & vero, quale nõ est feudũ illud, pro quo seruitium præstandum est, quod ita commodè per fęminam, sicuti per virum explicari potest.

Etenim sicut dixi in præcedenti capite, hæc implicant quandam contradictionem, nec simul cohærere possunt; præstandum esse seruitium tale, quod fœmina præstare possit, & præstanda esse ea, quæ in iuramẽti fidelitatis formula continentur. Ea enim non continent eiusmodi seruitium, quod à fœmina præstari possit. Huic argumento nullum allatum vidi responsum, quod sit idoneum, quanquam Menochius in sua hypothesi optimè respondeat ex facti de quo respondit, circumstantijs.

Præterea illud est fundamẽtum posterioris huius sententiæ, quod cùm feudum sit improprium illud, quod nõ personale seruitium exigit, non habeat in eo locum feudalis constitutio, repellens fœminas à successione, sed potius ius commune eas vocans vnà cum masculis. l. Maximum vitium. C. de lib. præteritis. Responderi potest, id non rectè inferri, quia non si in vno feudum à sua natura ac proprietate degeneret, idcirco in omnibus alijs degenerare debet. cap. 1. de feudo non habente propriam naturam feudi.

Adde quod generalis est feudalis constitutio fœminas à successione repellens, ac proinde in omni feudo locum habere intelligitur, nisi sit fœmineum, vel ex pacto fœmina succedat, vt in c. 1. de natura success. feudi.

CAPVT XLI.

Ad cap. 1. de eo, qui sibi & hæredibus suis masculis, vel fœmin. & c. An fœmina semel admissa excludatur à masculo postea nato.

EXtat feudalis cõstitutio lib. 2. tit. 17. in hæc verba: *Qui sibi vel hæredibus suis masculis, vel his deficientibus, fœminis per beneficium inuestituram feudi accepit, vna tantùm filia superstite, nullo alio descendente relicto decessit, hæc marito paternũ feudum in dotem dedit, & decessit duobus filijs ex eo procreatis: quorum vnus duas filias reliquit, alter verò vno filio masculo relicto decessit. De prædicto itaque feudo vrgentem vidimus quæstionem: masculo quidem hoc feudum totum sibi, quia solus eius, qui primo inuestituram accepit, hæres masculus sit, vindicante; fœminis verò totam sui patris partem sibi defendẽtibus, quia ex illo nullus extitit masculus. Cumque inter sapientes sæpe super hac quæstione sit disputatum, tandem pro masculo pronunciatum est. Non enim patet locus fœminæ in feudi successione, donec masculus superest ex eo, qui primus de hoc feudo fuerit inuestitus, &c.*

Nunc proponitur hæc facti species. Quidã feudum acquisiuit sibi, suisq; hæredibus masculis & fœminis, & relictis duabus filiabus diẽ suũ obijt, filiæ in feudo successerunt, postea altera earum moritur relicto masculo, vtrũ ille masculus non solùm succedat in portione matris suę, verum etiam in portione materteræ, eamque excludat?

Affirmãt Glo. ibi. Andr. Isern. Martinus Laudensis & Afflictus nu. 12. Iacopinus à S. Georgio in inuestitura feudali, in vers. Fœminis. nu. 17. Celsus Hugo cons. 26. num. 48. Bursatus cons. 63. nu. 16.

Negant verò Iacobus Beluisius, Baldus, Aluarotus, Petr. Rauenn. Baro Schenck, in commentarijs dicti loci, Curtius iunior de feudis, par. 3. nume. 33. Zasius par. 8. nu. 53. Sonsbecius par. 9. num. 140. Ioan. Thomas Marinus. tit. 11. de feudo fęminæ, nu. 37. vers. Nono quæritur, Clarus. §. Feudũ. q. 80. Guerinus Piso ĩ præludijs feudor. sub titu. Propria & impropria feuda quænam sint, vers. Quarta species feudi improprij, Hanetonius, lib. 2. cap. 9.

Fundamẽtum prioris sentẽtiæ positũ est in illis verbis textus supradicti: *Nõ enim patet locus fœminæ in feudi successione, donec masculus superest, &c.* Hæc generalis rõ legis locũ habere vr̃ & in proposita quæstione, & quãdã tacitã cõditionẽ vr̃ importare, quoad fœminæ successionẽ in feudo, vt scilicet illa feudũ absolutè nõ obtineat, sed cõditionaliter, nimirũ si masculus nõ superueniat. Id patet. Nam textus, quẽ in manibus habemus, de ea loquitur facti specie, in qua feudũ paternum iam peruenerat ad filiam, & tamen masculus superueniens nepos totũ feudũ obtinet, quod ad neptes ex altero filio pertinere debuit.

Fundamentum autem posterioris sententiæ illud est, quia in proposita facti specie de qua nostra est disputatio, ius quæsitum est materteræ, antequam filius ille superueniret, quamobrem illud auferri non potest. l. Id quod nostrum. de reg. iur. Et quod dicitur fœminam succedere

non poſſe donec maſculus ſupereſt, intelligendum eſt, quando tempore ſucceſſionis delatæ maſculus adeſt, non autem, cùm poſt ius quæſitum fœminæ exiſtenti tempore ſucceſſionis delatæ, maſculus superuenit.

Ego hanc poſteriorem ſententiam amplector. Nam re uera iuris rationibus, & regulis repugnat filiũ auferre materteræ ius acquiſitum, iam antequã ipſe naſceretur. Deinde, hanc quæſtionem noſtram nõ decidit textus circa quem verſamur, ſed aliã longè diuerſam, quando ſcilicet tempore mortis & ſucceſſionis adſunt fęminæ ex vno filio, & maſculus ex altero; Ratio dubitãdi eſt, quia vr dicẽdũ, filiã ſuccedere in portione parẽtis ſui. Ratio decidẽdi eſt, quia fœminis nõ paret aditus in ſucceſſione feudi, donec maſculus ſupereſt. Hic autẽ maſculus adeſt. Ergo ille ſolus admittitur. At in quæſtione noſtra nõ adeſt, ſed poſtea ſuperuenit, fœmina iam admiſſa, meritò dicetur caſus longè diuerſus, & diuerſam rationem continere.

Porrò ratio illa, quia fœminæ non patet aditus in ſucceſſione feudi, donec maſculus ſupereſt, generalis quidẽ eſt, ſed non poteſt extendi ad eum caſum, in quo non loquitur, nimirum ad eum caſum, in quo maſculus non ſupereſt, licet poſtea naſcatur. Loquitur enim quando maſculus adeſt eo tempore quo ſucceſſio defertur, & ſimul etiam fœmina adeſt, tunc maſculus præfertur.

Quod verò dr, illam rõnem hoc efficere, vt fœmina ſuccedat non abſolutè, ſed ſub cõditione, ſi maſculus non ſuperſit, poteſt intelligi dupliciter. Primò, ſi maſculus nõ ſuperſit tempore quo vaſallus moritur, & feudi ſucceſſio alijs defertur; & hoc eſt verum, ſed non rectè applicatur quæſtioni propoſitæ, quia quæſtio loquitur, qñ tempore ſucceſſionis ſola extabat fœmina, nempe matertera. Secũdò, poteſt intelligi ſi maſculus non ſuperſit, etiam poſtea natus; & hoc falſum eſt, quia non eſt æquum, nec textus hoc vult, vt filius poſtea natus auferat ius alteri acqſitũ.

Et licet textus loquatur de ea facti ſpecie, qua filiæ primi acquirẽtis fuit ius quæſitũ in feudo, illa enim iam ſucceſſerat, non tñ de caſu illo loquitur, quo huic filiæ aliquod ius auferatur per maſculũ, poſtea ſuperuenientem.

CAPVT XLII.

Si feudum quis acquiſiuerit ſibi & ſuis hæredibus, vtriuſq; ſexus, vtrum fœminæ ſimul cum maſculis ſuccedant.



Vm fœminis in ſucceſſione feudi locus non pateat, donec maſculus ſuperſit, vt inquit text. in c. 1. de eo qui ſibi & hæredibus ſuis maſcul. vel fœmin. &c. Et idem habetur in cap. 1. §. Quinetiam Epiſcopum vel Abbatem, &c. Et in c. 1 §. Filia. de ſucceſ. feudi, veriſſima mihi eorum ſententia videtur, qui feudi conceſſionem hæredibus vtriuſque ſexus factam ita interpretantur, vt fœminæ in eo non ſuccedant, ſimul cum maſculis, ſed maſculis deficientibus. Ita reſponderunt Alexander in conſ. 9. lib. 5. Curtius iunior de feudis, par. 3. num. 19. Io. Baptiſta Vincemala conſ. 1. feudali, nu. 57. Celſus Hugo conſ. 26. nu. 48. Burſatus conſ. 63. nu. 9. & 152. nume 41. & 150. in princ. Thomas de Marinis. titu. 11. de feudo fœminino, nu. 40. Piſtorius alios citans, qui tamen in iſtis terminis non loquuntur, lib. 2. parte poſteriori, q. 35. nu. 16. Rolandus à Valle conſ. 84. nu. 14. lib. 4.

Contrarium reſponderunt Decius conſ. 208. nu. 4. Pariſius conſ. 22. nu. 14. lib. 1. Ruinus conſ. 16. nu. 6. lib. 1. Gozadinus conſ. 56. nu. 22. Borcholtus de feudis, c. 7. nu. 67.

Sed profectò nullum iſti argumentum adferunt alicuius ponderis. Primò, vrgent naturam verborum, *pro hæredibus vtriuſque ſexus*. Videntur enim hæc verba æqualiter tam fœminas, quàm maſculos vocare, magis, quàm ſi dicatur, *hæredibus maſculis & fœminis*, quia tũc maſculi, tanquam prius nominati, præferri meritò debẽt. ex regula. l. Quoties. ff de Vſufr. Secũdò, illud vrgent, idem eſſe in propoſita conceſſione ſtatuendum, quod in ea, qua

A feudum conceditur, pro maſculis cum fęminis, tũc enim etiam maſculis exiſtentibus fœminæ ſimul cum eis ſuccedunt, vt notat Bald. in l. Quoties. C. de ſuis & legit. hęredib. Tertiò, quia fœminæ ſuccedunt ſimul cum maſculis, quando feudum datur quibuſcunque hæredibus, quia ſunt vocatæ ſub verbis illis generalibus. Ergo multò magis ſuccedere debent hoc in caſu, quo ſpecialiter vocantur illis verbis: *Hæredibus vtriuſque ſexus*.

Sed nihil iſta mouent, quia quod attinet ad primum, illud eſt quidem verum, ſi verborũ duntaxat natura ſpectetur, ſed regula iuris feudalis magis ſpectari debet, per quam maſculis exiſtentibus fęminæ excluduntur.

Ad ſecundum negari poteſt, conceſſiones illas æquiparandas eſſe, videlicet: *Hæredibus vtriuſque ſexus*. Item. *maſculis cum fœminis*, quanquam & in ea facti ſpecie non deſunt, qui negent fœminas admitti ſimul cum maſculis. Qua de re ſtatim dicemus.

Ad tertiũ negatur, qđ aſſumitur in argumento, nem-
B pe fœminas, ſimul ſuccedere cùm maſculis, quando agit̃ de conceſſione facta *hæredibus* quibuſcunque. Hoc quidem Ruinus dixit, ſed non probauit. Baldus enim quem citat, hoc nõ dixit, nec vllus alius, nec dicenti aſſentirer, niſi id probaret, quia contrarium habemus ea generali regula feudorum, quæ docet, maſculis exiſtentibus fœminis etiam vocatis in ſucceſſione feudi locum non patere. Et ita etiam Ruino reſpondit Roland. à Valle, in conſ. 84. nu. 17. verſ. Similiter non obſtat. lib. 4.

CAPVT XLIII.

Quid ſi feudum acquiſitum ſit pro maſculis cum fœminis, an fœminæ vnà cum maſculis ſuccedant?



I feudum acquiſitum ſit pro filijs, ſiue hæredibus maſculis cum fœminis, fęminas æqualiter, & ſimul cum maſculis ſuccedere, autho-
C res ſunt Bald. in l. Quoties. C. de ſuis & legit. hæred. Iacopinus à S. Georgio in inueſtitura feudali, in verb. fœminis, nu. 10. Franciſcus Cremenſis ſing. 70. Decius conſ. 208. nu. 3. Pariſius conſ. 12. num. 17. lib. 1. Roland. à Valle, conſ. 84. num. 10. lib. 4. Clarus, §. Feudum. q. 73. verſ. Et in hoc propoſito. Crotus conſ. 27. nu. 2. Burſatus conſ. 63. nu. 10. lib. 1. Piſtorius lib. 2. parte poſteriori, quæſt. 35. num. 30.

Fundamentum verò eſt, quia hoc in caſu maſculi cõiunctim vocati ſunt cum fœminis. Ergo quilibet ad feudum admitti debet pro ſua portione. l. Vn. §. Vbi autem. C. de Cad. tollend. l. vlt. C. de Impub. & alijs ſubſtit.

Sed contrarium docuerunt Curtius iunior de feudis, par. 3. nu. 18. Paulus Picus 10 tit. de his qui feudum dare poſſunt. §. Et quia, nu. 59. Guerinus Piſo in præludijs feudo. tit. Propria & impropria feuda quæ ſint. verſ. Quarta ſpecies feudi. Duarenus de feudis, cap. 10. nu. 9.

Et iſtis ego aſſentior. Fundamentũ eſt hoc: Feudi con-
D ceſſio maſculis & fœminis facta, hanc ex iure feudali recipit interpretationem, contra verborum proprietatem, vt fęminæ non ſuccedant quoties maſculi ſuperſunt. c. 1. §. Quin etiam. Epiſc. & Abbat. &c. cap. 1. §. Filia. de ſucceſſ. feudi, cap. Si cui militi. §. Item ſi quis. in extraordinarijs capitulis apud Cuiacium, lib. 4. tit. 104.

Ergo idem in propoſita facti ſpecie reſpondendũ eſt, cùm fœminæ ſcilicet cum maſculis vocantur. Nam ſicut *nihil intereſt, ita legetur illi & illi cum Meuio, an ita, illi, & illi, Meuio*. l. 8. ff. de vſufr. accreſcẽ. l. Illi. 4. ff. de Vſufr. leg. Ita nihil intereſt vtrum maſculis & fœminis feudũ concedatur, vel maſculis cum fœminis.

Reſpondet Piſtorius, non rectè hoc inferri. Nam licet dictio *(Et)* ex natura rei contra propriam ſignificatioñẽ in alium ſenſum detorquetur, non tamen ſequitur, eodem modo in alium ſenſum detorquendam eſſe dictionem *(Cum.)*

Sed iuſtè explicari põt nihil proponi, cur non rectè id inferatur.

inferatur. Primò, quia nulla est ratio diuersitatis. Secundò, quia hę dictiones eodem modo coniungunt. Tertiò, quia hæc interpretatio ideo fit, qa id exigit subiecta materia feudi, quod masculos præcipuè ad successionem vocat. Ergo sicut dictio (*Et*) intelligitur s̃m subiectam materiã, vt ordinem successiuum inducat, ita etiam accipienda erit dictio (*Cum*) ex eadem ratione generali, nimirũ verba accipienda esse secundum subiectam materiam. l. Si vno. ff. locati. l. Insulam. ff. de Præscript. verb.

Nec enim audiendus est Pistorius, qui authores citat asserentes, quidquid sit de dictione (*Et*) dictionẽ (*Cum*) etiam positam inter personas, inter quas ordo charitatis est, non inducere ordinem illum, quia nulla lege id probatur. Repugnat regula generalis prædicta. Aduersantur Iurisconsultorum responsa, ęquiparantiũ eos modos coniungendi per dictionem (*Et*) & per dictionem (*Cum*) vt in d. l. 8. ff. de vsofr. accr. Et contrarium voluit Ofascus decis. Pedem. 81. nu. 18. vers. Non repugnat.

Ad argm̃ contrariæ opinionis r̃ndeo, hanc quidem esse naturam coniunctionis, sed tamen non esse nunc spectandam, qñ materia subiecta aliud postulat. Verba enĩ secundum materiam subiectam sunt accipienda.

Illud non diffiteor, si feudum ita sit concessum, vt in eo succedant fœminæ, sicut masculi, tunc pariter & masculos & fœminas succedere. Ita enim decidit text. in d. c. Si cui militi. §. Item si quis. in extraord. Capitulis: sed nos in ea specie non versamur.

CAPVT XLIIII.

Masculus existens in gradu remotiori lineæ diuersæ, an excludat fœminam è successione feudi, in proximiori gradu existentem eiusdem lineæ, vbi feudum acquisitum est pro hæredibus masculis & fœminis.

IN c. j. §. Simĩr. de capitaneo, qui curiã vẽdidit, qõ hæc decidit, his verbis: *Similiter si quis inuestitus fuerit de feudo, ita vt ad fœminas transiret, & duas filias tantũ reliquerit, quarũ vna filium habeat, & altera filiã, vtrum post mortem illarũ masculus tantũ feudum habere debeat. Secundũ Gerardũ masculus tantũ. Obertus contrà, & è cõtra si filios ille habuerit.*

Hic deciditur masculum præferendũ esse, qui tñ est in remotiori gradu, & in diuersa linea, respectu filię, quã excludit à portione matris suę. Ita inquam deciditur s̃m opinionem Gerardi, quam doctores communiter secuti sunt. Et confirmatur ex regula illa generali, Fęminæ locum non patere in successione feudi, donec masculus superfit, vt in c. 1. de eo qui sibi & hæredib. mascul. vel fœmin. in c. 1. §. Quin etiam Episc. vel Abbat. in cap. 1. §. Filia. de success. feudi. Et notandum est text. in d. c. 1. de eo qui sibi & hæred. suis, loqui de hac ipsa facti specie, cùm scilicet masculus extat in diuersa linea, & remotiori gradu, & ibi dicitur fœminam excludi. Ita inquam docuerunt Belui. Isern. Bald. Aluarot. Prępositus, Afflict. & alij in d. §. Similiter. Zasius parte 8. nu. 52 alios multos citat Pistorius lib. 2. parte posteriore, quæst. 35. num. 18.

Controuersiã facit solus Sonsbecius de feudis, par. 9. nu. 143. existimans tex. in d. c. 1. de eo qui sibi & hæred. suis, &c. restringendum esse ad illam facti speciẽ, de qua loquitur, & illam facti speciem longè differre ab hac nostra, quia ibi feudũ acquisitũ fuit hæredibus masculis, & illis deficientibus fęminis, quæstio autem proponitur, de eo, qui feudũ acquisiuit hæredibus masculis & fęminis.

Sed fallit vir doctissimus in eo, quod non animaduertit nullam esse rõnem diuersitatis inter istos casus. Primò, quia is qui feudũ acquirit hr̃dibus masculis & fęminis, nõ aliter fęminis acquirit, quàm si masculi nõ extẽt, vt in d. §. Quin etiam, & in d. §. Filia. Secundò, quia in illa facti specie, de qua loquitur tex. in d. c. de eo qui sibi & hæred. mascul. & fœmin. feudum iam transierat ad filiam solam superstitem: Et tñ ibi deciditur, ea defuncta duobus relictis filijs, quorum vnus duas filias reliquerat, alter verò filium masculum, feudum pertinere ad masculum solùm, ea ratione, quòd fœminæ locus in successione feudi non pateat, donec masculus supersit, qui tamen masculus est ibi in diuersa linea, & remotiori gradu, & excludit filias à portione feudi matris suæ. Eadem ratio est in quæstione nostra. Quædam alia argumẽta Sonsbecius attulit, quæ refert & refellit tam accuratè Pistorius, vt nihil addendum existimauerim.

CAPVT XLV.

Fœmina semel à feudi successione exclusa per masculos, an perpetuò censeatur exclusa?

CElebris est, & sæpè agitata hæc q̃stio; quare nullum me operæ precium facturum puto, si vel affirmantis, vel negantis sententiæ authores hic adscripsero, sunt enim & passim obuij, & ferè innumerabiles. Dicam igitur quid sentiam, & rationes adferam: deinde, contrariæ sententiæ argumenta confutabo.

Existimo filiam semel exclusam à successione feudi, masculis extantibus, perpetuò exclusam esse. Moueor authoritate text. in cap. 1. §. Quin etiam. Episcop. vel Abbatem, &c. ita enim dicit: *Quin etiam si quis eo tenore feudum acceperit, vt eius descendentes masculi & fœminæ illud habere possint, relicto masculo, vlterius fœmina non admittuntur.* illud verbum, *vlterius*, significat nunquã amplius fœminas admitti, consequenter perpetuò sunt exclusæ. Deinde, moueor hac rõne, quia fœminæ iure feudali excluduntur à successione feudi, vt in c. 1. §. Et quia, de his qui feud. dare poss. Excipitur inter alios ille casus, quo ex pacto fœmina vocatur. c. 1. de natura success. feudi, sed pactũ illud interpretatione restringitur. Nã filijs extãtibus non habet locũ, c. 1. §. Filia, de success. feudi, ibi. *Tunc enim succedit filia, filijs non extantibus.* Ergo filijs extãtib. filiæ excludũtur, c. Si cui milit. §. Itẽ si quis eo tenore. in extraord. capitulis. apud Cuiaciũ lib. 4. tit. 104. ibi. *Quanquã enim superstite masculo, ex eo qui primus feudũ acquisiuit fœminæ excludantur, &c.* Excludũtur, inquã, simpliciter, nõ ad tẽpus, Ergo perpetuò videntur exclusæ. Sicut fœminę quæ ex statuto municipali stantibus masculis excluduntur, simpliciter, si semel fuerint exclusæ, masculis existentibus, perpetuò exclusæ censebuntur, vt docet Bart. in l. vlt. §. 1. nu. 2. in fine. ff. ad Tertyl. cuius sentẽtia communiter recepta est. Vide Andr. Geyll. lib. 2 obser. 148. nu. 4.

Nec id ita iniquum ac durum videri debet, si natura feudorum perpendatur, quæ est, vt fœminæ non succedant. Hac enim interpretatione minus læditur, minusq; feudales regulæ offenduntur. Sed iam contrariæ sententiæ argumenta refutanda sunt.

Primum argumentum sumitur ex c. 1. §. Filia. de success. feudi, quatenus ibi dicitur, filiam non extantibus filijs succedere, Ergo si filij non extent, quia scilicet postquam successerunt, defuncti sint absque filijs, fœminæ videntur esse admittendæ, quia tunc verum est filios non extare. Respondeo, illa verba: *Tunc enim succedit filia filijs non extantibus*, non eum habere sensum, vt videlicet quandocunque filij nõ extent, filia succedat, sed accipienda esse tempore successionis delatæ, de quo tempore loquitur tex. ille. Itaque mortuo patre, si masculi non extent, filia succedet. Hæc est sententia dicti §.

Secundum argumentum sumitur ex cap. 1. de eo qui sibi vel hæred. in illis verbis, quibus dicitur, fœminæ locum non patere in successione feudi, donec masculi supersunt. Illud verbum, *donec*, significat non penitus fœminas remoueri, sed ad tempus, dum scilicet masculi supersunt. Respondeo, ex hoc loco rectè probari, fœminæ locum non patere in successione feudi, dum masculi supersunt, sed non rectè probari, quod infertur à cõtrario sensu, fœminæ locum patere, masculis, qui successerunt, postea deficientibus, quia repugnat textus in dicto §. Quin

etiam.vbi dicitur, fœminas vlterius non admitti. Itaque illud verbum, *Donec*, ibi accipiendum est, vt cap.1.Matt. *Et non cognoscebat eam, donec peperit filium suum primogenitum*. Et cap. 5. ibi. *Non exies inde, donec reddas nouissimum quadrantem*. Et Genes. 8. ibi. *Donec siccarentur aquæ super terram*. Et habetur in cap.Ioseph.de verb. signit. & alibi.

Tertium argumentum est, quia fœminis ius quæsitum videtur ex pacto primi acquirentis, cui proinde succedere videntur. Ea enim primi acquirentis intentio præsumitur, vt primùm masculis, deinde fœminis prospicere voluerit. Respondeo, quæ fuerit acquirentis intentio, nō esse nunc inquirendum, sed quæ iure feudali sit hoc in casu adhibenda interpretatio: ea verò est, fœminas succedere masculis non extantibus, masculis verò extantibus, excludi. Exclusas vlterius non admitti, vt iam allatis textibus suprà demonstraui.

Quartum argumentum est, quia verisimile non est, acquirentem feudum hunc animum habuisse, vt defuncto filio feudum ad dominum rediret. Quid enim si filium, verbi gratia, & filiam tantùm superstitem haberet, vel filium non idoneum ad procreandum liberos? nunquid verisimile dicemus, eum voluisse masculo defuncto feudum ad dominum reuerti? Respondeo, vt iam dixi, non tam spectandam esse voluntatem acquirentis feudum, quàm iuris regulas & sanctiones. Sic autem iure cōstitutum est, vt extantibus masculis fœminæ excludantur. Huic iuri constituto parendum est, nisi pactum fiat, quo fœminæ succedant, vel cum masculis, vel deficientibus quandocunque masculis.

Quintum argumentum est, quia in feudo fœmineo communis videtur sententia, fœminas succedere masculis deficientibus, licet masculi aliquando possederint feudum. Ergo idem in hac quæstione respondendum est, in qua feudum masculis & fœminis acquiritur. Respondeo, nego consequentiam, quia hic non agitur de feudo fœmineo. Deinde, res est dubia & controuersa in feudo fœmineo, vt patet ex not.in c.1.de feudo fœminæ, & nos suprà disputauimus.

Sextum argumentum est c.1.§.Si duo fratres. de feudo Marchiæ, vbi feudum acceptum eo pacto, vt fœminæ succedant, feudo nouo æquiparatur à duobus fratribus accepto, eo pacto, vt sibi mutuò succedant. Respondeo, in ea æquiparationem consistere, quòd frater qui alioqui non succedit in feudo nouo, ex pacto succedere potest, sicut fœmina ex pacto succedit.

Septimum argumentum est, quia cùm hæc res sit dubia, videtur sumenda benignior interpretatio, vt fęmina succedat. Respondeo, negando rem esse dubiam, nisi respondeatur textibus & rationibus allatis.

Octauum argumentum est, quia nullibi sit constitutum, fœminas perpetuò exclusas esse. Respondeo, imò satis apertè id constitutum esse in d.§.Quinetiam.

Nonum argumentū est, quia fœmina excluditur propter masculos, ergo masculis postea deficientibus debet admitti, quia cessat causa exclusionis. Respondeo, negando consequentiam; & ratio est, quia masculis existentibus fœmina excluditur, quasi conditio deficiat, sub qua tacitè vocata intelligitur, nimirum masculis non extantibus: Conditione autem deficiente corruit ius, quod sub conditione defertur, nec postea reuiuiscit.

Decimum argumentum. Cùm feudum masculis & fęminis acquiritur, masculi tacitè præferuntur fœminis, ita vt quandocunque masculi extiterint, excludant fœminas, etiam alterius lineæ & proximioris gradus. cap.1. §.Similiter. de capitan. qui curiam vend. Ergo à contrario de fœminis expresè vocatis, idem statuendum est, vt admitti debeant, quandocunque masculi deficiant. Respondeo, negando consequentiam, nec enim est par ratio masculorum & fœminarum in feudis, sed potior est conditio masculorum.

Vndecimum argumentum. *Vnusquisque sibi & suis heredibus videtur prospexisse*, inquit tex.in cap.1.de duobus fratribus à capit.inuest.vbi propterea tex.dicit, filiam defuncti præferendam esse fratri. Multò magis ergo præferenda domino erit. Respondeo, si nulli extent masculi defuncti, argumentum rectè concludere, secus, si filij extent, quia illi soli, exclusa filia, succedunt, quæ proinde vlterius non admittitur. Et in his terminis loquitur ibi tex.quando videlicet frater, cui filia succedit, masculum non reliquit. Id patet ex illis verbis: *Ex fratribus ijs vnus vna filia relicta, altero adhuc viuente, decessit, quæritur, cui portio defuncti deferatur, vtrum filia an fratri? Respondetur, filia.*

Duodecimum argumentum hoc adfertur, text. in §. Quin etiam, quo potissimùm sententia communis nititur non hoc velle, vt fœminæ vlteriùs non admittantur, id est, semel exclusæ per masculum, perpetuò sint exclusæ, sed hoc tantum velle, vt si feudum eo tenore concessum sit, vt masculi & fœminæ illud habere possint, tunc masculi superstites succedant, nec fœminæ vltra masculos admittantur, sicut habetur in cap.1.§.Filia.de success. feudi. Respondeo, verba esse clara, quibus dicitur, fœminas vlterius non admitti. Aduerbium illud, *vlterius*, significat fœminam nec tunc admitti, nec postea amplius, quo sanè loquendi modo textus non vteretur, si dicere vellet, fęminas non admitti, vt succedant masculis superstitibus. Promptum enim esset dicere, fœminas non succedere masculis extantibus, vti loquitur textus in d.§.Filia. Vel solos masculos succedere, vel fœminas non succedere simul cum masculis, vel præter masculos non succedere fœminas, vel denique vltra masculum fœminā non admitti. Sed textus dicit, *vlterius* non admitti, ad significandum, nec tunc, nec deinceps admitti posse.

CAPVT XLVI.

Legitima filiarum, an sit ex feudo hæreditario detrahenda?

DIxi libro quarto controuersiarum, capite vicesimo tertio, detrahendam esse legitimam filiorum ex feudo hæreditario, sicut de cæteris rebus hęreditarijs detrahitur. De filiabus autem nominatim non feci vllam mentionem. Dicam nūc, Franciscus Bursatus cons.132. lib.2. respondit, legitimam filiarum detrahendam esse feudis hæreditarijs, vel saltem præstandam æstimationem in pecunia. Hartmannus Pistorius lib.2. parte posteriore, quæst.38.num.34 cum sequentibus, contrarium respondit. Ego autem sic statuo, hoc totum ex eo pendere, quomodo accipiamus feudum hæreditarium. Nam si ita illud accipiamus, vt sit feudum, quod ad omnes hæredes masculos & fœminas, imò etiam extraneos transit, ita vt eo ipso, quòd aliquis est hęres, feudum obtinere possit, sine hæsitatione aliqua rectè Bursatum respondisse existimo, quia euismodi feuda, sunt pars hæreditatis. Constat autem, legitimam esse partem hæreditatis, nempe trientem vel semissem pro numero liberorum, vt in Nouella. de triente & semisse. Cæterùm, si feudum hæreditarium accipiatur pro eo, quod quis sibi hæredibusque suis acquirit, quorum appellatione veniunt masculi, & fœminæ excluduntur, secundum ea, quæ fusè disputauimus suprà hoc eodem libro cap.3. Id quod maximè vrget Hartmannus, nihil proponitur, cur fœminæ possint ex tali feudo legitimam detrahere, quia constat eas non succedere, legitima verò est pars eius partis, in qua quis succedit ab intestato. Ergo ei, qui nō succedit, legitima non debetur. l.Posthumus.§ Si quis.ff.de inoffic.test.l.Cùm quęritur. l.Parentibus.C eod.tit.

Nec mouet, quod receptum est, cùm de corpore & substantia bonorum legitima præstari nequit, præstandā esse in æstimatione, quia vt bene respondet Pistorius, id verum est, quando legitima debetur ex bonis ipsis, licet

cet

cet ex eorum corpore, propter aliquam difficultatem, vel impedimentum præstari nequeat. Tunc soluenda est æstima'io, & loco præstationis rei, soluenda est pecunia. Sed hic legitima deberi filiabus non potest, ex feudis, in quibus non succedunt. Porrò an saltem dotem ex feudis fœminæ consequi debeant, alia est quæstio, quam exequitur Pistorius q. 37. concludens, si alia bona non supersint, præstandam esse, ex his, quæ tradūt Panormitanus cons. 12. in 7. dub. lib. 1. Alex. cons. 208. nu 7. lib. 2. & lib. 3. Curtius iunior cons. 21. Hieronymus Schurff. cons. 24 lib. 1. & alij ab eo citati.

CAPVT XLVII.

Quid si feudum à patre sit emptum, an ex eo filiarum legitima detrahi possit?

SEd quid si feudum sit emptitium, id est, à patre emptum precio numerato, vtrum ex eo filiarum legitima deduci possit? Affirmant Iacobus Thomingius decis. 2. & Hartmannus Pistoris libro 2. parte posteriori, q. 38. num 63. Negat Collegium iuridicum, quod ipse commemorat incertæ facultatis, & res planè digna est, quæ in examen deducatur.

Negantis sententiæ argumenta sunt ista. Primū, quia nulla est lex hoc dicens, vt scilicet ex feudo legitima filiarum debeatur.

Secundum, quia fœminę non succedunt in feudo, etiā pecunia acquisito, neq; enim desinit esse feudū propterea, quòd emptum sit. Constat autem à feudi successione fœminas repelli, nisi sit fœmineum, vel pacto id conuentum c. 1. de natura success. feudi. Consequenter legitima nō debetur filiabus ex feudo, quia legitima est pars eius, quod ab intestato defertur: quare si nulla sit successio ab intestato, nulla etiam deberi potest legitima.

Tertium, quia si ex feudo empto legitima deberetur, istud esset, quia precium succederet in locum feudi. Sed hoc fieri non potest, quia precium nunquam succedit in locum rei, præterquam in vniuersalibus iudicijs. l. si & rem & precium. ff. de petit. hæred. l. si vt proponis. C. de rei vend. Bart. in l. Imperator. §. vlt. de leg. 2.

Quartū, quia legitima liberis debetur de bonis paternis. l. Cùm quæritur. C. de inoffic. test. At bonorum appellatione feudalia non veniunt. c. 1. §. In generali. si de feudo defuncti conten. sit inter dom. & agnat. defun.

Quintum, quia legitima debetur detracto ære alieno. l. Papinianus. §. Quarta. ff. de inoff. test. Sed feudum videtur esse æs alienum, quia debetur filijs post mortem patris, ergo illud deduci debet ante omnia, & tunc ex eo, quod superest, deducenda erit legitima.

Sextum, quia legitima nō debetur ex rebus restitutioni subiectis. l. Irritū. C. ad leg. Falcid. l. In ratione. §. Quod vulgò ff. eod. sed feudum subiacet restitutioni post mortem patris, quia pertinet ad filios, ergo non potest ex eo legitima deduci.

Septimum, quia feudū quod post mortem patris filijs debetur, non est conferendum sororibus venientibus ad successionem communis parentis, quia post mortē patris acquiritur. Ea verò, quæ post mortem patris acquirūtur filijs, nō conferūtur. l. Ea demùm. C. de collation ita Bar. ad l. 1. §. Nec castrense. nu. 6. ff. de collat. bon. Castr. Alex. & Iason in l. Illud. C. de collation. Paris. cons. 56. nu. 19. lib. 3. Ergo nec ex eis legitima debetur.

Octauum argumentum, quia pater potest filiorum legitimam minuere titulo oneroso, & sic emendo feudum, est enim emptio titulus onerosus. Bar. in l. Non vsque. ff. si à parente quis fuerit manumiss.

Postremum argumentum, quia legitima non debetur ex feudo, quod pertinet ad primogenitum, quia reliqui filij non succedunt in eo, vt tradunt Abbas, & alij in cap. Licet. de voto. Ergo nec de feudo isto emptitio debetur

A filiabus legitima, quia pertinet ad masculos.

Affirmantis verò sniæ fundamentum est, quia cū pater entit feudum filijs suis, ad quos vult illud post mortē suam peruenire, est perinde, ac si pecuniam, quam exposuit in emptione feudi, donaret ipsis filijs. Sicut ergo, si tantam pecuniam filijs donaret, vt filiæ legitimam portionem non haberent, eiusmodi donatio, tanquam inofficiosa, rescinderetur vsq; ad legitimam portionem filiarum. l. si totas. l. si mater. l. si liqueat. C. de inoff. donatio. ita etiam dicendum est, ex feudi æstimatione legitimam portionem esse deducendam pro filiabus, ita vt licet feudum obtinere non possint, sibi tamen debitam portionē consequantur in pecunia. argum. tex. in c. 1. §. Si duo fratres. de fratribus. de nono benef. inuest.

Quod argumentum confirmatur ex eo, quod alioqui absurdum sequeretur, nimirum patri licere omnes facultates, & bona sua in emendis feudis exhaurire, atque ita filias legitima portione priuare, quod iniquum esset. Igi-
B tur filiabus legitima debetur ex feudis emptis, sicut deberetur ex ipsa pecunia, si pater eam in hæreditate reliquisset. Et hæc sententia eò magis amplectenda videtur, quod inter liberos equalitatem inducit, quam legum authores inducere conantur. l. pen. C. de collation. l. Cùm pater. §. Dulcissimis. de leg. 2. l. si maior. C. comm. diuid. §. Illud quoque. in Auth. de Nuptijs.

Ego puto hac in re distinctionē adhibēdā esse. Nam si filiæ ex cōsuetudine, statutoue, aut renunciatione iurata, sint exclusæ à successione bonorū pris cōgrua dote accepta, otiosum est quærere, an ex feudo empto legitimam habere debeāt, cū dote contentæ esse iubeantur, nec vllū ad paterna bona regressum habituræ sint, licet pecunia, ex qua feudum emptum est, in hæreditate patris esset.

Cæterùm, si de filiabus agatur, quæ succedere in hæreditate paterna possint, vnà cum filijs, iuxta l. Maximū vitium. C. de lib. præter. tunc existimo legitimam ex feudo, feudiue æstimatione eis deberi duobus in casib. Pri-
C mus est, quando omnia patris bona consistunt in feudo, feudisue. Secundus, quando si non omnia patris bona in feudis existant, saltem tot ac tanta, vt nihil ferè ex alijs bonis paternis supersit, ex quo filiæ alimenta consequi necessaria, et legitimam portionem habere possint. Nam his duobus in casibus iniquum esset, filias ita exclusas esse à successione feudorum, vt nec saltem legitimam portionem haberent ex eorum æstimatione.

Et hæc sententia confirmatur optimè ex legibus, quibus filijs inofficiosæ donationis querela competit, quoties pater totas facultates in vnum ex filijs contulit. Alij etenim filij eam donationem reuocare possunt vsque ad legitimam portionem. l. si totas. l. si liqueat, & alijs legibus eiusdem tit. C. de inoff. donation.

Nam negari non potest, quin pater omnem suam substantiam, vel maiorem partem erogans in emptionem feudorum, quæ ad masculos tantùm pertinere possint, videatur vel tacitè, vel indirectè illis solis donare omnē
D suam substātiam, vel maiorem eius partem. Quod si hæc nō videatur esse donatio, sed mortis causa capio. argum. l. Mortis causa capitur. ff. de dona. mort. cau. & cap. nihil refert. Nam eadem prorsus est ratio, ac si donaret. Idem ergo iuris esse debet.

Neque titulus iste onerosus est, sed lucratiuus respectu filiorum, quibus feuda acquiruntur, illi enim soli gratis feuda habent.

Sed difficultas est, quando nō omnis paterna substanstantia, nec maior pars in feudis consistit, quia pater multa alia bona habet, & filiabus legitimā relinquit: & ideo quæritur, quanta sit legitima filiarum. Nam si etiam feuda empta sint cōputanda, maior sine dubio erit portio legitima filiarū. Hoc in casu nō puto feuda esse cōputanda in fauorem filiarum, ad augendam scilicet earum legitimam portionem. Primò, quia legitima est portio portionis, quæ defertur ex intestati successione. l. Cùm quæritur. C. de inoff. testam. Sed filiæ non succedunt parēnti in eiusmo-

in eiusmodi feudis emptis Ergo in eis nullam habent legitimæ portionem. Secundò, quia hic cessat ratio inofficiosæ donationis. Nam pater non erogauit totas facultates in feudorum emptionem, sicut necesse esse, vt querela inofficiosæ donationis locum habeat, patet ex d. l. Si totas. & ex alijs legibus. C. de inoff. donatio.

CAPVT XLVIII.

Vtrum feudum emptitium, filijs succedentibus, in hæreditate patris vnà cum sororibus conferendum sit: Et quid de feudo empto, quod ad primogenitum spectat, an teneatur alijs fratribus conferre?



FActi species hæc sit, Pater emit feudum sibi suisq; filijs, moriens illud cum alijs bonis relinquit. Superstites sunt descendentes masculi & fœminæ, qui ad hæreditatem communis parentis vocantur. Certum est in feudo solos masculos succedere, in reliqua hæreditate oẽs æqualiter, sed dubiũ est, an ij sororibus suis feudum, vel feudi æstimationem conferre teneantur? Eadem ratio est de feudo, quod ad primogenitum spectat, cùm quæritur, an cæteris fratribus illud conferre teneatur, aut eius æstimationem: quá quæstionem examinat Andr. Isern. in c. Imperialem. §. Præterea Ducatus. in Additione, de prohib. feudi alien. per Frider. & ibidem latissimè, sed confusè admodum, Loffredus in paraphrasi, & Ioachimus Camerarius, Guerinus Piso in Præl ud. feudorum, tit. feuda propria & impropria quæ sint. Tiraquell. de iure primogeniti, q. 51. Iacob. Thomingius decis. 2. Hartmannus Pistorius lib. 2 parte posteriori, q. 38. post nu. 71.

De altera verò priori quæstione videndi sunt Bart. in l. 1. §. Nec castrense, nu. 6. ff. de collat. bon. Bald. in l. Omnimodo. §. Imputari. C. de inoff. testam. Castrens. Alex. et Ias. in l. Illud. C. de collatio. Paris. cons. 56. num. 19. lib. 3. Vitalis de collatio. licet de feudo empto non omnes loquantur, sed de feudo acquisito à patre.

Existimo ego (ne Loffredum imitatus longũ faciã, & vt rei admodum obscuræ dilucida tractatione lucẽ adferam) nequaquã feudum istis in casibus conferendũ esse, aut feudi ipsius ęstimationẽ. Fundm̃ meum est hoc. Quę filius post mortem patris acquirit, ea conferre non tenetur. l. Ea demum. l. Nec emãcipati. C. de collation *Paulus respondit, ea quæ post mortem patris filio reddi debuerunt, emancipatum filium, quamuis prius consecutus sit, &c. conferre non debere* Ad rem nostram propiùs Diocletianus: *Filiæ, cuius nomine res pater comparauit, si non postea contrariũ eius iudiciũ probetur, per arbitriũ diuidẽdæ hæreditatis, p̃cipuas adiudicari sępe rescriptũ est.* l. filia. C. de coll.

Sed filij in proposita q̃one feudum cõsequuntur post mortem patris, ergo illud conferre non tenentur. Assumptio certa & manifesta est, quia omnes fatentur, cùm pater acquirit sibi & filijs suis feudum, id intelligi ordine successiuo, vt nimirum primũ sibi acquirat, & post mortem suam liberis ac descendentibus siue hęredibus.

Argumenta in contrarium ex Loffredo & Isernia hęc adferri possunt. Donatio simplex à parente in filium collata conferri debet. l. si donatio. C. de collat. Sed hæc est effecta tacita quędam donatio, cùm pater feudum emit, & filijs acquirit. arg. l. cùm hic status. §. 3. ff. de dona. inter vir. & vxor. ergo conferenda est filiabus & idem de feudo, quod transit ad primogenitum.

Secundum argm̃ est ex l. Omnimodo. §. Imputari. C. de inoff. testam. vbi dr̃, militiam, quæ potest vendi, & ad hæredes transit, imputari in legitimam filij. Ergo similiter & feudum, quod non est absimile militię, si in legitimam imputatur, ergo confertur. l. pen. C. de collat.

Tertium est ex eo, quòd feudum à patre emptum ex substantia patris proficisci videtur, & consequenter sicut alia profectitia conferendum. l. vlt. C. de collatio.

Ad argumentum illud, quod filij videantur feudum consequi post mortem patris, & consequenter illud conferre non teneantur, quia quæsita post mortem patris nõ conferũtur. Respondent etiam patre viuente filijs acquiri feudum, licet effectus differatur post mortem patris. Videtur enim acquiri sub conditione, si filij patri suo superuiuant. Cõditio autem retrotrahitur. l. qui balneum. l. potior. ff. qui potiores in pign. habean. l. si filius. ff. de verb. oblig. & consequenter est perinde, ac si viuente patre feudum filij obtinerent. Denique id quod sub conditione debetur, conferendum esse constat ex l. 2. §. Id quoque. ff. de collat. bonor.

Respondeo ad singula in hunc modum: Ad primum concedo, simplicem donationem conferri, quia licet non valeat, & morte patris confirmetur, tamẽ retrotrahitur, atque ex eo die valere fingitur, ex quo facta est. l. Donationes quas parentes. C. de donatio. inter vir. & vxor. sicut latè explicaui lib. 6. controuers. iuris, cap. 64.

At quando pater emit feudum pro se ac liberis suis, licet tacitè donare videatur, non tamen hæc donatio retrotrahi potest ad tempus, quo pater viuens feudũ emit. Ratio est, quia pater noluit, vt tunc feudum liberi haberent, sed duntaxat post mortem suam, quia primò sibi acquisiuit, deinde post mortem suam filijs acquisiuit. Quare non potest hæc donatio retrotrahi contra voluntatem & mentem patris. Aliud est in re quam pater filio donauit, ac tradidit; voluit enim statim in eum dominium transferre, sed non potuit propter patriam potestatem; quare hæc donatio morte confirmatur, & retrotrahitur ad tempus, quo facta est.

Et hæc est ratio l. Filiæ cuius. C. famil. hercisc. cur scilicet, illud quod pater emit nomine filij, non sit conferendum. Cùm tamen aliæ donationes simplices conferantur, vt in l. si donatione. C de collatio. Ratio, inquam, hæc est, quia pater emens nomine filij, licet tacitè donare videatur rem emptam, tamen si in his terminis consistat, nec rem filio tradat, non dicitur donare tunc, dum viuit, rem emptam filio, sed hoc velle videtur, vt eam rem filius, cuius nomine comparata est, præcipuam habeat, quasi prælegati vel fideicommissi nomine. Et ideo non confertur, quia post mortem patris res quæsita est. Magisque mihi hæc interpretatio satisfacit, quàm Cuiacij sententia, quam probaui loco annotato. Nec obstat. l. Cùm hic status. §. 1. ff. de dona. inter vir. & vxo. quia licet ex eo textu probari possit, rem emptam à patre nomine filij tacitè donatam videri, sicut id quod maritus vxoris nomine comparauit, donatum dicitur, idque nos non negamus: tamen non probatur, eam donationem effectum habere, viuente patre, vel tunc directè, vel patre defuncto per retrotractionem. Nam etsi res empta sit, nomine filij, nisi tamen eidem sit tradita & donata, tunc mortuo patre, rem quidem filius præcipuam habebit, sed non poterit fingi antea habuisse, quia non est habile extremum, ad quod fictio trahitur, nimirum ad tẽpus, quo pater rem emit nomine filij. Nec enim constat, patrem voluisse, vt tunc filius rem haberet.

Ad secundum argumentum responsio clara est, textus in §. Imputari, loqui de militia, quam pater emit filio, vt tunc filius haberet, scilicet patre adhuc viuente: meritò conferenda est, & idem in feudo respondendum foret, quod pater filio emeret & traderet, vt scilicet illud etiã, patre adhuc viuente, obtineret.

Ad tertium argumentum, concedo, feudum dici profectum ex substantia patris, sed quia filijs non acquiritur, nisi post mortem patris, nego conferendum esse. Nam ea, quæ filius post mortem patris ex substantia paterna habet, non conferuntur. d. l. Ea demum. l. Nec emancipati. C. de collatio.

Ad ea, quæ pro responsione adducebantur, replicando dicitur, nullam esse hic conditionem, nullam retrotractionem considerari, ac induci posse, quia pater non acquirit feudum filijs suis, vt illud habeant tunc, id est, dum pater viuit, sed post mortem suam. Ideo impossibile

est

est acquisitionem retrotrahere ad tempus vitæ ipsius patris. Sic enim oporteret dicere, Patrem voluisse, vt filij, se viuente, feudum obtinerent, sub ista conditione, si patri præmorienti superuiuerent, & patre mortuo conditionē retrotrahi ad tempus vitæ ipsius patris, quod est ridiculum, & repugnantiam continet manifestam.

CAPVT XLIX.

Possitne filius naturalis legitimari, vt sit capax feudi, ac in eo succedat sine consensu domini ipsius feudi.



Ertum est, filios naturales etiam legitimatos in feudo non succedere, ex §. Naturales. Si de feudo fuerit contentio, &c. Sed cōtrouersia est, si expresse legitimentur, vt in feudo succedant, iure ne id fiat absque consensu dñi. Nā Glos. in d. §. Naturales, nulla adhibita distinctione, an consensus dñi interueniat necne, dixit, naturales legitimatos succedere in feudo, si ad hoc expresse legitimentur, & ideo consensum dñi nō esse necessariū, vt legitimatus feudi sit capax, multi responderunt. Curt. iun. consi. 1. nu. 17. 18. & cōsi. 15. nu. 24. Alex. in consi. 2. nu. 55. vers. Nō obstat, quod habetur lib. 1. Alciatus cōsi. 171. nu. 4 Rolandus à Valle, in cons. 22. nu. 39. lib. 3. Albertus Brunus consi. 1. nu. 30. Socinus inter consi. eiusdē Bruni, consi. 10. nu. 25. & Io. Campegius consi. 2. nu. 14.

Sed contrariū docuit Salicetus in Auth. Itē si quis. C. de naturalib. liber. Hostiensis in c. Per venerabilē. § Rationibus, in verb. requisiti, qui filij sunt legit. Et respōderunt Alex. consi. 60. lib. 2. Soc. iun. in consi. 95. nu. 96. li. 3. Cotta in memorial. in verbo: *Legitimatio facta per Imperatorē.* Bossius de Principe, nu. 185. Hartmannus Pistoris alios citans, lib. 2. parte posteriore, q. 40. nu. 10. 11.

Prioris sententię fundamentū positum est in plenitudine potestatis Principis, secundum quam potest etiam alteri præiudicare, & hoc præsertim in isto casu, in quo per legitimationem remouet obstaculum, ac impedimētum iuris feudalis ac positiui, quo cauetur, vt naturales filij etiam legitimati non succedant in feudo. Legitimatio efficit, vt succedere possit. Et sicut ius ciuile ac positiuum Imperator statuit, ita etiam illud auferre potest. §. Sed naturalia. Instit. de iure nat. gent. & ciuil.

Posterioris autē sñię fundamentū est, quia hæc est natura feudi, vt nō possit alienari, & in alium trāsferri, sine cōsensu dñi, vt habet in tit. de proh. alien. feudi, p Lothariū & p Fridericum. Ergo nō pōt aliquis legitimari, vt in feudo succedat sine cōsensu dñi. Præsertim cùm ad eum feudum est reuersurum, quia sic tolleretur ius domini, quod permissum nō est. l. Quoties. C. de precib. Imp. off.

Poterat adferri tex. in l. 4. §. ff. de natal. rest. ibi: *Patrono cōsentiente debet libertus Imperatore natalibus restitui. Ius enim patroni hoc impetrato adimitur.* Idē dicitur in l. 2. in fi. ff. eod. ibi: *Ideoq; Imperatores non facile solent quēquam natalibus restituere, nisi consentiente patrono.* Idē ergo dicēdum vr̄ in proposito, non debere quēquā legitimari ad feuda, nisi domino cōsentiente, quia impetrata legitimatione ius domino aufertur; Succedit enim legitimatus, & dominus excluditur.

Ego puto controuersiam hanc facile sedari posse, ex duabus iuris regulis, ac veluti principijs certis & claris. Prima hæc est: Rescriptum contra leges & constitutiones, atque adeò contrà ius non valet. l. valet. C. Si contra ius vel vtilit. publ. l. 3. C. de precib. Imp. off. l. 7. C. eod. tit. l. Iubemus nullam C. de sacrosanct. Eccles.

Ex hoc principio sequit, legitimari nō posse filios naturales, vt i feudis succedāt, sine cōsensu dñi, cuius interest, quia lex feudorū dicit, Filios naturales etiā legitimatos nō succedere in feudo, Rescriptū autē mandat vt succedant. Ergo rescriptum contra legē est, Igitur nō valet.

A Nam suppono feudales cōsuetudines vim legis habere.

Altera est propositio, rescriptum cōtra ius valet ex iusta causa, quæ publicam vtilitatem concernit. Quia propter publicam vtilitatē permissum est recedere à regulis iuris Bart. Ad reprimendū, in verbo. *Nō obstantibus.* Felynus in c. Nonnulli, num. 15. de rescript. Iacopinus Riminald consi. 425. nu. 27. lib. 3. pulcher. tex. in l. Ita vulneratus. ff. ad l. Aquil. ibi: *Multa autem iure ciuili contra rationem disputandi, pro vtilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest.*

Ex hoc principio infertur, valere legitimationem in proposito nostro, si ex iusta causa fiat, ex qua publica vtilitas emergat, etiam absq; consensu dñi. Nam ex causa publicæ utilitatis Princeps potest alteri præiudicare, argu. l. 5. §. vlt. ff. de iniur. l. Aedificari. C. de oper. publ. Preclarè Felynus in c. Quæ in Ecclesiarū, nu. 26 de const. Decius ibidem, nu. 19. Abbas, nu. 11. Oldus de restit. in Integr. par. 2. q. 99. art. 8. Geyll. lib. 2. obseru. 56.

B Est enim iusta causa dispensandi, contra leges propter bonum publicum, ut ostendit latè Illustris Doctor & immortalis Gregorius de Valentia, in 2. Tomo Commentariorum Theolog. disput. 7. q. 5. punct. 9.

Quod attinet ad plenitudinem potestatis, eam contra leges & constitutiones, cessante iusta causa, nō agnosco; ex his, quæ tradit Couuar. lib. 3. uariar. resol. cap. 6. nu. 8. Zasius consi. 10. nu 7. lib. 2. Andreas Geyll. lib. 2. obseru. 56. numero 9.

CAPVT L.

Vtrum possint naturales filij legitimari Principis rescripto, vt in feudis succedant in præiudicium agnatorum, quibus ius quæsitum est ex antiquis inuestituris, & quæstio accipienda est patre viuente.

C 

Egitimari posse naturales filios, ad feudū consequendum, etiam in præiudicium agnatorū, scriptum reliquere. Glos. in §. Naturales, si de feudo defuncti contentio sit, &c. Alex. in l. Ex facto, nu. 23. 24. ff. de vulg Decius consi. 269. nu. 10. Afflictus decis. 195. Alciatus consi. 171. Clarus. §. Feudum, q. 82 Roland. à Valle, consi. 3 nu. 142. lib. 1.

Sed contrariū respondenunt Andr. Isern. in d. §. Naturales, nec non ibid Afflict. nu. 35. Zasius de feudis, par. 8. nu 74. Ruinus consi. 36. nu. 17. & 18. lib. 1. Soc iun. cons. 95. nu 45. lib. 3. Geyll. lib. 2. obseru. 142. sub nu. 15 & 140. in fi. Menochius in consi. 181. nu 24. cum seqq. lib. 2. & consi. 202. nu. 168. lib. 3. Hartmānus Pistorius lib. 2 parte posteriori, q 40 nu. 24. cum seqq.

Argumenta prioris sententiæ hęc sunt. Primū est, qa Principis potestas summa est, nec de ea disputare licet. l. 2. C. de crim. sacrilegij. Cùm ergo de uoluntate eius constat, non erit disputādum, an possit illegitimè natum le-

D gitimare, ut feudi sit capax in præiudicium agnatorum.

Secundū sumitur ex eo, quod ius agnatis quæsitum in feudo, originem habet ex iure positiuo ac ciuili, Ergo potest Princeps illud auferre, arg. c. Innotuit. de elect. & c. Proposuit, de concess. Præbendæ. l. ex hoc iure. ff. de iust. & iure. Et sicut alio iure contrario, & consuetudine tolli potest, ita etiam principis rescripto & priuilegio.

Tertium sumitur ex eo, quòd ius agnatis quæsitum nō est de præsenti, sed in spe, quod facilius tollitur. l. ult. C. de acq. possess. l. Qui autem. ff. quæ in fraud. cred. l. Si Sponsus. §. Si maritus. ff. de donat inter uir. & uxor. Nec absolutè illis aufertur, sed differtur, vt scilicet eis saluum sit mortuo legitimato.

Quartū est ex, eo q̄ Princeps nō aufert directè ius suū agnatis, sed illegitimè nato aufert impedimentū & obstaculū, pp quod succedere nō poterat. Ergo nil ꝓlibet, quo minus Princeps eiusmodi beneficiū possit conferre restituēdo natalibus illegitimè natū. l. Quæris. ff. de natalib. restit.

restit. licet id per consequentiam tendat in præiudicium agnatorum. Multa enim in consequentiam permittuntur, quæ principaliter fieri prohibentur. l. 1. ff. de autho. tut. l. Conditionibus pupillus. ff. de condit. & demonstr. l. Quoties. C. de iudic. l. Cùm creditor. §. Qui furem. & ibi no. Bart. ff. de furtis. A

Quibus nil morantibus contrariam sententiã amplector, cuius fundamentum illud est firmum, quoniã Princeps non potest alicui auferre ius suum. l. Quoties. C. de precib. Imperat. off. & ideo in restituendo aliquem natalibus semper cõsensum eius requirit, qui ex ea restitutione lædi potest, vt patet ex l. 2. 4. & 5. ff. de Natalib. restit. Ergo non potest legitimare aliquem in præiudiciũ agnatorum, quia auferret agnatis ius suum, nisi iusta causa moueatur, secundum ea, quæ dixi in præcedenti capite.

Quæ verò in contrariũ allata sunt argumẽta, nihil mouent. Nã quod primò dicitur, disputari non posse de potestate Principis, nõ probatur ex lege, quæ vulgò adferri solet. Sic enim habet: *Disputare de principali iudicio non oportet. Sacrilegij enim instar est, dubitare an dignus sit, quem elegerit Imperator.* Hic non dicitur de potestate Principis, sed de iudicio, cùm aliquem dignum esse iudicauit, disputare non licere. B

Quod secundò dicebatur, Principẽ derogare posse iuri positiuo verissimũ est, si iusta ex causa moueatur, priuilegiũ cõcedendo, vel aliquam legem generalem statuendo, sine causa verò nõ potest auferre cuiquã ius suũ. Id quod nostrũ, de reg. iur. l. Quoties C. de pcib. Imper. offeren. Nec illa distinctio legib. probat, secundũ quã multi dixerũt, Principẽ auferre posse ius quęsitũ artificio iuris solius ciuilis & positiui: quare contrariã sententiã veriorem puto, quam non pauci sunt secuti, apud Gabrielum lib. 3. commu. concl. tit. de iure quæsito non tollendo, cõclu. nu. 18. & infrà libro sequenti latius disputabo.

Ad tertium argumentum respondeo, ius quæsitũ esse agnatis ex antiquis inuestituris, quibus ad feudũ sunt vocati, & istud ius in re est, non in sola spe: licet enim in pñti non deducatur ad effectum, donec scilicet vasallus viuit, est tamen ius quæsitum iam, quod eis nullo modo potest auferri, c. 1. de alien. feudi patern. Alia ratio est de iure futuro & incerto, quod nullum habet certum fundamentum in præsenti. Nota est enim distinctio Ludouici Gomes, reg. de non tollendo iure quæsito, q. 4. nu. 13. quã sequitur Socinus iunior in consi. 95. nu. 33. 34. lib. 3. quæ ad materiam nostram rectè accommodari potest. C

Quod verò dicitur, non auferri ius agnatorũ, sed differri in aliud tempus, nihil est, quia imò ius illis aufertur, quia feudo carere debent, & viuente legitimato, & forsassis etiam mortuo si sobolem relinquat feudi capacẽ.

Postremum argumentum nihil obstat, quia licet Princeps legitimando remoueat obstaculum, tamen id facere non debet, nisi consentientibus ijs, qui ex ea læduntur, vt patet ex l. 2. 4. & 5. ff. de Natalib. restituen.

CAPVT LI.

Legitimati per subsequens matrimonium, an succedant in feudo, quod concessum est filijs ex legitimo matrimonio natis, siue descendentibus.

INter omnes constat, naturales filios per subsequens matrimonium legitimos effectos in feudo succedere. Sed controuersia est non parua, vtrum idem sit respondendum, si feudum sit cõcessum filijs ex legitimo matrimonio natis? Etenim idem respondendũ esse, responderũt Andreas Isernia in c. 1. §. Naturales, si de feudo defuncti fuerit controuers. nu. 8. 9. Afflictus ibid. in 5. notabili, nu. 25. Paulus Castr. in l. vlt. C. de his qui veniã ætatis impetr. Ripa in l. Ex facto. §. Si quis rogatus, num. 47. ff. ad Treb. Alciat. lib. 3. de verb. sign. non multum procul ab initio. Decius consi. 155. nu. 4. Siluanus in consi. 3. num. 49. Couuar. lib. 4. decret. par. 2. c. 8. §. 2. nu. 30. Bursatus consi. 17. & 18. Hartmannus q. 14. lib. 2. parte posteriore.

Sed contrarium rñderunt, Baldus in d. §. Naturales, nu. 5. Curt. iun. de feudis, in 2. par. 3. parte, nu. 41. Alex. in consi. 5. ad fi. lib. 7. Ruinus in consi. 92. nu. 13. lib. 3. Gozadinus consi. 25. nu. 2. Soc. iun. in consi. 12. num. 12. lib. 4. Natta in consi. 624 nu. 21. D. meus Cephalus in cõsi. 11. nu. 11. 12. lio. 1. Rolandus à Valle, in consi. 100. n. 39. li. 2.

Argumẽta in vtrãq; partẽ referre supersedeo, quia ex brocardicis pronũciatis petita sunt, quib. nõ libẽter vtor, cùm admodũ incerta sint, & parũ fructuosa. Summa est hęc, si verborũ ꝓpria natura spectãda sit, iuxta l. Nõ aliter, de leg. 3. hoc requiri, vt filius sit natus ex legitimo matrimonio; Naturalis aũt filius, de quo nobis institutus est sermo, nõ est nat⁹ ex legitimo mrĩmonio, sed ex cõcubina, ergo nõ habet qualitatẽ ex pacto inuestiẽtis requisitã.

Ex altera parte illud obijcitur: *Tanta est vis matrimonij, vt qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur.* c. Tanta qui filij sunt legitim.

At respondetur legitimos quidẽ esse, sed non ex legitimo matrimonio natos. Huic obiectioni occurritur ex c. Cùm in cunctis, de elect. vbi dicitur, Episcopum natũ esse oportere ex legitimo matrimonio, & tamen legitimatum per subsequens matrimonium, idoneũ esse Glos. respondit in c. Innotuit, eod. tit.

Sed authoritas hæc glossæ probabilis est, non necessaria. Quare argumentum firmum manet.

Ego tñ existimo, hanc sñiam, quæ legitimationi fauet, rõni iuris magis consentaneã esse. Nã cùm filij antea geniti, post contractũ matrimoniũ legitimi habeanť, vt dicit tex. in d. c. Tanta, quæro causam huius rei, vnde f. filij antea geniti hoc beneficiũ & ius cõsequantur: hic respõderi nõ põt, causã esse, quia Princeps rescribẽdo ita vult, & declarat, sed rñdere oportet, id ex matrimonio, prouenire. Sed matrimoniũ subsequẽs nõ põt efficere legitimos filios antea natos, sed tantum nascituros, nisi lex succurrat, de filijs antea natis idẽ statuẽdo, qđ de nascituris; ita, vt & antea nati, & postea nascituri eodẽ iure censeatur. Quod cùm ita sit (neq; enim id negari potest) hinc habemus, filios antea genitos legis interpretatione & auxilio haberi pro natis ex legitimo matrimonio: aut certè eodẽ iure cẽseri cũ ijs, qui post matrimoniũ legitimẽ cõtractũ procreati sunt. Cõsequenter nisi quis verborũ proprietatẽ, legum authoritati præferre voluerit, facilè iudicabit, eiusmodi filios per subsequẽs matrimoniũ legitimos effectos, ex legitimo matrimonio, iuris interpretatione (qđ sufficit) natos videri, atque adeò feudum obtinere posse.

CAPVT LII.

Si vasallus feudum habens alium subinfeudauerit rectè & legitimè, deinde mortuus fuerit, an feudum ita ad dominum reuertatur, vt non teneatur subinfeudatum inuestire, licet ei seruire voluerit? D

SCribit author librorum feudalium lib. 2. tit. 9. in hæc verba: *Est autem optima consuetudine interdicta feudi alienatio, super qua multæ & diuersæ sententiæ dabantur in singulis Ciuitatibus, seu Curijs, donec Imperator diuæ memoriæ Lotharius tertius promulgauit super hoc nouam constitutionem, quæ posita est in titulo de beneficijs. Necessitate namque suadente poterat olim vasallus domino inscio vel inuito, feudi partẽ vendere, retenta videlicet alia parte. Si verò vel totum, vel partem volebat per feudum aliquem inuestire, hoc licebat ei sine fraude facere. Si autem dissentiente domino vendebat, sine per feudum inuestiebat, (quod & ipsum syncerè hodie, & sine fraude licet ei facere) si tamen sine hærede masculo descendente decedebat, vel feudum in manu domini refutabat, aut alia forte ratione intercedente culpa amittebat, tunc omnis feudi alienatio ad irritum reuocabatur: eo excepto, quòd ille, qui secũdo loco beneficium acceperat, nõ amittebat,*

amittebat, si priori domino seruire, & ab eo feudum recognoscere volebat.

Ex hoc loco habemus duo. Primum, licere etiam iure hodierno, ei, qui feudum habet, aliam, vt vulgò loquimur, subinfeudare, sine consensu dñi, si bona fide, & sine fraude id fiat. Alterum, mortuo subinfeudante sine descendentibus masculis, factam subinfeudationem ad irritum deduci; sed tamé si is qui subinfeudatus est, priori domino seruire velit, & feudum ab eo recognoscere, feudum non amittere, sed retinere posse.

Atque ita ex æquitate, iuris rigorem temperante, quo resoluto iure datoris resoluitur ius acceptoris, communi doctorum sententia receptum est: Vide interpretes in eum locum, Bald. in c. Cæterùm. de iudicijs, Curtium iuniorem de feudis, parte 4. num 85. vers. Sexta declaratio. Sonsbecium parte 13. nu. 177. Eguinarium Baronem de iure beneficior. lib. 3. cap 1. Curacium lib. 2. tit 9. in vsus feudor. Duarenum, cap. 12. nu. 14. Franciscum Burlatum conf. 163. nu. 32. lib. 2.

Cæterùm, Afflictus in commentarijs huius loci, nu. 1. & 9. hodierno iure id quod secundo loco adnotaui, negat locum habere posse, quia per legem Imperialem dominus non teneatur vasallum habere eum quem nolit. Scribit etiam Clarus in §. Feudum. q. 32. vix hanc sententiam in praxi posse obtinere; sed & Hartmannus Pistorius lib. 2. parte posteriori, q 44. nu. 10. apertè statuit, hãc sententiam recipiendam non esse.

Verùm quantum ad Afflictum attinet, nisi de Constitutione Imperiali aliter nos doceat, quænam sit, & an extra fines Regni illius locũ habeat, non video, cur possim ei acquiescere. Dubitatio auté practica, vt sic loquar, Clari me non deterret, qui de iure, nõ de facto nunc dissero. Magis mouent argumenta Pistorij, veruntamen nõ remouent à communi sententia, tam præclaro fundamento innixa. Etenim eis respondere haud quaquam mihi difficilè videtur.

Primum argumentum est, ex regula generali quę docet, vasallum nihil omnino de feudo statuere vel disponere contrahendo posse, quo, se defuncto dominum obliget, c. 1. §. Et si clientulus. de alien. feud. c. 1. §. E contrario. de alien. de re alien. fa.

Respondeo, omnis definitio in iure periculosa est. Rarum est enim, vt non subuerti possit. l Omnis definitio. de reg iur. Hæc itaque generalis regula non habet locũ in casu isto, nisi ostendatur lex, vel cõstitutio, contra tex. in d. tit. 9 lib. 2.

Secundum argumẽnim est, quia domino inuito, alius quàm is voluerit, vasallus obtrudendus non est, c. 1. §. Si duo fratres. de fratre de nouo benefic. inuest.

Respondeo, nihil obstare, quia non dicimus hoc generaliter esse receptum, & constitutum, vt domino inuito vasallus, quem nolit, obtrudatur; sed in eo casu tantum quem proposuimus. Quare non, si non possint obtrudi vasalli defuncti, idcirco sequitur, obtrudi non posse eũ, qui subinfeudatus est.

Tertium argumentum sumitur ex regula iuris. Resoluto iure datoris, nempe vasalli, qui subinfeudauit, resoluit ius acceptoris, l. lex vectigali. ff. de pign. l. Si ex duob. §. Sed & Marcellus. ff. de in diem addict. §. Rursus. quib. mod. feud. amittat.

Respondeo, rigorem iuris id exigere secundum regulam istam, verùm æquitatem spectandam esse, secundum eam subinfeudatum, si seruire velit, & à domino feudum recognoscere, sicut à vasallo recognoscebat, admittendum esse. Videtur enim quasi nouus vasallus constitutus, priore vasallo viuente, cùm bona fide, & absque fraude constitutus fuerit. Denique lex ita specialiter scripta est, aut verius consuetudo introducta, de qua disputare non licet, sed secundum eam oportet iudicare.

Quartum argumẽtum est, quia subinfeudatio nõ nocet agnatis, ergo nec domino nocere potest. Respondeo,
A domino vt noceat, specialiter receptum esse in hunc modum, vt teneatur subinfeudatum admittere, si seruire velit, & feudum ab eo recognoscere.

Quintum sumitur ex c. vlt. Si de inuestitura feudi contentio sit, &c. Verba hæc sunt. *Rursus si quis acceperit inuestituram feudi, cum omni incremento, quod ei obueniret, & aliquid accreuerit, viuente eo, à quo acceperit, ipsius erit. Et si ille, qui inuestituram fecit, sine herede decesserit, & feudum reuersum fuerit ad eũ, à quo ipse tenuerit, vel ad aliũ; quidquid post mortem eius, qui dedit, accreuerit, ad eũ pertinebit, ad quem regressum fuerit.*

Rñdeo, nos non negare, quin id quod accreuit feudo, ad dominum pertineat. Feudum enim, vasallo priore defuncto ad eum reuertitur. Sed dicimus eundem dominum teneri, feudum ipsum subinfeudato relinquere, atque concedere; si is seruire voluerit, & ab eo feudum recognoscere: quod nõ negatur ibi Licet enim dñs teneatur ei feudum concedere, si seruire voluerit, &c. permagni
B tamen refert hoc, quod dicit textus, nempe incrementum ad dñm pertinere. Quid enim si ille nec seruire vellet, nec feudum ab eo recognoscere, aut seruire non amplius posset? Tunc enim dominus non teneretur.

Sextum sumitur ea §. vlt. Apud quem vel quos. Hæc sunt verba: *Si aliquis de capitaneis, vel maioribus valuassoribus, vel de minoribus, suum beneficium, siue totum, siue partem alienauerit, & ipse vel hæres eius sine hærede decesserit: quia beneficium senioribus aperitur, totum quod fecit reuocari debet.*

Rñdeo, textũ loqui de alienatione facta à vasallo, nos aũt nunc loquimur de subinfeudatione; inter ista discrimen apparet fuisse olim, & meritò nunc esse dicitur. Ex dicto tit. 9 lib. 2. in illis verbis. *Tunc omnis feudi alienatiõ ad irritum reuocabatur: Eo excepto, quod ille, qui secundo loco beneficium acceperat, non amittebat, si priori dominõ seruire, & ab eo feudum recognoscere volebat.*

Postremum argũ est ex §. Rursus. quib. mod. feud. a-
C mittat, vbi sic habet. *Rursus, si fidelis minus mediatè libellario nõie feudum dederit, & sine hærede decesserit, & feudum ad dominũ redierit, vel postquam ad libellum dederit, vel pignori obligauerit, & domino refut..uerit, tunc ille, qui ab eo acceperit, nullo iure aduersus dominũ se tueri poterit.*

Rñdeo, nos in ijs terminis nequaquam versari, sed in eo casu, quo feudum alteri vasallus per inuestituram dedit (quam vocamus subinfeudationem) de hac facti specie nominatim constitutum fuit, & mutatũ postea esse non constat, vt dominus teneatur secundum vasallum admittere, si seruire velit, & feudum ab eo recognoscere; quare argumentum ex omni alia specie alienationis pentum, non est satis firmum, quia inter hanc & alias alienationis species discrimen apparet fuisse, vt dixi.

Non obstat responsio allata ad tex. quo nostra nititur communisq; sentẽtia, nimirum eum esse accipiendum, vt locum habeat domino cõsentiente, & non repugnante, secus autem, si secundùm vasallum subinfeudatum re-
D cipere noluerit.

Nam hæc responsio meram continet diuinationem; & repugnat verbis generalibus textus, quibus dr, eum, *qui secundo loco beneficium acceperat, non amittebat, si priori domino seruire, & ab eo feudum recognoscere volebat.* Ergo igitur in electione & arbitrio ipsius secundi vasalli, an vellet beneficium retinere & non amittere, *domino scilicet seruiendo, & feudum ab eo recognoscendo*, non autem in domini arbitrio & voluntate feudum illi auferre, tanquam ad se reuersum ac deuolutum.

Aliam adfert responsionem idem Pistorius magis infirmam, quam & ipse tutam non esse fatetur, nimirum illa verba, *Eo excepto, quod ille, qui secundo loco beneficiũ acceperat, non amittebat, si priori domino seruire, & ab eo feudum recognoscere volebat*, referenda esse ad eũ casum, quo feudũ à priore dño culpa amittebatur, nõ autem ad eum casum, qui prior dñs absque hẽde decedebat. Non rectè, quia repugnant verba superiora, quibus omnes

casus

casus exprimuntur sub eadem determinatione, vt feudũ ad dominum reuertatur, constituta differentia inter casum alienationis & subinfeudationis, vt significant illa verba: *Eo excepto,&c.*

CAPVT LIII.

Subuasallus feudum alienare volens, an consensum requirere debeat domini sui immediati, an verò superioris domini mediati?



QVatuor sunt Doctorum sententiæ hac de re. Prima, requirendum esse consensum domini mediati, exempli gratia. Titius feudum dedit Caio, Caius Sempronio, Sempronius subuasallus siue subinfeudatus alienare vult, quæritur, an requirere debeat consensum Titij (quem dominum mediatũ, siue superiorem cum alijs interpretibus appello) an verò B Caij domini sui immediati. Prior igitur sententia docet, exigendum consensum Titij ac Superioris mediati dñi. Ita docuerunt Gloss. in cap. Imperialem, in §. Illud, de prohibit. feudi aliena. per Frider. Bald. ibidem & Aluarotus, Iason consi. 176. lib. 1. Iacopinus à S. Georgio in inuestit. feud. in verb. & cum pacto de non alienando, nu. 21. 22. Clarus §. Feudum, quæst. 32. Hanetonius lib. 3. cap. 10. Bursatus consi. 91. nu. 1. & 136 nu. 57.

Fundamentum est præcipuum, quia is consentire debet alienationi feudi, qui directum habet dominiũ eius, vt in d. c. Imperialem, sed directum dominium feudi habet dominus superior ac mediatus, Ergo illius consensus exigendus est.

Assumptio probatur. Nam subinfeudatio fit sine præiudicio domini, ergo retinet dominium directũ, quia subinfeudans remanet vasallus, vt patet: Et cùm penes duos in solidum non possit esse dominiũ. l. Si vt certo. §. Si duob. ff. commod. sequitur illud nõ esse penes subinfeudantẽ, C quem immediatum subuasalli dominum appellamus.

Altera est sententia, exigendũ esse consensum immediati domini. Ita Io. Faber in §. Adeo, in Instit. de locato. Zasius de feudis par. 9. num. 34. Hartmannus Pistoris q. 45. lib. 2. parte posteriori.

Fundamentum est in d. cap. Imperialem. §. Illud, de prohibit. feudi aliena. per Fridericũ, vbi sic habetur: *Illud quoque præcipimus, vt si vasallus de feudo suo alium vasallum habuerit, & vasallus vasalli dominum domini sui offenderit, nisi pro seruitio alterius domini sui hoc fecerit, quem sine fraude ante habuerit, feudo suo priuetur, & ad dominum suum, à quo ipse tenebat, reuertatur, &c.*

Si feudum reuertitur ad dñm immediatum, cùm vasallus eo priuatur ob delictum, ergo similiter ad dominũ immediatum reuertetur, si absque eius consensu fuerit alienatum. Videtur enim dominus immediatus tunc cõtemni à vasallo, Igitur eius consensus exigendus est.

Tertia est sententia, requirendũ esse cõsensum vtriusque D domini, superioris nimirum siue mediati, & inferioris siue immediati. Ita Iacobus Ardizon. in summa feudali, cap. 103. vers. Nunquid sufficiat consensus maioris. Andreas Isernia in d. c. Imperialem, col. 4. vers. verius putarem, & ibidem Afflictus nu 45. & 46.

Fundamentum est, quia vtriusque domini interest, superioris & inferioris, ne sine ipsorum consensu feudum alienetur. Superioris quidem, ne feudum ab eo concessum crebris alienationibus diminuatur: inferioris autẽ, ne illi inuito vasallus obtrudatur.

Quarta est sententia, distinguens inter feuda *quaternata*, & feuda, quæ *de tabula* dicuntur in feudis: de tabula sufficit cõsensus dñi inferioris immediati: In feudis autẽ quaternatis requiritur consensus vtriusq; dñi, ita Marinus Frecia in cõmẽtarijs feudalib. tit. de authoritate & potestate Baronis erga subfeudatarium, Authoritate prima, in principio. Fũdamentũ est in constitutione Regni

A Neapoli, q̃ nõ pertinet ad rẽ nostrã. Feuda quaternata appellãtur, quæ à superiori dño alicui vasallo simpliciter cõcessa, ab eo alteri subinfeudantur. De tabula verò dĩr, quæ à subuasallis possideri, & subinfeudari solent.

Ego existimo, eorũ sñiam probabiliorẽ esse, qui docẽt, exigendum esse consensum dñi immediati inferioris, & moueor hoc argumẽto. Nã aut dicimus vasallũ, qui subinfeudauit, & quem dñm im̃ediatum appellamus, aliquid iuris in feudo habere, quod subuasallus ab eo accepit, & recognoscit, aut id negamus: Vt id negemus nulla ratio suppetit, cur enim dñs appellaretur? Cur ab eo feudũ recognosceretur? cur vasallũ haberet sibi obligatum, iuxta naturã feudi? Si fatemur eũ aliquid iuris habere, necesse est, vt fateamur illud esse quoddã dominium directum, quod illi cõpetat, tanquam vtile dominium (sic enim vocant) habenti. Nam & dñm vsusfructus appellamus, sed siue directum dominium, siue aliter nuncupetur, nõ est in eo vis posita, modò cõstet de re, id est, eum habere aliquod ius in subuasallũ suum, & in ipsum feudum. Ergo ratione huius iuris consensus eius exigendus est.

Dominus autẽ superior habet quidẽ ius in eodẽ feudo, sed nõ in subuasallum; nec enim ipse habere põt idẽ ius, quod habet dñs inferior. Nõ enim duo possunt vno & eodẽ respectu, esse vnius & eiusdẽ rei dñi insolidum. Quid ergo? Habet dñs superior rõne feudi, & tãquã dñs illius sibi vasallũ suum obstrictũ. Vasallus idẽ ita obstrictus, dñs & ipse est eiusdem feudi, & alium subuasallum, nempe sibi obstrictum tenet Sic duo sunt domini insolidum, diuersis tamen respectibus, & respectu diuersarum personarum. Hæc miris sed veris modis fiunt, ac proinde contrariæ sententiæ firmamentum corruit.

CAPVT LIIII.

Si plures sint successores in feudo, an & quomodo omnes fidelitatem domino iurare debeant?



NOnnulla est controuersia hac de re: quia Iacobus Cuiacius lib. 3. tit. 9 existimat, omnes successores fidelitatẽ iurare oportere, quando feudum est diuisum, secus si indiuisum. Alij cõiter docent siue feudum diuisum sit, siue indiuisum, omnes ad iurãdum obstringi Multi putant sufficere, si vnus solus reliquorum omnium nomine iuret. Zasius par. 7. nu. 10. & 11. Cassaneus cõsuetud. Burgund. § 7. nu. 3. Moder. Parisien. contra in consuet. Parisien. §. 2. Gloss. 4. nu. 37. Breuiter res sic se habet. si textui acquiescendũ est. Omnes iurare oportet, siue feudũ indiuisum, nisi vni tantùm obuenerit ex diuisione, quia ille solus iurabit: *Omnes filij eius, qui feudũ acquisierint, fidelitatem facere debent, maximè si indiuisum habent: quod si feudum ex diuisione ad vnum tantùm peruenerit, ille tantùm faciet fidelitatem.* Verba sunt textus in c. 1. §. Omnes, si de feudo fuerit contentio, &c. Idem probatur in D cap. Imperialem §. Præterea Ducatus, de prohibit. feud. alien. per Frideric. ibi: *Ita vt omnes, qui partem feudi habent, iam diuisi, vel diuidendi, fidelitatem faciant.*

Nihil addo pro declaratione, q̃a verba satis sunt pspicua. Rursus poterit vnus cæterorũ nõie fidelitatẽ facere, si mãdatũ habuerit in eã rẽ, & procurator fuerit cõstitutus. Id probo ex c. 1. §. Sed vtrũ, per quos fiat inuesti. sic. n. ait: *Sed vtrũ ipse, vel alius pro se inuestiturã faciat, vel suscipiat, nihil interesse putamus. Potest enim hoc negotium & per procuratorẽ ab vtraq; parte expediri.* Ergo etiã fidelitatis iuramẽtum pstari potest per procuratorem. Id probo ex sequentibus verbis eiusdem text. *Nulla autem inuestitura debet ei fieri, qui fidelitatem facere recusat.* Si igitur per procuratorem inuestitura suscipi potest, etiam per eundem iuramentum fidelitatis præstari poterit, quia is alioqui inuestituram obtinere non posset.

Negonũ fecit aliquib. text. in extraord. c. feudor apud Cuiac. lib. 4. tit. 77. sic dicẽs: *Cùm plures fratres vasalli paternum*

ternum habent beneficium, donec illud indiuisum possident, una fidelitas, & vnum seruitiu domino fieri debet. Si verò partitum fuerit, quot partes erunt, tot erunt fidelitates.

Existimatum est, sniam hanc esse, si feudum sit diuisum, oẽs iurare debere, si indiuisum sit, vnum tantùm iurare debere, & ideo tex. in §. Omnes, si de feudo fuerit cõtentio, &c. corrigendus est in hunc modũ, vt loco illorum verborum, *Maxime indiuisum habent*, rescribendũ sit, *maximè si diuisum habẽt*. Frustrà, & nõ rectè. Frustrà, quia illud verbum, *maximè*, argumẽto esset, idẽ esse statuendum, qñ feudum esset indiuisum, licet magis id procederet in feudo diuiso. Non rectè, quia textus non est corrigendus absq; authoritate, vel necessitate. Nulla huc authoritas est, nulla necessitas, quia textus in c. extraord. non dicit, vnum tantùm ex fratribus ad iurandã fidelitatem teneri, qñ feudum est indiuisum, sed dicit vnam fidelitatem præstandã, quod significat, oẽs fratres ac successores in feudo simul obligatos esse ad fidelitatẽ, & ad seruitium, nõ autem separatim, vti qñ diuisum est feudũ, quo in casu, *quot sunt partes feudi, tot sunt fidelitates*, quia. s. singuli separatim iurant, & quilibet pro sua parte tenetur ad seruitium prẽstandum; & ideo subdit textus ille, qñ feudum est diuisum; *seruitia verò non pro partibus, vt vnum primum, videlicet grauiora, sed pro quantitate beneficij moderanda.* Sensus est, qñ feudum est diuisum, non esse prẽstanda separatim seruitia à singulis hẽredibus in eũ modum, quo vnũ duntaxat seruitium p̃stabatur antea, cùm feudum esset indiuisum ab omnibus, vt. s. tantùm quilibet teneatur seorsim p̃stare, quantum antea oẽs simul, sed seruitia *pro quantitate beneficij moderanda*, id est, singuli p̃stare debent seruitiũ pro rata, ratione habita eius partis feudi quã possidet. Quod verò de seruitijs dr̃, intelligitur de grauioribus, s. grauiora seruitia nõ pro partibus, vt vnum illud primum, præstãda esse, veluti præstabatur tẽpore, quo indiuisum erat feudũ, ad differentiã leuiorũ seruitiorum, in quibus talis moderatio necessaria nõ est. Ita mihi videtur tex. explicandus, quanquam paulò secus Hartmãnus Pistorius explicet, q. 47. num. 17. lib. 2. parte posteriore.

CAPVT LV.

Si dominus feudi decesserit, relictis pluribus successoribus, vtrum vasallus teneatur omnibus præstare fidelitatis iuramentum?

Controuersiæ, de qua disseruimus in p̃cedenti capite, affinis est altera de pluribus hæredibus & successoribus ab eo relictis, qui feudi dñs erat, vtrũ singulis iuramẽtũ fidelitatis præstãdũ sit. Etenim affirmãt Accursius i l. Si vsusfructus legatus, 16. in vers. oportere. ff. de vsufruct. Bart. in l. cùm vnus. ff. de alim. & cib. legatis; & multi alij, quos refert & sequit Ias. in l. de pupillo. §. Si pluriũ, num. 6. de oper. noui nunc:

Sed negant, & vni tantùm hæredũ faciendã esse fidelitatem contendunt, Gloss. in §. Omnes, in fi. si de feudo defuncti cõtentio sit, &c. Andreas Isernia, & Baldus ibidem, Hostiensis in summa de Feudis. §. vlt. Aretinus in l. 2. §. Ex his, in 2. not. ff. de verb. oblig. Iacopinus in inuestitura feudali, in vers. Qui quidem inuestiti, nu. 28.

Alij dixerunt, vasallum non teneri singulis dominis separatim fidelitatem facere, sed tantum vni eorum communi omnium vice & nomine eam recipienti. Ita Martinus Laudẽsis, Aluarotus & Præpositus in d. §. Omnes. Zasius de feudis, par. 7. nu. 11. 12 Moder. Paris. in Consuet. Paris. §. 2. Gloss. 4. nu. 53.

Ego puto priorẽ sniam oĩbus alijs probabiliorẽ esse, & iuri magis consonã, sed ita tñ accipiendã, vt si & vasallus oĩbus hẽredibus ac successorib. fidelitatẽ faciat, nõ tñ teneatur plura seruitia p̃stare, sed vnum tantùm seruitium oĩbus feudum possidẽtibus, siue diuisum sit, siue indiui-

A sum. Quod primò dixi, probo euidenti rõne. Nã certum est oẽs & singulos hæredes ac successores dñi defuncti pro rata parte feudũ obtinere: Ergo singulis, tanquã feudi dñis pro rata, fidelitatis iuramentum præstari debet à vasallo: Sed quia iuramẽtum est indiuiduũ, neq; enim p̃ parte p̃stari potest, quia nõ recipit diuisionẽ, hinc efficit omnib. & singulis hẽredib. præstandum esse, arg. l. Heredes. §. An ea ff. fam. hercisc. l. 2 §. Ex his, vers. Ex quo. ff. de verb. oblig. Quod autem secundo loco dixi, probo, quia ex persona hæredum conditio obligationis non immutatur. l. 2. §. Ex his. ff. de verb. obl. Immutaretur autem, si vasallus ad præstanda plura seruitia teneretur, quia domino priori vnum tãtùm seruitium præstare tenebatur.

Fundamẽtum cõtrariæ sniæ positum est in c. Imperialem. §. Præterea Ducatus, de prohib. feudi alien. p Frider. vbi dicit tex. *Præterea Ducatus Marchia Comitatus de cætero non diuidatur, aliud autem feudum, si consortes voluerint, diuidatur; ita vt omnes, qui partem feudi habẽt iã*
B *diuisi, vel diuidendi, fidelitatẽ faciãt; ita tamen, vt vasallus pro vno feudo plures dominos habere non compellatur: nec dominus feudum sine voluntate vasalli ad alium trãsferat.*

Rñdeo, hãc esse huius textus sniam. Dñm non posse, partem feudi alienando vel diuidẽdo hoc efficere, vt vasallus duos cogar habere dominos, loco vnius. Nihil offendit sniam nostrã hoc argumẽtum, qa & nos fatemur, plura seruitia p̃standa nõ esse, qñ sunt plures successores, sed vnum tantùm: Et cõsequenter non cogitur vasallus plures dominos habere, quia oẽs hæredes & successores simul ita sunt dñi, vt vnum duntaxat seruitiũ exigere possint à vasallo. Præclarè Iabolenus in l. cui fundus c. 5. ff. de cond. & demonstr. *Et omnis numerus eorum, qui in locũ eius substituuntur pro singulari persona est habendus.* Vi deas Clarum in §. Feudum, q. 49. vers. Quæro nunc, & Hartmannum, q 47. lib. 2. parte posteriori, nu. 29.

CAPVT LVI.

C *Si vasallus cum consensu domini feudum creditoribus suis obligauerit, deinde nullis descendentibus relictis decesserit, vtrum dominus, ad quem feudum reuertitur, teneatur satisfacere creditoribus.*

Est hæc magni momẽti quæstio, an feudo ad dñm reuerso ob vasalli mortẽ absq; descendẽtibus, resoluatur hypotheca ipsius feudi, q̃ cum consensu dñi cõtracta est vasallo, s. illud creditorib. suis obligante & oppignorante. Existimo nõ resolui, sed manere, donec ipsis creditoribus satisfactum fuerit: Et moueor Textu, Ratione, Authoritate. Textu: adduco enim cap. 1. §. Etsi clientulus, de alien. feudi, cuius hæc sunt verba: *Etsi clientulus fecerit libellũ, vt aliud de medietate feudi sine domini voluntate, eo mortuo sine legitimo hærede masculo (quod verbũ ità intelligendum est in feudo) id est, sine filio masculo, reuertitur feudum ad dominum. Si verò cum domini volũtate to-*
D *tum vel mediũ alienauerit, stabilis permaneat alienatio.*

Hæc est sententia textus, alienationem firmam permanere, factam cum consensu domini, nec ideo resolui; quoniam vasallus, qui alienauit, absque filio masculo decesserit, ac proinde feudum fuerit ad dominum reuersum. Si alienatio manet firma & stabilis, neque resoluitur. Cur non & obligatio seu oppignoratio? licet enim feudum per oppignorationem non alienetur, sicut per venditionem, tamen eadem est ratio in oppignoratione, quæ in venditione, imò maior. Nam si alienatio firma permanet in præiudiciũ domini consentiẽtis, multò magis firma debet manere oppignoratio, quæ minus præiudicij domino adfert: sicut alienatio, consentiente domino valet, sic & oppignoratio: cap. Imperialem, de prohibit. feudi alien. per Frideric. quare nil proponi videtur, cur illa non resoluatur, imò *stabilis permaneat*, vt textus loquitur, hæc verò infirmari, & ad irsitũ deduci debeat.

Ratione hanc sententiam probo. Nam siue perpendamus,

damus mentem contrahentium, siue id quod æquitati consentaneum est, firmam permanere oportet oppignorationem hanc. Creditoris, proculdubio, ea fuit opinio ac intentio, vt super feudo securitatem haberet, atque hoc inter ipsum & debitorem actum est, feudumq; proinde oppignoratum. At quæ securitas hæc est, si resoluatur hypotheca mortuo debitore, & feudo, quãtum ad vtile dominium ad dominum reuerso? Non est verisimile, si cogitasset perpetuam non fore hypothecam, eum fuisse pecuniam mutuaturum, aut eam cautionem tam fragilem acceptaturum. Nec diuersa intelligi potest domini consensum accommodantis intentio fuisse, quia secundùm naturã actus & contractus pignoris cõsensisse existimari debet; ita nimirũ, vt maneat pignus, donec debita offeratur pecunia, soluaturq; ijs modis, quibus iure constitutum est in tit. quib. mod. pign. vel hypotheca soluitur.

Authoritate moueor, quia ita docuit Marinus Frecia lib. 2. de authoritate & potestate Regis erga subfeudatarium, authoritate 29. nu. 8. vers. Fallit etiam hæc regula, vbi alios citat & refert, ac sequitur Hartmannus Pistorius lib. 2. parte posterior. quæst. 48. nu. 22.

Contrarium docuerunt Afflictus in c. 1. num. 31. qui successo. tenean. Zasius de feudis par. 6. num. 27. & par. 9. nu. 8. & 39. qui tamen loquitur, quando dominus cõsensit adiecta clausula, saluis iuribus ipsius. Idem latè respõdit in terminis eiusdem clausulæ adiectæ consensui præstito in oppignorationem, & alios citat latè differẽs Frãciscus Bursatus in consi. 171.

Primum argumentum est, quia omnis promissio & conuentio intelligitur rebus sic stantibus. l. quæro. §. Inter locatorem. ff. locati. l. si fuerit. ff. pro socio. l. quod seruus. ff. de cond. cau. data. latè Tiraquell. ad l. si vnquam. C. de reuo. dona. in præfatione, nu. 162. Ergo consensus domini in oppignorationem factam, locum habere intelligitur, ac domino præiudicare, rebus sic stantibus, id est, donec vasallus, qui oppignorauit feudum, vixerit, siue successores eius feudum obtinuerint, non autem, si feudum reuertatur ad ipsum dominum.

Respondeo, antecedens sumptum esse ex regula brocardica, vnde sumptum argumentum sæpe infirmũ esse didici & animaduerti. Licet enim in dictis legibus promissio facta propter certas quasdam & iustas causas intelligatur, rebus sic stantibus, non tamen inde sumi potest generale quoddam, ac veluti absolutũ axioma, quãlibet conuentionem ac dispositionem accipiendam fore rebus sic stãtibus, ita vt quælibet varietas & mutatio postea contingens, ius immutet, infringatq; ipsam promissionem & conuentionem. Nam ne longius exempla petamus, ecce tibi casum alienationis feudi, cum consensu domini, à vasallo factæ. Vasallus moritur sine descendentibus masculis. Nunquid facta alienatio reuocetur, an verò consistat? Si spectes illud generale pronunciatũ. Quælibet promissio & obligatio intelligitur rebus sic stantibus, dices feudum ad dñm reuerti, alienationem rescindi, consensumq; non obstare, quia non amplius res est in eodem statu. At contrarium deciditur in d. §. Et si clientulus, nimirum, alienationem stabilem permanere. Cur ita? quia secundum ipsam naturam actus, & intẽtionem contrahentium, & rei æquitatem iudicandum est, nõ secundum generales quasdam regulas. Omnis enim definitio periculosa est l. Omnis definitio, de reg. iur.

Secundum argumentum est, quia nõ solet consensus præiudicare iuri proprio ipsius consentientis, quoties interponitur, & adhibetur pro authoritate rei gestę, vt valeat. l. Caius. ff. de pig. act. l. Cùm quędam. C. de admi. tutor. Ergo consensus dñi non præiudicat ipsi in iure proprio, & cõsequenter non impedit, quo minus vasallo sine masculis defuncto, feudum liberè ad eum reuertatur.

Respondeo, consensum non præiudicare domino, circa ius directi dominij, quod habet, & habuit tempore alienationis feudi, neque circa consolidationem vtilis dominij cum directo, modò pignus firmum maneat,

A quia si firma non consisteret feudi obligatio à vasallo facta, domino consentiente, id creditori præiudicium adferret, & naturæ rei gestæ repugnaret. Ea quippe natura contractus pignoris est, vt maneat ius firmum creditoris, donec ei pecunia fuerit persoluta.

Tertiũ argumentũ est, quia consensus dñi oppignorationi præstitus, confirmat oppignorationem, quæ aliàs non valeret. Confirmatio autem non tribuit nouũ ius. Qui enim confirmat, nihil dat. c. Quia diuersitatem, de conceß. preben. l. Et quia. ff. de iurisd. om. iud.

Respondeo, hoc sufficere, vt propter domini consensum ita valeat oppignoratio, vt postea non infirmetur, cuius contrarium non probat dictum argumentum.

Quartum argumentum est, quia dominus consentiendo in oppignorationem feudi, non censetur renunciare iuri suo, quod scilicet per mortem vasalli absque masculis à lege ei defertur. Neque enim renunciatio præsumẽda est. l. Si dominus. ff. de seruit. vrb. præd. l. Si ex plurib.

B ff. de solut. l. Cùm de indebito. ff. de probat.

Rñdeo, non ideo consistere obligationẽ mortuo vasallo, quia dñs videatur iuri suo renunciasse, dũ oppignorationi consensit; sed quia oppignoratio semel rectè & legitimè facta, nõ debet irritari propter casum superuenientem mortis vasalli. Cur enim mors vasalli noceret iuri quęsito creditori? Nec dominus amittit vtile dominium, sed illud obtinet cum sua causa.

Quintum argumentum est, quia plurimum hæc inter se differunt, consentire, & obligari. Dominus ergo, qui consensit oppignorationi feudi, non est obligatus propter hunc consensum, ad soluendum æs alienum creditori ipsius vasalli.

Respondeo, dominum quidem non obligari ob consensum præstitum ad soluendum æs alienum, sed hoc efficere consensum præstitum, vt feudi oppignoratio legitimè constituta esse dicatur, ac proinde ita stabilis & firma permaneat, vt creditor pignori rectè insistat, do-

C nec ei debita pecunia persoluatur, nec aliter pignus & hypotheca eius soluatur, quam solutione eius quod debetur, vel alijs legitimis modis.

Sextum argumentum est, quoniam in generali sermone non continetur persona loquentis. l. Inquisitio. C. de solution. l. Qui insulã. §. vlt. ff. locati. Ergo dominus oppignorationi feudi consentiens, de propria ipsius obligatione sensisse existimandus non est.

Respondeo, brocardicum est quod assuminit, & nullius momenti argumentum, quia non dicimus, dominũ vigore consensus obligari, sed per consequentiam, si vult feudum liberare, & pignus ipsum luere.

Septimum argumentum. Qui consentit alienationi rei sibi debitæ in aliquem euentum, non propterea ius suum amittit, eueniente casu quo res ad eum deferatur, vt not. in l. Si à substituto. de leg. 1. Bart. in l. Qui Romæ. §. Duo fratres, in 12. quæst. ff. de verb. oblig. Alex. in cõsi. 40. nu. 7. lib. 4. Ergo nec dominus in proposita specie op-

D pignorationi consentiendo ius suum amittit, feudo ob mortem vasalli absque liberis, ad eum deuoluto.

Respondeo, brocardica est propositio, ex qua conficitur argumentum, non hoc volunt Alex. non Bart. Contrarium docet Crauetta in consi. 24. num. 9. alios citans. Sed riuulos non adeamus, fontes spectemus Imperator Gordianus. *Quoties ab omnibus qui alienatione facta ad fideicommissi petitionem aspirare possunt, venditio celebratur, aut quibusdam vendentibus* (arrige aures) *alij consenseris, contractus authoritas conuelli nequaquam potest*. Idẽ habemus ex l. Nihil. §. 1. de leg. 1. & alibi, ex quo videre licet, quàm arũdineo scipione nitantur, qui generalibus istis propositionibus nituntur.

Postremum argumentum pertinet ad eum casum, quo consensus à domino interponitur, *saluo iure ipsius*. Hæc enim clausula & protestatio efficere debet, vt nullũ consentienti præiudicium inferatur. arg. l. Si debitor. §. 1. & l. Sicut. §. Non videtur. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. sol.

Respondeo,

Respondeo, duplex ius domini distinguendum esse, vnũ est directi dominij, & istud reseruatum esse intelligitur, quare oppignoratio consistit, saluo tamen iure directi dominij, quod in consensu præstiti expresſè reseruatur, vel tacitè reseruatũ intelligitur. Alterum est ius vtilis dominij consolidandi eum directo, eueniente casu mortis vasalli absque liberis; Et istud quoq; reseruatum intelligitur, neque.n. impeditur hæc consolidatio, sed saluo iure creditoris, quod habet in pignore. Neque.n. ius creditoris ex illa reseruatione tollitur. Et hoc est quod Doctores dicũt, clausulã illã, saluo iure dñi, non includere ea iure, quæ dominus consentiendo patitur in aliũ transferri. Alioqui reseruatio illa consensui esset contraria, & veluti quædam protestatio contraria facto. Sed de hac re satis.

CAPVT LVII.

Consensus præstitus à domino feudi oppignorationi à vasallo facta, vtrum ad vsuras, siue ad id quod interest extendatur?

VAsallus feudum oppignorauit, consentiente domino, valet oppignoratio creditori facta, & non quoad sortem duntaxat pecuniæ debitæ, verùm etiam quoad vsuras, siue interesse post moram debitas, sicuti docet Hartmãnus Pistorius lib. 2. parte posteriori, q. 49. nu. 18. Huius rei hanc coniecturã habeo, quod fideiussor (cuius obligatio strictè accipienda est) in omnem causam cõductionis obligatus, tardius illatarum per moram coloni, pensionum vsuras præstare cogitur. l. Quæro. ff. locati. Nam sicut obligatio fideiussoris ad vsuras extenditur, ita & consensus domini, quia dũ dominus in oppignorationem consentit feudi, dicitur in omnem causam consentire. Alia ratio est fideiussoris, qui cùm taxatione in certam quantitatem obligatus est, vt in d. l. Quæro, & similiter domini consentientis, vt feudum oppignoretur à vasallo sub certæ quantitatis taxatione: tunc enim consensus pertinet ad sortem.

Contrariũ docuit Marinus Frecia, de authoritate & potestat. Baronis erga subfeudatarium, q. 20. & ante eum Afflictus ad c. Imperialem, q. 8. num. 23. de prohib. feud. alien. per Frideric. Negat enim dñm consentire in oẽm causam, dum consentit oppignorationi feudi, quod facilè concesserim, si adiecta certæ quantitatis taxatione, vt dictum est, consentiat, puta consentio, vt pignus oppignoratum sit pro quantitate centũ aureorum dũtaxat. Cęterùm, si consentiat simpliciter, nec ad certã summam pecuniæ cõsensus restringatur, aliter est respondendũ. Qđ verò dicit Marinus, non extendi consensum ad vsuras, q̃ ex mora veniunt debitoris, qa culpa debitoris vasalli domino nocere non debet, nihil mouet, quia mora debitoris vasalli non nocet dño per se & principaliter, sed in consequentiam contractus pignoris, cui dñs ipse consensit. Nã vsuræ veniũt tacitè, & in consequentiã cõtractus bonę fidei post morã, ex officio iudicis l. Lucius. ff. depositi. & d. l. Quęro. ff. locati. Quare Dominus consentiens pignori, qui cõtractus bonę fidei est. §. Actionũ. in Instit. de act. videtur consentire in omnem causam, quæ *ex ea numeratione nasci potuit*, vt verbis vtar Pauli in l. Si quis pro eo. §. Si nummos. ff. de fideiussor. licet non ignorem ad aliam facti speciem responsum illud pertinere.

CAPVT LVIII.

Feudum nouum concessum iure antiqui feudi, vtrum naturam assumat feudi antiqui.

FEudum nouum iure antiqui feudi à domino datur, nunquid naturam habeat antiqui feudi? Negant Oldradus in consi. 178. Factum tale est, Albericus in Dictionario iuris, in verbo, Nouum non est. Alex. in consi. 10. lib. 3. Iason in pre-

A ludijs feudorum, nu. 88. & in consi. 57. lib. 1. & in consi. 152. & 180. lib. 2. Zasius consi. 13. nu. 14. lib. 1. alios citat. Antonius Gabrielius cõm. cõcl. li. 1. tit. de Feudis. cõcl. 1.

Fundamẽtum est, quia verba illa, *iure antiqui feudi*, veritatem nõ immutant, arg. l. Si fortè. ff. de Castrensi peculio, ibi. *Veritatem enim spectamus, nõ quod quis finxit.* Addit Iason aliud argumẽtum, contrariorum eadem est disciplina, sed feudum antiquum concessum iure feudi noui, non assumit naturam feudi noui, arg. cap. 1. de vasallo decrepitæ ætatis, ex cap. 1. an agnatus vel filius. Ergo è conuerso idem dicendum.

Affirmant alij magis communiter Doctores apud Antonium Gabrielium, loco proximè citato. Clarum. §. Feudum, quæst. 8. Roland. à Valle, cons. 60. lib. 1. & consi. 16. lib. 3. Menochium, in consi. 160. nu. 25. lib. 2. Ludolphũ Schraderum, par. 2. cap. 3. nu. 70.

Fundamẽtum est, quia sicut contractus ex conuentione legẽ accipiunt. l. 1. §. Si conueniat ff. depositi. Sic feu-
B dales cõcessiones ex tenore inuestituræ. Tenor enim inuestituræ spectandus est, c. 1. de feudo Marchiæ, cap. 1. de fratrib. de nouo benef. inuest. c. 1. de feudo non habente propriam naturam, cap. 1. de natura success. feudi, cap. Si cui militi. §. Item si quis eo tenore, in capitulis Extraordinarijs.

In hac qõne, quo minus communiorem sententiã affirmantem amplectar, nec Iasonis, nec Oldradi argumẽtum remoratur. Nam fateor, verba illa, iure antiqui feudi, veritatem non immutare: neque.n. hoc efficiũt, vt verè feudum sit antiquum, sed vt assumat naturam & vim antiqui feudi, ac eodẽ iure cẽseatur quo antiquũ feudũ. Hoc verba significant, voluntas partium adest, & potestas; quid enim prohibet, quo minus pacto noua natura feudo tribuatur ab ea diuersa quam habet? lex autem in argumento allata loquitur de eo, quod in potestate disponentis non est, vt inducatur.

Argumẽtum verò Iasonis nullius est momenti, quia
C subest ratio diuersitatis. Nõ potest pacto effici, vt feudũ antiquũ assumat naturã feudi noui, quia id agnatis præiudicat, quibus cõpetit ius ex antiquis inuestituris, Vasallus autem neque cum dñi consensu præiudicare potest agnatis, vt in c. 1. de alien. feudi patern. Quòd autem feudum nouum assumat naturam feudi antiqui, non vergit in alicuius præiudicium, nisi domini, quia multi succedunt, qui aliàs non succederent, si feudum nouum esset.

Magis igitur moueret Alexandri argũ: illa verba inuestiturę, iure antiqui feudi, vel secundũ naturã antiqui feudi, aliũ sensum posse recipere; vt nimirum dñs significare velit, feudũ antiquitus cõcedi solitũ esse; Sed qõ ꝓponit sub ea facti specie, in qua cõstat feudum nouũ esse, & inuestiturę tenorẽ ita esse cõceptũ, vt sensus sit, feudũ licet nouum, concessum tamen fuisse secundum naturam antiq feudi: Ita vt nõ iure noui feudi, sed antiqui cẽseat.

Illud ergo vnum communem sententiam dubiã reddere videtur, quod si in proposita hypothesi feudum su-
D sciperet naturam antiqui feudi, ius & actio agnatis quæreretur, ijsque in successione post vasalli obitum locus pateret, sicut in antiquis feudis constitutum est. At hoc regulis iuris repugnare videtur, quibus cautum est, neminem alteri stipulari posse nisi sit in potestate: Lege, Stipulatio ista. §. Alteri. ff. de verb. obligat. l. Si mihi & Titio. ff. de verb. oblig. Sed respondendum est, hanc iuris regulam non procedere in feudis. Id patet ex cap. 1. de feudo Marchiæ, ibi. *Nisi pactum fuerit in inuestitura quod fratri frater succederet*, & in c. 1. de duob. fratribus à capitaneo inuestitis, ibi. *Propter tenorem inuestitura insertum, eius pars fratri, non domino est quæsita.*

Rationẽ hãc adfero: quia feudum est beneficium, & ex amore domini procedit & acquiritur, c. 1. de feudo dato in vicẽ legis cõmissoriæ. Ita verò iure specialiter cõstitutũ est in donatore & liberalitatẽ exercente, vt pactum valeat adiectũ in fauorẽ alterius. l. Quoties. C. de donat. q̃ sub modo, Ergo & ĩ feudis ac beneficijs, q̃ à donatione

non procul distant, idem constituendum videtur.

Hæc aűt sñia cõis nõ procedit in prælatis Ecclesiarũ, absq; solennitate requisita res in feudũ cõcedentibus, qa illi sicut non pñt res in feudum cõcedere, nisi solitæ sint infeudari, vel nisi solennia adhibeanť, ita nouum feudũ concedere non pñt, fm formam antiqui feudi, & ita oẽs docent: solus quem viderim Curtius iunior p. 1. q. 8. ad finem, dissentit ab hac sñia, perperam, vt mihi sanè vř: *Quando prælatus*, inquit, *aliquid confitetur, quod habet intus præsumptionem pro se, talis confessio valet, sed feudum in dubio præsumitur antiquum, Ergo, &c.* Non rectè monet, quia quæstio supponit feudum esse nouum, & id certum esse, non autem dubium: cõsequenter præsumptionibus & coniecturis locus non est, quas adducit, vt antiquum præsumatur. de qua præsumptione, sitne iuri consona, sequenti capite disseremus.

CAPVT LIX.

Feudum an in dubio, antiquum vel nouum præsumatur?

De hac quæstione tres sunt doctorum sentẽtiç, vna, & magis communis est, feudum in dubio antiquum præsumi. Altera, nouum præsumi. Tertia, nec antiquum neque nouum præsumi, sed asserenti antiquum esse vel nouum, probationẽ incumbere. Vide Iacobum Menochium de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 93. & arbitr. iud. casu, 191. & Ludolphũ Schraderum de feudis, par. 2. cap. 3. num. 41. Isti alios citant diligenter & prolixè.

Prioris sententiæ fundamentum est in c. 1. de success. fratrum, vel gradib. succedent. in feudo, & in c. 1. Si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agnatos.

Scdæ opinionis fundm̃ est, quia cũ res præsumať libera potius, q̃ feudalis. arg. l. Altius. C. de serui. & aqua. pręsumendum vř, rem fuisse antea liberam & non feudalem: & consequenter si constet nunc feudalem esse, credendum est, potius feudum esse nouum, q̃ antiquum.

Tertiæ opinionis fundm̃ esse põt, quia ei qui dicit incũbit probatio. l. 2. ff de probat. Et quilibet probare teneť id, quod est fundamentum suæ intentionis vel exceptionis. l. Actor. C. de probation. l. Generaliter. ff. de Except.

Ego puto hanc quęstionem decidi ex d c. 1. de success. fratrum, vel gradib. succed. in feud. & c. 1. Si de feudo defuncti fuerit controuers. atque ita decidi, vt neque priori sententiæ neq; posteriori sit locus, nec tertia quoque sententia recipienda sit, sed hanc rem pendere ex probationibus factis, quibus deficientibus, ab vtraque parte iureiurando delato, causam esse decidendam.

Sic. n. authores feudalium librorũ in citatis locis docẽt. *Si verò dominus vel alius beneficium defuncti nouum esse dicit, agnatus autem illius proximus paternum esse contendat, tunc onus probationis incumbit illi qui nouum dicit.* Hæc verba priori sñiæ suffragarentur, sed ita pergit textus. *Sed scio aliter pronunciatum esse. Bonus. n. iudex causa cognita diligenter intuebitur, cuius potius iureiurando dirimenda sit hæc q̃stio, vtroque scilicet in probatione, deficiente.*

Rursus alibi sic habetur. *Si de feudo defuncti militis sit contentio inter dominum & agnatos defuncti, domino nouũ feudum, agnatis verò paternum esse contendentibus, agnati in possessione feudi, de quo queritur, cõstituẽdi sunt. Eo facto, super principali quæstione cognoscendum est. Vtroque autem deficiente in probatione, electio iurisiurãdi agnatis dãda est.*

Hic vides ab vtraq; parte probationes exigi: vtraq; verò deficiente, iureiurando litẽ esse dirimendã, & agnatis electionẽ dandã, an. s. ipsi iurare velint, vel aduersæ parti iusiurandũ deferre. Nun ergo affirmandum, feudũ antiquum præsumi, quia si antiquum præsumendum esset, nulla ex hac parte probatio exigenda esset. Non est etiã affirmandũ, nouum præsumi; quia sic eodẽ modo nõ incumberet probatio, sed dicendum est, quod textus tacitè indicat, vtramq; partẽ probare oportere; Et vtraque par-

A te in probatione deficiente, iudicem æstimare oportere, cuius potius iureiurando definienda sit quæstio. Atq; in dubio, agnatis electionem iurisiurãdi dandam esse: quod ego sic accipio, si aliquid pro agnatis sit, quod iudicẽ moueat, ex eo quod habetur in c. 1. §. Sacramentum. de Consuet. recti feudi, vbi *Sacramentum nõ semper est dandum possidenti, sed quãdoq; possidenti, quandoq; petenti, quãdoq; neutri datur, & cum alicui horũ datur, ita demum datur, si aliquid pro eo sit, quod iudicẽ moueat: vbi nihil est, qđ faciat pro aliquo eorum præter possessionem solam: tunc secundum quod iudici melius visum fuerit, aut possidenti dabitur Sacramentum, aut authore nihil probante, qui conuenitur, etiam si nihil præstiterit, absoluitur reus vel obtinet.*

CAPVT LX.

Possitne vasallus inuito domino feudum refutare?

B Si quis omnium scripta perpenderit, qui de hac quæstione disserunt, vtrum vasallus renunciare possit domino suo inuito feudum, inueniet, nisi fallor, quinque diuersas sententias. Prima est, si domini non intersit, quia scilicet non sit intempestiua renunciatio, vasallum renunciare posse feudum in manibus domini, etiã inuiti. Ita Curtius iunior de feudis, par. 4. nu. 135. Zasius in vlt. par. nu. 13. Fundamentum est in c. 1. de vasallo, qui contra constit. Lotharij beneficium alienauit. Sic enim text. ait: *Quia vasallus etiam sine domini voluntate rectè feudum refutare potest, post refutationem tamen ad seruiendum non tenetur, sed eum quidem tunc offendere non debet.*

Secunda est sententia, refutare posse feudum nisi sit ligium, ita Bald. in c. Cæterùm, in 6. col. de iudic. Ratio est, quia graue est, Principi fidem fallere, ideo non debet vasallus eum illudere, feudum renunciando.

Tertia est sententia cæteris communior, distinguendum

C esse vtrum feudum datũ sit, pro aliquo seruitio determinato à vasallo præstando, an verò pro indeterminato seruitio & generali, quod debetur ex natura feudi. Priore casu feudum refutari non posse, posteriori autem posse. Ita omnium primum docuit Glos. in cap. 1. §. vlt. de cap. qui curiam vendi. Bartolus in l. Is cum quo. ff. de aqua plu. arcen. Alexand. in l. Si quis vi. §. Differentia, num. 14. ff. de acquir. possess. Clarus §. Feudum. quæstio. 34. alios citat Ludolphus Schraderus de feudis, parte 8. cap. 1. num. 61.

Ratio differentiæ inter vtrumq; casum, à dicta Glossa adfertur his verbis: *Quoniam vasallus, qui habet feudum conditionale* (id appellamus, ad certum seruitium) *est obligatus domino ad illud seruitium, vel per stipulationem, vel saltem per pactum in isto contractu infeudationis appositum, & ita inuestitum: vnde certa actione ad id faciendum posset à domino conueniri, puta vel ex stipulatu, vbi ad factum est obligatus per stipulationem, vel certi con-*

D *dictione, vbi certum quid promiserit: vel præscriptis verbis, vbi stipulatio non interuenit; vel etiam condictione ex maioribus informata per pactum, quod esset ineptum dicere, vt per eius refutationem actio domino competens tolleretur. At cum liberè feudum recipit, non apposita aliqua conditione, sed simpliciter fuerit de eo inuestitus, nihil est præter sacramentum, de quo Deum habebit vltorem, si contra fecerit, si fidelitatem iurauerit: quia & feudum amittit, si culpam commisit, per quam amittere debeat. Ad nihilum enim est obligatus, nisi ex natura feudi, nisi quia si domino non seruierit, secundum quod ex natura feudi debuerit, ipsum feudum amittit: sicut enim iure consuetudinario feudorum permittitur vasallo feudum refutare, ita eodem iure liberatus est, postquam feudum refutauit ab illa obligatione naturali, qua tenebatur domino seruire: Et hoc est, quod ibi dicitur ad seruandum postquam refutauit non tenetur.* Hactenus Glos.

Quarta est sententia, feudum refutari non posse, ecc.

pro de-

pro determinato seruitio datũ fuerit, si seruitiũ in faciẽdo cõsistat, secus si cõsistat in dãdo. Ita Fely. in c. Quæ in Ecclesiarũ, nu. 78. de cõstit. Rõ est, quia is, qui ad faciẽdũ obstrictus est, nõ cõpellitur præcisè. l. stipulationes nõ dividuntur. vers. Celsus. ff. de verb. oblig. secus autem cùm quis obligatus est dare, quia præcisè tenetur, & consequẽter non potest renunciando se ab onere dandi eximere. A

Quinta est s'nia, licet feudũ datũ sit ad seruitiũ indeterminatum, tñ non licere vasallo illud refutare, quoties vel iureiur. vel stipulatione dño contractũ feudi obseruare, & seruitia feudi præstare promiserit. Vide Schtaderum vbi suprà, nu. 63. & Iacopinum in tract. de Rhoydis siue operis, nu. 42. Afflictum in præl ud. feudor. nu. 96. & 98. & in cap. 1. nu. 43. de vasallo, qui contra constit. Lotha.

Fundamentum est, quia iuramentum obligat præcisè ad factum: & stipulatio parit obligationem & vinculum, à quo non potest quis se liberare, nisi altero consentiente. l. sicut. C. de act. & oblig.

Ego priorem sententiam, cæteris probabiliorẽ esse iudico & amplector. Nititur enim firmiori fundamento, quàm aliæ, nempe textu satis diserto, quo declaratur, licere vasallo feudũ refutare, etiam sine voluntate dñi; & post refutationem ad seruitia præstanda non teneri. B

Hęc feudalis regula, nisi fallor, sumitur ex iure cõi. Nã vsufructuarius relinquere potest vsumfructũ: & cùm paratus est eũ derelinquere, nõ tenet' onera pstare. l. Cùm fructuarius. ff. de vsufr. Ergo & vasallus cùm paratus est feudũ refutare, liberatur ab omni onere seruitij præstandi; Vasallum autem ab vsufructuario parum differre, cõstat ex feudi definitione, vt in c. 1. §. Beneficium, in quib. causis feudum amittatur. ibi: *Vt proprietas quidem rei immobilis beneficiatæ penes dantem remaneat: Vsusfructus verò illius rei, ita ad accipientem transeat, &c.*

His accedit alia ratio, quia vasallus ad seruitia præstanda domino tenetur propter feudum: Ergo, si feudum derelinquat, non tenetur. argum. l. Etsi fortè. §. Labeo. ff. si serui. vend. C

Neque huc illa pertinent, quæ de contractibus vltro citroq; obligatorijs adferuntur, à quibus recedere nõ licet altera parte inuita, quia feudum est beneficium, non autem cõtractus: Et licet aliquam similitudinem habeat cum contractu, propter ea, quæ tenetur vasallus dare vel facere ex natura feudi, vel ex pacto: tamen hæc non mutant naturam feudi, neque in contractum illud transferre possunt. Sic & vsufructuarius ad aliqua onera tenet' ex natura vsusfructus, vel etiã ex pactis & stipulationibus, & tamen vsumfructum derelinquere potest & renunciare, quo facto amplius non tenetur.

Secunda opinio nullum habet firmum præsidiũ, quia si valeret illa ratio, nunquam liceret vasallo feudum refutare, quod tamen repugnat vsibus feudorum. Non potest igitur vasallus fidem fallere, & principem decipere, donec vasallus est, cæterùm si feudum refutauerit, non debet quidem illum offendere, sed ei seruire amplius nõ tenetur, nec remanet deceptus à vasallo Princeps, quia si non præstat seruitium, non habet etiam beneficium, nisi intempestiuè fiat renunciatio atque domini intersit, tunc non fieri. D

Tertiæ opinionis fundamentum consistit in eo, quòd actio competat domino aduersus vasallum, qui se obligauit ad certum seruitium, ac proinde illa tolli non possit refutatione feudi. Respõderi potest, imò tolli posse actionem illam ob renunciationem feudi à vasallo factã, quia vasalli promissio & obligatio intelligi debet secundùm naturam rei, super qua interponitur. Hæc est autem natura feudi, vt refutari possit inuito domino. Neque enim ad contractum reuocanda res est, quæ ex beneficio proficiscitur, quòd sicut ab initio non confertur in inuitum. l. inuito. de reg. iur. ita postquam collatum est, renunciatione tolli debet secundùm antiquam iuris regulã: Vnusquisque renunciare potest fauori suo. l. pen. C. de pactis.

CAPVT LXI.

Vtrum feudum præscribatur longissimo tempore, id est, 30. vel 40. annorum, quoad dominium directum in præiudicium domini.

ET olim fuit, & nunc est ingens controuersia, vtrum spatio longissimi temporis triginta vel quadraginta annorũ directum dominiũ feudi à vasallo alienari sine cõsensu domini, pręscribatur aduersus ipsum dñm. Affirmauit enim Glos. in c. 1. §. Præterea, de capitulis Corradi, & post eam alij multi, vt patet ex Baldo de præscrip. in 4. parte, partis princ. q. 12. vers. Quarto quæro. Curt. sen. consi. pen. Andr. Geyll. lib. 2. obseru. 160. Menochius alios adducens in cõsi. 143. nu. 20. vers. Septimo comprobatur, lib. 2.

Sed negant Andreas Isernia in d. §. Præterea, nec nõ Afflictus ibidem alios citans, num. 24. Clarus §. Feudum, quæst. 45. vers. Si autem quæritur. Zasius latissime in cõsilio 15. lib. 2. B

Prioris sententiæ fundamentum est, quia tanto temporis spatio tollitur omnis actio. l. Sicut. l. Omnes. C. de præscrip. longiss. tempo. 30. vel 40. Et licet nullam præscriptionem obstare dicatur in d. §. Præterea, & in c. Imperialem, de prohibita feudi alien. per Frideric. tamẽ nõ excluditur prescriptio 30. vel 40. annorum. Neque enim credendum est, Romanum Principem vno verbo totam præscriptionum obseruationem tot vigilijs excogitatam voluisse euertere arg. l. Si quãdo C. de inoff. testam. Huc accedat tex. in c. 1. §. Porrò, qualiter olim poterat feudũ alienari, ibi: *Præscriptione autem 30. annorum submouebatur tam sciens, quàm ignorans, &c.* & in c. 1. §. si quis per triginta, si de feudo defuncti fuerit controuers. &c. vbi dicit tex. *Si quis per triginta annos rẽ aliquã, vt feudũ possederit, & seruitia domino exhibuerit, quãuis de ea re nõ sit inuestitus, præscriptione triginta annorum se tueri potest.* C

Fundamentum posterioris sententiæ est in d. cap. 1. §. Præterea, de capitulis Corradi, vbi sic dicitur: *Præterea vt liceat dominis omnes alienationes feudi factas, nulla obstante præscriptione, reuocare.* Item in d. c. Imperialem, vbi Fridericus ita statuit: *Nos autem ad pleniorem regni vtilitatem prouidentes, non solùm in posterum, sed etiam huiusmodi alienationes illicitas, hactenus perpetratas, hac præsenti sanctione cassamus, & in irritum deducimus, nullius temporis præscriptione impediente: quia quod ab initio de iure non valuit, tractu temporis conualescere non debet.*

Ego puto, totã difficultatẽ consistere in consideranda mẽte Friderici Imperatoris, an, s. voluerit omnẽ præscriptionẽ auferre, etiã longissimi temporis triginta vel quadraginta annorũ: Et licet multa disputari possint, tñ vt putem hanc fuisse Friderici mentẽ, tollendi etiã 30. annorum præscriptionẽ, magis inclinat animus. Primùm, ex verbis generalibus: *Nullius temporis præscriptione impediente.* Hæc enim verba secundùm naturam suam oẽm præscriptionem includunt, & consequenter etiam triginta vel quadraginta annorum. Nullũ. n. est maius mentis nostræ testimonium, quàm qualitas inspecta verborum. Nam quorsum nomina, nisi vt demonstrent voluntatem dicentis? l. Labeo. ff. de suppellect. leg. Secundò, ex ratione, quam Fridericus adfert: *Quia quod ab initio de iure non valuit, tractu tẽporis conualescere non debet.* Hæc enim ratio conuenit etiam præscriptioni triginta vel quadraginta annorum. Tertiò, quoniam Fridericus ita statuit ad pleniorem regni vtilitatem. Hæc est autem plenior vtilitas, si nullius etiam longissimi temporis præscriptio impediat, quo minus feuda à dominis vendicari possint. Quartò, quia ante Friderici constitutionem feuda non poterant alienari sine consensu domini, & alienata reuocari poterant ex lege Corradi, nulla præscriptione obstãte. Ergo Corradi lex accipienda est de prescriptione longissimi tẽporis, aut non, sed tantùm longi tẽporis, si prius

non procul distant, idem constituendum videtur.

Hæc aũt sñia cõis nõ procedit in prælatis Ecclesiarũ, absq; solennitate requisita res in feudũ cõcedentibus, qa illi sicut non pñt res in feudum cõcedere, nisi solitæ sint infeudari, vel nisi solennia adhibeant, ita nouum feudũ concedere non pñt, sm formam antiqui feudi, & ita oẽs docent: solus quem viderim Curtius iunior p. 1. q. 8. ad finem, dissentit ab hac sñia, perperam, vt mihi sanè vr: *Quando prælatus*, inquit, *aliquid confitetur, quod habet iuris præsumptionem pro se, talis confessio valet, sed feudum in dubio præsumitur antiquum, Ergo, &c.* Non rectè monet, quia quæstio supponit feudum esse nouum, & id certum esse, non autem dubium: cõsequenter præsumptionibus & coniecturis locus non est, quas adducit, vt antiquum præsumatur. de qua præsumptione, sitne iuri consona, sequenti capite disseremus.

CAPVT LIX.

Feudum an in dubio, antiquum vel nouum præsumatur?

DE hac quæstione tres sunt doctorum sentẽtię, vna, & magis communis est, feudum in dubio antiquum præsumi. Altera, nouum præsumi. Tertia, nec antiquum neque nouum præsumi, sed asserenti antiquum esse vel nouum, probationẽ incumbere. Vide Iacobum Menochium de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 93. & arbitr. iud. casu, 191. & Ludolphũ Schraderum de feudis, par. 2. cap. 3. num. 41. Isti alios citant diligenter & prolixè.

Prioris sententiæ fundamentum est in c. 1. de success. fratrum, vel gradib. succedent. in feudo, & in c. 1. Si de feudo defuncti contentio sit inter dom. & agnatos.

Sedæ opinionis fundm̃ est, quia cũ res præsumat libera potius, q̃ feudalis. arg. l. Altius. C. de seruit. & aqua. prę sumendum vr, rem fuisse antea liberam & non feudalem: & consequenter si constet nunc feudalem esse, credendum est, potius feudum esse nouum, q̃ antiquum.

C Tertiæ opinionis fundm̃ esse põt, quia ei qui dicit incũbit probatio. l. 2. ff de probat. Et quilibet probare tenet id, quod est fundamentum suæ intentionis vel exceptionis. l. Actor. C. de probation. l. Generaliter. ff. de Except.

Ego puto hanc quęstionem decidi ex d c. 1. de success. fratrum, vel gradib. succed. in feud. & c. 1. Si de feudo defuncti fuerit controuers. atque ita decidi, vt neque priori sententiæ neq; posteriori sit locus, nec tertia quoque sententia recipienda sit, sed hanc rem pendere ex probationibus factis, quibus deficientibus, ab vtraque parte iureiurando delato, causam esse decidendam.

Sic. n. authores feudalium librorũ in citatis locis docẽt. *Si verò dominus vel alius beneficium defuncti nouum esse dicit, agnatus autem illius proximus paternum esse contendat, tunc onus probationis incumbit illi qui nouum dicit.* Hæc verba priori sñiæ suffragarentur, sed ita pergit textus. *Sed scio aliter pronunciatum esse. Bonus. n. iudex causa* D *cognita diligenter intuebitur, cuius potius iureiurando dirimenda sit hæc q̃stio, vtroque scilicet in probatione, deficiente.*

Rursus alibi sic habetur. *Si de feudo defuncti militis sit contentio inter dominum & agnatos defuncti, domino nouũ feudum, agnatis verò paternum esse contendentibus, agnati in possessione feudi, de quo queritur, cõstituẽdi sunt. Eo facto, super principali quæstione cognoscendum est. Vtroque autem deficiente in probatione, electio iurisiurãdi agnatis dãda est.*

Hic vides ab vtraq; parte probationes exigi: vtraq; verò deficiente, iureiurando litẽ esse dirimendã, & agnatis electionẽ dandã, an. s. ipsi iurare velint, vel aduersæ parti iusiurandũ deferre. Non ergo affirmandum, feudũ antiquum præsumi, quia si antiquum præsumendum esset, nulla ex hac parte probatio exigenda esset. Non est etiã affirmandũ, nouum præsumi; quia sic eodẽ modo nõ incumberet probatio, sed dicendum est, quod textus tacitè indicat, vtramq; partẽ probare oportere; Et vtraque par-A te in probatione deficiente, iudicem æstimare oportere, cuius potius iureiurando definienda sit quæstio. Atq; in dubio, agnatis electionem iurisiurãdi dandam esse: quod ego sic accipio, si aliquid pro agnatis sit, quod iudicẽ moueat, ex eo quod habetur in c. 1. §. Sacramentum. de Consuet. recti feudi, vbi *Sacramentum nõ semper est dandum possidenti, sed quãdoq; possidenti, quandoq; petenti, quãdoq; neutri datur, & cùm alicui horũ datur, ita demùm datur, si aliquid pro eo sit, quod iudicẽ moueat: vbi nihil est, qđ faciat pro aliquo eorum præter possessionem solam: tunc secundum quod iudici melius visum fuerit, aut possidenti dabitur Sacramentum, aut authore nihil probante, qui conuenitur, etiam si nihil præstiterit, absoluitur reus vel obtinet.*

CAPVT LX.

Possitne vasallus inuito domino feudum refutare?

B SI quis omnium scripta perpenderit, qui de hac quæstione disserunt, vtrum vasallus renunciare possit domino suo inuito feudum, inueniet, nisi fallor, quinque diuersas sententias. Prima est, si domini non intersit, quia. scilicet non sit intempestiua renunciatio, vasallum renunciare posse feudum in manibus domini, etiã inuiti. Ita Curtius iunior de feudis, par. 4. nu. 135. Zasius in vlt. par. nu. 13. Fundamentum est in c. 1. de vasallo, qui contra constit. Lothatij beneficium alienauit. Sic enim text ait: *Quia vasallus etiam sine domini voluntate rectè feudum refutare potest, post refutationem tamen ad seruiendum non tenetur, sed eum quidem tunc offendere non debet.*

Secunda est sententia, refutare posse feudum nisi sit ligium, ita Bald. in c. Cæterum, in 6. col. de iudic. Ratio est, quia graue est, Principi fidem fallere, ideo non debet vasallus eum illudere, feudum renunciando.

Tertia est sententia cæteris communior, distinguendum C esse vtrum feudum datũ sit, pro aliquo seruitio determinato à vasallo præstando, an verò pro indeterminato seruitio & generali, quod debetur ex natura feudi. Priore casu feudum refutari non posse, posteriori autem posse. Ita omnium primum docuit Glos. in cap. 1. §. vlt. de cap. qui curiam vendi. Bartolus in l. Is cum quo. ff. de aqua plu. arcen. Alexand. in l. Si quis vi. §. Differentia, num. 14. ff. de acquir. possess. Clarus §. Feudum. quæstio. 34. alios citat Ludolphus Schraderus de feudis, parte 8. cap. 1. num. 61.

Ratio differentiæ inter vtrumq; casum, à dicta Glossa adfertur his verbis: *Quoniam vasallus, qui habet feudum conditionale* (id appellamus, ad certum seruitium) *est obligatus domino ad illud seruitium, vel per stipulationem, vel saltem per pactum in isto contractu infeudationis appositum, & ita inuestitum: vnde certa actione ad id faciendum posset à domino conueniri, puta vel ex stipulatu, vbi ad factum est obligatus per stipulationem, vel certi con-*D *dictione, vbi certum quid promiserit: vel præscriptis verbis, vbi stipulatio non interuenit; vel etiam condictione ex maioribus informata per pactum, quod esset ineptum dicere, vt per eius refutationem actio domino competens tolleretur. At cùm liberè feudum recipit, non apposita aliqua conditione, sed simpliciter fuerit de eo inuestitus, nihil est præter sacramentum, de quo Deum habebit vltorem, si contra fecerit, si fidelitatem iurauerit: quia & feudum amittit, si culpam commiserit, per quam amittere debeat. Ad nihilum enim est obligatus, nisi ex natura feudi, nisi quia si domino non seruierit, secundum quod ex natura feudi debuerit, ipsum feudum amittit: sicut enim iure consuetudinario feudorum permittitur vasallo feudum refutare, ita eodem iure liberatus est, postquam feudum refutauit ab illa obligatione naturali, qua tenebatur domino seruire: Et hoc est, quod ibi dicitur ad seruandum postquam refutauit non tenetur.* Hactenus Glos.

Quarta est sententia, feudum refutari non posse, etiã

pro de-

pro determinato seruitio datū fuerit, si seruitiū in faciē- A do cōsistat, secus si cōsistat in dādo. Ita Fely. in c. Quæ in Ecclesiarū, nu. 78. de cōstit. Rō est, quia is, qui ad faciēdū obstrictus est, nō cōpellitur præcisè. l. stipulationes nō diuiduntur. vers. Celsus. ff. de verb. oblig. secus autem cùm quis obligatus est dare, quia præcisè tenetur, & consequēter non potest renunciando se ab onere dandi eximere.

Quinta est snia, licet feudū datū sit ad seruitiū indeterminatum, tñ non licere vasallo illud refutare, quoties vel iureiur. vel stipulatione dño contractū feudi obseruare, & seruitia feudi præstare promiserit. Vide Schraderum vbi suprà, nu. 63. & Iacopinum in tract. de Rhoydis siue operis, nu. 42. Afflictum in prælud. feudor. nu. 96. & 98. & in cap. 1. nu. 43. de vasallo, qui contra constit. Lotha.

Fundamentum est, quia iuramentum obligat præcisè ad factum: & stipulatio parit obligationem & vinculum, à quo non potest quis se liberare, nisi altero consentiente. l. sicut. C. de act. & oblig.

Ego priorem sententiam cæteris probabiliorē esse iu- B dico & amplector. Nititur enim firmiori fundamento, quàm aliæ, nempe textu satis diserto, quo declaratur, licere vasallo feudū refutare, etiam sine voluntate dñi; & post refutationem ad seruitia præstanda non teneri.

Hęc feudalis regula, nisi fallor, firmitur ex iure cōi. Nā vsufructuarius relinquere potest vsumfructū: & cùm parants est eū derelinquere, nō tenet onera pstare. l. Cùm fructuarius. ff. de vsufr. Ergo & vasallus cùm paratus est feudū refutare, liberatur ab omni onere seruinj præstandi; Vasallum autem ab vsufructuario parum differre, cōstat ex feudi definitione, vt in c. 1. §. Beneficium, in quib. causis feudum amittatur. ibi: *Vt proprietas quidem rei immobilis beneficiatæ penes dantem remaneat: Vsufructus verò illius rei, ita ad accipientem transeat, &c.*

His accedit alia ratio, quia vasallus ad seruitia præstanda domino tenetur propter feudum: Ergo, si feudum derelinquat, non tenetur. argum. l. Etsi fortè. §. Labeo. ff. si C seruit. vend.

Neque huc illa pertinent, quæ de contractibus vltro citroq; obligatorijs adferuntur, à quibus recedere nō licet altera parte inuita, quia feudum est beneficium, non autem cōtractus: Et licet aliquam similitudinem habeat cum contractu, propter ea, quæ tenetur vasallus dare vel facere ex natura feudi, vel ex pacto: tamen hæc non mutant naturam feudi, neque in contractum illud transferre possunt. Sic & vsufructuarius ad aliqua onera tenet ex natura vsusfructus, vel etiā ex pactis & stipulationibus, & tamen vsumfructum derelinquere potest & renunciare, quo facto amplius non tenetur.

Secunda opinio nullum habet firmum præsidiū, quia si valeret illa ratio, nunquam liceret vasallo feudum refutare, quod tamen repugnat vsibus feudorum. Non potest igitur vasallus fidem fallere, & principem decipere, donec vasallus est, cæterùm si feudum refutauerit, non debet quidem illum offendere, sed ei seruire amplius nō D tenetur, nec remanet deceptus à vasallo Princeps, quia si non præstat seruitium, non habet etiam beneficium, nisi intempestiuè fiat renunciatio atque domini intersit, tunc non fieri.

Tertiæ opinionis fundamentum consistit in eo, quòd actio competat domino aduersus vasallum, qui se obligauit ad certum seruitium, ac proinde illa tolli non possit refutatione feudi. Respōderi potest, imò tolli posse actionem illam ob renunciationem feudi à vasallo factā, quia vasalli promissio & obligatio intelligi debet secundum naturam rei, super qua interponitur. Hæc est autem natura feudi, vt refutari possit inuito domino. Neque enim ad contractum reuocanda res est, quæ ex beneficio proficiscitur, quòd sicut ab initio non confertur in inuitum, l. inuito. de reg. iur. ita postquam collatum est, renunciatione tolli debet secundum antiquam iuris regulā: Vnusquisque renunciare potest fauori suo. l. pen. C. de pactis.

CAPVT LXI.

Vtrum feudum præscribatur longissimo tempore, id est, 30. vel 40. annorum, quoad dominium directum in præiudicium domini.



ET olim fuit, & nunc est ingens controuersia, vtrum spatio longissimi temporis triginta vel quadraginta annorū directum dominiū feudi à vasallo alienati sine cōsensu domini, præscribantur aduersus ipsum dñm. Affirmauit enim Glos. in c. 1. §. Præterea, de capitulis Corradi, & post eam alij multi, vt patet ex Baldo de præscrip. in 4. parte, partis princ. q. 12. vers. Quarto quæro. Curt. sen. consi. pen. Andr. Geyll. lib. 2. obseru. 160. Menochius alios adducens in cōsi. 143. nu. 20. vers. Septimo comprobatur, lib. 2.

Sed negant Andreas Isernia in d. §. Præterea, nec nō Afflictus ibidem alios citans, num. 24. Clarus §. Feudum, quæst. 45. vers. Si autem quæritur. Zasius latissimè in cōsilio 15. lib. 2.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia tanto temporis spatio tollitur omnis actio. l. Sicut. l. Omnes. C. de præscrip. longiss. tempo. 30. vel 40. Et licet nullam præscriptionem obstare dicatur in d. §. Præterea, & in c. Imperialem, de prohibita feudi alien. per Frideric. tamē nō excluditur præscriptio 30. vel 40. annorum. Neque enim credendum est, Romanum Principem vno verbo totam præscriptionum obseruationem tot vigilijs excogitatam voluisse euertere arg. l. Si quādo C. de inoff. testam. Huc accedat tex. in c. 1. §. Porrò, qualiter olim poterat feudū alienari, ibi: *Præscriptione autem 30. annorum submouebatur tam sciens, quam ignorans, &c.* & in c. 1. §. si quis per triginta, si de feudo defuncti fuerit controuers. & c. vbi dicit tex. *Si quis per triginta annos rē aliquā, vt feudū possederit, & seruitiū domino exhibuerit, quāuis de ea re nō sit inuestitus, præscriptione triginta annorum se tueri potest.*

Fundamentum posterioris sententiæ est in d. cap. 1. §. Præterea, de capitulis Corradi, vbi sic dicitur: *Præterea vt liceat dominis omnes alienationes feudi factas, nulla obstante præscriptione, reuocare.* Item in d. c. Imperialem, vbi Fridericus ita statuit: *Nos autem ad pleniorem regni vtilitatem prouidentes, non solùm in posterum, sed etiam huiusmodi alienationes illicitas, hactenus perpetratas, hac præsenti sanctione cassamus, & in irritum deducimus, nullius temporis præscriptione impediente: quia quod ab initio de iure non valuit, tractu temporis conualescere non debet.*

Ego puto, totā difficultatē consistere in considerandā mēte Friderici Imperatoris, an. s. voluerit omnē præscriptionē auferre, etiā longissimi temporis triginta vel quadraginta annorū: Et licet multa disputari possint, tñ vē putem hanc fuisse Friderici mentē, tollendi etiā 30. annorum præscriptionem, magis inclinat animus. Primùm, ex verbis generalibus: *Nullius temporis præscriptione impediente.* Hæc enim verba secundùm naturam suam oēm præscriptionem includunt, & consequenter etiam triginta vel quadraginta annorum. Nulliū. n. est maius mentis nostræ testimonium, quàm qualitas inspecta verborum. Nam quorsum nomina, nisi vt demonstrent voluntatem dicentis? l. Labeo. ff. de suppellect. leg. Secundò, ex ratione, quam Fridericus adfert: *Quia quod ab initio de iure non valuit, tractu tēporis conualescere non debet.* Hæc enim ratio conuenit etiam præscriptioni triginta vel quadraginta annorum. Tertiò, quoniam Fridericus ita statuit ad pleniorem regni vtilitatem. Hæc est autem plenior vtilitas, si nullius etiam longissimi temporis præscriptio impediat, quo minus feuda à dominis vendicari possint. Quartò, quia ante Friderici constitutionem feuda non poterant alienari sine consensu domini, & alienata reuocari poterant ex lege Corradi, nulla præscriptione obstāte. Ergo Corradi lex accipienda est de præscriptione longissimi tēporis, aut non, sed tantùm longi tēporis, si pri-

A mum concedatur, habemus quod volumus; si secũdum, tunc sequitur Friderici constitutionem aliquid operari debere, atque adeò impedire præscriptionem, etiam longissimi temporis, ne sit superflua. Quintò, nã Fridericus non ignorabat præscriptionem duplicem extare, vnã longi temporis antiquitus cognitam, alteram longissimi, postea introductam, quæ habetur in l. sicut, & in l. Omnes. C. de præscrip. longiss. tempo. cùm ergo dixit: *Nullius tẽporis præscriptione impediente*, proculdubio voluit etiam longissimi temporis præscriptionem includere, quia si id noluisset, eam facilè potuisset excipere.

Ex his responsio patet ad contraria argumenta. Primum enim argumentum soluitur ex eo, quod verba Imperatoris vniuersalia sint, & complectẽtia omnem præscriptionem: Et ideo cùm in verbis nulla sit ambiguitas, non est facienda voluntatis quæstio. l. Ille aut ille. §. Cùm in verbis. ff. de leg. 3. Aut si de voluntate disputandũ est, illa ex verbis colligi debet. d. l. Labeo. ff. de suppell. leg.

B Ad secundum quod attinet, respondeo, tex in d. §. Potrò, ad aliam longè diuersam præscriptionem pertinere, ad illam scilicet, per quam dominus excluditur à iure feudi redimendi eo in casu, quo alienatio valet.

Ad tertium argumentum, ex §. Si quis per triginta respondeo, textum illum loqui similiter de alia præscriptione, cùm scilicet aliquis præscribit rem in feudum, ex eo quod per triginta annos eam vt feudum possideat, & seruitia domino exhibuerit. Hæc res procul distat a quæstione nostra. Non enim subiacet alicui legis prohibitioni, non aufert dominium directum domino feudi, & prorsus differentem habet iuris rationem.

CAPVT LXII.

Filij fratrum an in feudo succedant in stirpes, vel in capita?

C Differui lib. 6. controuers. c. 3. de controuersia illa successionis filiorum fratrum, an constituenda sit in stirpes, vel in capita, & secutus sum Azonis sñiam argumentis allatis, q̃ ibi videri possunt; Et qm etiam in feudis eadẽ quæstio controuersia est, vt patet ex Zasio par. 8. nu. 18. Claro in §. Feudum. q. 75. Ludolpho Schradero p. 7. c. 7. nu. 16. Hippolyto Riminaldo consi. 410. volui paucis verbis eam attingere, vt saltem opinionem indicarem meã, quæ talis est. Nullo iuris feudalis textu definitum esse cõstat, an hæc successio sit in stirpes, an verò in capita. Ergo iure communi decidenda est, cap. 1. de feudi cogn. Ergo secundum Azonis sententiam lis est danda, cui & Caroli V. decisio suffragatur, & quæ nos attulimus, contrarijs argumentis refutatis in dicto cap. 3. lib. 6.

CAPVT LXIII.

D *Ius accrescendi an locum habeat in feudo nouo à Principe concesso.*

SI duobus feudũ fuerit ab Imperatore concessum, & alter eorum absque liberis decesserit, vtrum ad principem feudum reuertatur, an autem accrescat socio, siue consorti, non est eadem omnium sententia. Nam accrescere consorti, siue socio, docuit Bald. ad l. vn. §. In primo. C. de cad. toll. quẽ secutus est Alex. ad l. si mihi & Titio, num. 7. ff. de verb. oblig. & in consi. 30. nu. 7. vers. Secundo dato, lib. 1. Soc. iun. in consi. 73. nu. 22. 23. lib. 1. Clarus in §. Feudũ. q. 77. Ludolphus Schraderus de feudis, par. 7. c. 1. nu. 11. Sed ad Principem reuerti docuit Cynus ad l. vn. C. quando non petentium partes. Iason in d. l. si mihi & Titio, nu. 6. Corneus in consi. 196. lib. 2. Zasius de feudis, par. 8. nu. 32.

Prioris sententiæ fundamentum est in l. vn. C. si liberalitatis Imperialis socius. lib. 10. licet enim illa lex de feudo non loquatur, tamen eius ratio locum habere etiam in feudo, quando ex Principis liberalitate processit. Neque in feudis à Principe concessis, contrarium feudali consuetudine & iure cautum est. Ergo ius commune seruandum videtur, arg. c. 1. de feudi cognit. Sic autem in d. l. vn. constituit Imperator Constantinus: *Iubemus, vt si quis fortè ex his, quibus communiter à nobis aliquid donatum sit, nullo hærede relicto decesserit: ad consortẽ potius solummodo, quam ad personam aliam pars decedentis perueniat.*

Posterioris sententiæ fundamentum est, quoniã generali feudorum iure seu consuetudine cautum est, in feudo nouo ius accrescendi locum non habere, & ideo vasallo mortuo eius portionem, nullo hærede existente ad dñm reuerti: Neq; vlla distinctio adhibetur, vtrũ à Principe concessum sit feudum, an ab alio. Sic, inquam, cõstitutum est in c. 1. de feudo Marchiæ: *Si duo fratres simul inuestiti fuerint de beneficio nouo, & non de paterno, si vnus eorum sine descendentibus masculini sexus mortuus fuerit dominus succedit, non frater, nisi pactum fuerit in inuestitura, quod frater fratri succedat. Per pactum enim frater succedit, non dominus.* Idem habetur in cap. 1. de fratribus de nouo benef. inuestitis, & i c. 1. de duob. fratrib. à C. inuest.

Hanc posteriorem sententiam iuri magis consentaneam existimo, quia iura feudalia sunt expressa in hac facti specie, & apertè decidunt, feudum ad dominum reuerti: Et licet nominatim de feudis non loquantur, quę à Principe conceduntur, tamen generaliter loquuntur, & consequenter comprehendunt etiam casum istũ, quo feudum à Principe concessum est. Non ignorabant iuris feudalis authores, feuda concedi solere ac posse tam ab Imperatore, quàm ab alijs inferioribus, qui non prohibeantur iux. c. 1. de his qui feud. dare poss. Ideo cùm generaliter decernunt feudum ad dominum reuerti, nec cõsorti accrescere, sine dubio de omni feudo id decreuerũt, siue ab Imperatore concesso, siue ab alio.

Non obstat text. in d. l. Vn. quia non loquitur de feudo, sed de alia liberalitate. In feudo enim specialis est constitutio, vt non consorti accrescat, sed ad dominum reuertatur. Nec obstat, quod non loquantur feudales constitutiones de feudo à Principe concesso, sicut loquitur de liberalitate Imperiali. d. l. vn. quia generaliter disponens ac loquens, omnes casus comprehendit, qui sub verbis generalibus continentur. l. Si duo. in fi. ff de admi tuto. latè Ripa ad l. 1. nu. 51. ff. de vulg. & pupill.

CAPVT LXIIII.

Ius accrescendi an locum habeat in feudo, quod duobus simul concessum est, & cuiuslibet eorum descendentibus.

INter omnes conuenit feudo duobus concesso in solidum, aut verbis distributiuis, puta, *eorũ cuilibet*, altero sine masculis decedente, alteri portionem eius accrescere, quasi ambobus in solidum feudum datum sit: Sed controuersia est, quando duobus concessum est feudum, & cuiuslibet hæredibus seu descendentibus, an idem sit dicendum: Etenim idem hoc in casu statuendum esse, respondit Soc. sen. in consi. 66. nu. 14. lib. 3. Alex. in consi. 30. col. 4. vers. Tertiò considero. lib. 1. Ludolphus Schraderus de feudis, par. 7. cap. 1. nu. 16. 17. & seq.

Sed contrarium docuerunt Petrus Ancharanus in consi. 245. Alex in consi. 13 & 17. lib. 5. Curt. iun. de feudis 2 parte 2. partis, nu. 79. Rouchegallus ad l. Eandem, nu. 132 ff. de duob. reis. Bellonus consi. 20. nu. 4. Cur. sen. consi. 55. Hieron. Gabriel. consi 87. nu 3. Dom. meus Cephalus in consi. 345. nu. 19. lib. 3. Aurelius Corbulus de iure emphyteutico, c. 12. nu. 88.

Fundamentum prioris sñiæ est in eo positum, quod per illa verba: *Et cuiuslibet eorũ hæredibus, siue descẽdẽtib.* videatur hæredibus vtriusque insolidum facta concessio

feudi:

feudi: Ex quo sumi potest argumentũ, multò magis concessum videri ipsis principalibus in solidum ipsum feudũ quia ipsi magis dilecti sunt, & chari domino concedẽti, quàm hæredes eorum, ideoq; magis eis consulere dominus voluisse existimandus est, quàm alijs.

Fundamentum autem posterioris sentẽtiæ in hoc est positum, quod verba illa; *Et cuiuslibet eorum*, ad hæredes tantùm referantur, & consequenter non ad ipsos, quibus feudum conceditur. Ideo in illis regula iuris obtinet, sit locus non vt iuri accrescendi.

Sed hanc sniam magis mihi persuadet argumentum, quo vsus est D. Cephalus pceptor meus Cùm feudũ cõceditur duobus puta Titio & Sẽpronio, concessum videri pro rata & virili portione. arg. l. Reos. §. Cùm i tabulis. ff. de duob. reis. l. 1. C. si plures vna senten. l. si mihi & Titio. ff. de verb. oblig. Cõsequenter illa verba: *Et cuiuslibet eorum hæredibus*, hũc sensum inducere, vt & hæredibus eorum pro rata eadem ac virili portione feudũ acquiratur, quia ex persona hæredis non mutatur causa obligationis, sed eadem manet. l. 2. §. Ex his. ff. de verb. oblig.

Argumentum contrariæ sniæ locum haberet, si constaret, per illa verba, quemlibet hæredum in solidum vocari ad feudũ, sed hoc valdè dubium est. Nam verba illa, *Cuiuslibet eorum*, non attribuuntur vnicuiq; in solidum, sed secundùm naturã ipsius concessionis factæ, vt videlicet, quilibet hæres obtineat partẽ authoris sui in feudo.

CAPVT LXV.

De meliorationibus & sumptibus in rem feudalem factis à vasallo, quomodo, feudo ad dominum reuerso, eorum ratio habenda sit.



AIt tex. in c. 1. §. Si vasallus. tit. Hic finitur lex, & consuetudines Regni incipiunt: *Si vasallus in feudo aliquod ædificium fecerit, vel ipsum sua pecunia melioraverit: & contigerit postea, vt vasallus sine filio masculo decedat: dominus aut patiatur ędificium auferri, aut soluat precium meliorationis.* Iam controuersia est circa precium meliorationis, an taxari debeat secundùm æstimationem ædificij & meliorationis (*eo scilicet vsque duntaxat, quo fundus preciosior factus est, etsi plus precij fundo accessit, solum quod impensum*, iuxta l. In fundo 39 ff. de rei vend.) an verò secundùm æstimationem ipsorum ruderum, & materiæ ita ablatæ, vt videre licet ex Baldo in d. §. Si vasallus, & in c. 1. §. Si quis de manso, de cõtrouers. inuest. Berono questione famil. 96. Claro §. Feudum. q. 88. vers. Sed quæro. Rolandus à Valle in consi. 28. nu. 10. lib. 1. Tiraquell. de retract. Conuent. Glos. 7. §. 1. num. 6. Ludolpho Schradero de feudis, par. 2. 9. partis, sectione 2. num. 93. Hartmanno Pistoris q. 42. lib. 2. parte posteriori.

Fundamentum eorum, qui putant æstimanda esse rudera, positum est in l. In fundo. ff. de rei vend. in illis verbis: *Constituimus verò, vt si paratus sit dominus tantũ dare, quantum habiturus esset possessor, ijs rebus ablatis, fiat ei potestas.* Et ratio est, quia non plus interest possessoris; alioquin dominus permittet ædificiũ auferri: quo ablato nil amplius obtinebit: Et videtur esse optima proportio inter hæc duo, quæ sunt in electione domini, vt nimirũ vel patiatur ædificium tolli, vel soluat æstimationem ruderum, hoc est, materiæ ędificij seorsim consideratæ. Talis proportio non est inter sumptum ipsum meliorationis siue ædificij, & patientiam illam, vt tollatur ędificiũ: quia maior sine dubio est sumptus ædificij, quàm æstimatio ruderum, quæ sublato ædificio vendi possunt.

Contrariæ autem sniæ fundamẽtum est in verbis dicti §. Si vasallus, quibus disertè cauetur, vel dñm pati debere, vt ædificium tollatur, vel precium meliorationis soluere. Non enim text. dicit, soluendum esse precium ruderom, sed meliorationis: Est autem melioratio, ipsum ędificium, vti nunc est, cõsideratum, non vt destructum

A in ruderibus apparet. Ad l. In fundo, respondent, illã loqui in bonę fidei possessore, non autem in eo, qui ab ipso rei domino causam habet, sicuti vasallus: is enim videtur plus iuris habere consequendi eiusmodi expensas.

Ego verò hanc controuersiã dirimendam esse puto ex responso d. l. In fundo, seruata. s. illius distinctione, vt si tale sit ædificium, quod dñs esset facturus, quia diues erat, & facilè illud facere poterat, & verisimiliter fecisset: tunc soluendum sit preciũ meliorationis, nõ ruderum, vt in d. l. In fundo. Cæterùm, si dñs sit pauper, ac proinde tantùm impendere nõ potuisset, tũc pati debeat ędificiũ tolli, vel soluere precium ipsorum ruderum, sed Celsum audiamus: *In fundo alieno, quem imprudens emeras, si ædificasti aut conseruisti, deinde euincitur; bonus iudex variè, ex personis, causisq, constituet Finge & dominum eadẽ facturum fuisse. reddet impensam, vt fundum recipiat, eo vsq; duntaxat, quo preciosior factus est, & si plus fundi precio accessit solum quod impensum est. Finge pauperem, cui si reddere id cogatur, laribus, sepulchris auitis carendũ habeat, sufficiet tibi permitti tollere ex his rebus, quæ possis: dum ita ne deterior sit fundus, quàm si initio nõ foret ædificatũ: Constituimus verò, vt si paratus sit dominus tantum dare, quantũ habiturus esset potestas, ijs rebus ablatis, fiat illi potestas.*

B

Nil moror differentiam illam inter vasallũ & bonę fidei possessorem, quia in vtroq; eadem æquitatis ratio viget: licet enim vasallus à domino causam habeat, & bonæ fidei possessor non item; quid hoc ad sumptuum rationem facit? cùm absque omni dubitatione sumptuum deductio bonæ fidei possessori concedatur, quia se dominum putat, & in percipiendis fructibus idem iuris, quod dominus habet l. Qui scit. §. Porrò. ff de vsuris?

Magis mouet quod textus feudisticus non adhibuit hanc distinctionem: sed quid vetat eam adhibere, cùm res sit dubia, nec verba in feudis ita sint generalia ac pręcisa, vt interpretationem excludant quæ ex legibus fit, ex bono & ęquo? quod enim omissum est in feudis, supplendum est ex iure nostro, c. 1. de feudi cogni.

C

CAPVT LXVI.

Possitne Episcopus solus, absq; consensu Capituli, in feudũ dare rem ad se reuersam, infeudari solitam?



REm solitam infeudari ad Episcopum reuersam, vtrum à solo Episcopo in feudum dari possit, absque consensu Capituli, non est eadem omnium sententia. Distinguendum multi putant; vtrum res communis sit Episcopo & Capitulo, & consequenter eius concessio simul ad Episcopum & Capitulum pertineat, an verò ad Episcopum solum. Priore casu non posse Episcopum solum infeudare arbitrantur: Posteriore autẽ casu posse. Alij dicũt indistinctè subinfeudari posse ab Episcopo solo, absque consensu Capituli. Vide Baldum, Afflictũ, & alios in-

D terpretes in c. 1. de his qui feudũ dare possunt, Curtium iuniorem de feudis, in 2. parte in princ. in 2. quęst. Ludolphum Schraderum de feudis, par. 2. c. 4. nu 17.

Prioris sententiæ ratio est manifesta, quia si res communis est Episcopo & Capitulo, iuris rationi non est consentaneum, vt Episcopus solus de ea aliquid decernat absque consensu Capituli. Neque enim de re aliena quisquam rectè disponit, absque domini consensu.

Fundamentum contrariæ sententiæ est in cap. secundo de feudis, ibi. *Feudum decedentis liberè, si videris expedire, concedas.* Sed hoc non est ita accipiendum, vt proinde liceat Episcopo, rem sibi & Capitulo communem, liberè concedere, absque consensu Capituli: Non enim summus Pontifex ibi de hac facti specie loquitur, in qua scilicet res communis est Capitulo, & rectè intelligi id potest, *liberè concedas*, scilicet vel solus, si concessio ad se solum spectat, vel adhibito consensu Capituli, si res ad Capitulum quoque spectat. Deniq; ex

A vno verbo generali non licet Summi Pontificis reſponſum ita exaudire, vt rationi repugnet & legi. Concludo igitur, eorum ſniam, qui diſtinguunt an res communis ſit Epiſcopi & Capituli, nec ne, vt priore caſu etiã Capituli conſenſus requirant, poſteriori autem ſolus Epiſcopus eam in feudum dare poſſit, probabiliorem videri.

CAPVT LXVII.

Quid requiratur, vt res dicatur ſolita in feudum dari, & primò circa tempus.



VAriatum quoque ſententijs eſt, quando res Eccleſiaſtica dicatur ſolida in feudum dari. Prima opinio fuit, requiri tempus, cuius initij memoria non extet, vt refert Gloſ. in c. 1. in verſ. Antiquitus. de his qui feud. dare poſſ. Argumentum eſt illud quod text. ibi dicit: *Feudum dare poſſunt Archiepi-* B *ſcopus, Epiſcopus, Abbas, Abbatiſſa, Præpoſitus, ſi antiquitus conſuetudo eorum fuerit feudum dare.* Et idem verbũ *antiquitus* repetitũ eſt in c. 1. Epiſcopum vel Abbat. &c.

Secũda eſt opinio, requiri tempus triginta annorum, vt refert Glo. loco proximè citato. Adſtipulatur huic ſententiæ, quod hoc videtur tempus longiſſimum, & ſufficiens ad præſcriptionem cuiuſcunque iuris. l. Sicut. C. de Præſcript. 30. vel 40. annor.

Tertia eſt opinio Iacobi Beluiſij, Andr. Iſer. & Iacopi. in verb. in feudũ. nu. 37. Zaſij par. 5. nu. 52. requiri ſpatiũ annorũ quadraginta, qm̃ ad præſcribendas res Eccleſiaſticas idem tempus requiritur, vt in c. de Quart. de Præſcript. & in Nouell. Hæc conſtitutio innouat. conſt. 111, ex qua ſumitur auth. Quas actiones. C. de ſacroſ. Eccleſ.

Quarta fuit ſnia Baldi, ita diſtinguentis. Aut talis conſuetudo feudum dandi damnoſa eſt Eccleſiæ, & tunc requiritur ſpatiũ tpis, cuius initij memoria non extet. Aut Eccleſiæ vtilis eſt, & triginta anni ſufficient. Aut nõ con- C ſtat an ſit vtilis vel damnoſa, & tunc requirunt quadraginta anni. Ita Bald. in d. c. 1. nu. 8. de his q feud. dare poſ.

Priori membro ſuffragatur, quòd vulgò dicitur, tanti tpis præſcriptionem vim, habere priuilegij. l. Hoc iure. §. Ductus aquæ. ff. de aqua quot. & æſtiua. l. 1. §. vlt. & in l. In ſumma. §. Varus. ff. de aqua plu. arcen. c. Super quibuſdam. §. Præterea. de verb. ſign. c. 1. de Præſcript. lib. 6.

Alteri ſuffragatur, quod hic nõ agitur de Præſcriptione rerum Eccleſiaſticarum, ſed de conſuetudine inducenda, ex conſenſu quodam Eccleſię, quod triginta annis optimè colligitur.

Poſtremo denique membro diſtinctionis Baldi fauet regula iuris, quæ annorum quadraginta ſpatium in reb. Eccleſiæ præſcribendis requirit, d. cap. De quarta. & d. Auth. quas actiones

Quinta fuit aliorum ſententia, decem annos ſufficere, quia longa conſuetudo inducitur decennio. argum. l. vlt. C. de emancip. libero.

D Sexta fuit ſnia Curtij iunioris de feudis, parte 2. poſt nu. 7. verſ. *Idcirco omnibus rectè penſatis*, diſtinguendũ eſſe, vtrum ab initio res Eccleſiaſtica in feudũ data ſit abſque iuris ſolennibus, & tunc requirat tempus hominum memoriam excedens, arg. c. 1. de Præſcript. lib. 6. An verò ab initio data ſit adhibitis ſolennibus, & tunc abſque vllo tpis curſu res dicatur ſolida in feudum dari, ac proinde ſi ad Eccleſiam reuertatur, Prælatus eam liberè, ſi viderit expedire, in feudũ dare poterit. arg. c. 2. de feudis.

Poſtrema eſt ſententia Ludolphi Schraderi de feudis, parte 4. cap. 2. num. 25. is amplectitur ſententiam Curtij iunioris, in dictis duobus caſibus, quando videlicet rem ab initio ſolenniter in feudum datam fuiſſe, vel minus ſolenniter conſtat, vt priore caſu nullus temporis curſus requiratur, poſteriore verò tempus hominum memoriã excedens neceſſarium ſit, eiſdem argumentis quæ attulit Curtius iunior: Ceterùm ſi non conſtet, vtrum ab initio res fuerit in feudum data, ſolennibus adhibitis nec A ne, putat ille requiri ſpatium quadraginta annorum.

In tanto opinionũ conflictu ipſe opinor, non erraturum eum, qui hanc rem nullo iure deciſam, arbitrio prudentis iudicis cõmittendam exiſtimauerit. arg. l. 1. ff. de iure delib. l. 1. ff. de effractorib. Nam & cùm quæritur, quãto tpe cõſuetudo introducta obfirmetur, eorum ſnia valet, qui nullum certum tempus præfiniunt, & id iudicantis arbitrio committunt, vt declarat Menoch. de arbitr. iud. caſu 38 nu. 6. Si tñ aliquid certi ſtatuendum ſit, eorum ſniam iuri magis proximè accedere iudico, qui annorũ quadraginta curriculum exigunt, argumento ſumpto ex c. 5. de præben. lib. 6. vbi ſumm. Pontif. *Cùm de beneficio Eccleſiaſtico*, inquit, *conſueto clericis ſecularibus aſſignari, prouideri mandatur, de illo debet intelligi, quod tanto tempore ab vno, vel pluribus ſecularibus clericis inſtitutis in eo rectoribus extitit continuè ac pacificè gubernatum, vt præſcriptio legitima ſit completa.* Præſcriptio aũt legitima rerum Eccleſiaſticarum eſt quadraginta annorum, B c. De quarta. de Præſcript. d. Auth. Quas actiones. Et licet res in feudum præſcribatur annis triginta, vt habetur in c. 1. §. Si quis per triginta, ſi de feudo fuerit cõtrouerſ. tñ id locum habere intelligitur in priuatis, non autem in Eccleſia, pp iuris regulam generalem, in Eccleſia requirentem ſpatium annorũ quadraginta, vt declarat optimè Bald. de Pręſcript. 4. parte 4. partis princ. quæſt. 12. verſ. Primò. igitur quæro, nu. 4. & Zaſius parte 6 nu. 31.

Reliquæ aliæ opiniones nullo firmo nituntur fundamento. Prima enim fruſtrà requirit ſpatium tẽporis memoriam excedentis, cum ſufficiant quadraginta anni ad conſuetudinem & præſcriptionem inducendam.

Secunda opinio, non rectè moderatur tempus ad triginta annorum ſpatiũ, ex l. ſicut, quia maius tempus nimirum 40. annorum ad res Eccleſiarum præſcribendas conſtitutum eſt.

Tertia opinio non rectè docet in primo & ſecundo C membro, quia ſi modò res antiquitus conſueta ſit in feudum dari ab Eccleſiæ prælato, poterit Epiſcopus in feudum dare, vt in d. c. 1. de his qui feud. dare poſſ. vbi illud non diſcutitur, an Eccleſiæ ſit illa conceſſio vtilis vel damnoſa. Nec enim ſi minus expedierit Eccleſiæ, prælatus dabit rem ad ſe reuerſam in feudum, memor eius quod ſumm. Pontif. monet in d. c. 2. de feudis. *ſi videris expedire*, quare fruſtrà illius temporis, quod memoriam hominum excedat, in priori membro præſidium imploratur. In ſecundo autem membro, nec vlla temporis præſcriptio neceſſaria eſt, cùm in vtilitatem Eccleſiæ res cedat. arg. d. c. 2. de feudis, & dato quod neceſſaria eſſet, illa nõ trigennalis, ſed quadraginta annorum neceſſaria foret.

Quinta ſententia malo nititur fundamento in l. vlt. C. de emancip. liber. quia text. ille non loquitur de longa conſuetudine, circa res Eccleſiaſticas. Noſtra quæſtio de re Eccleſiaſtica, antiquitus in feudum dari ſolita, quare nihil obſtat.

D Sexta & ſeptima opinio fruſtrà requirit tempus memoriam hominum excedens. fruſtra diſtinguit, vbi lex nullam diſtinctionem requirit. Nam nil aliud lex requirit, quàm vt *conſuetudo antiquitus fuerit feudum dare*. d. c. 1. de his qui feud. dare pñt: Sicut aũt tpe quadragenario inducitur præſcriptio contra Eccleſiam, ita meritò conſuetudo induci poterit feudum dandi, ſi Eccleſiarũ prælati per annos quadraginta feudum dederint.

CAPVT LXVIII.

Quot requirantur actus, ad inducendam infeudandi conſuetudinem.



ALtera eſt controuerſia, quot requirantur actus ad conſuetudinem inducendam in propoſita quæſtione, vt Epiſcopus ſiue Prælatus Eccleſiæ rem in feudum dare poſſit. Binum actum requiri ac ſufficere authores ſunt multi, Zaſius de feudis parte

parte 5.nu. 52. Iacopinus in vers. In feudum. nu. 37. Afflictus in c. 1. nu. 17. de his qui feud. dare poss. Nullam verò legem habent hoc dicerem; Nam l. 3. C. de Episcop. aud. opponit quidem delictum semel commissum, consuetudini delinquendi, sed non docet consuetudinem ex bino actu generaliter induci. Obstarent enim fortasse leges, quæ frequentiam actuum requirunt l. 1. C. quæ sit longa Consuet. l. 3. C. de ædif. priua.

Alij igitur dixerunt, sufficere vnum actum solennem, videlicet rem in feudũ semel datam esse ab Ecclesiæ prælato solennibus adhibitis, ita Curtius iunior in 2. par. feudor. q. 3. Ludolphus Schraderus de feudis, part. 4. c. 2 nu. 25. Fundamentum est in c. 2. de feudis, vbi summus Pontifex Episcopo licere scribit, rem ad Ecclesiam reuersam, alij in feudum dare: Non requirit summus Pontifex moltos actus, sed vnum tantùm, qui solennis præsumitur. Quod si non constet, vtrum prima concessio in feudum ab Ecclesia facta fuerit solenniter; tunc nihilominus consuetudinem ad hũc effectum induci Ludolphus scribit, si lapsi fuerint anni quadraginta: quia ex huius temporis longissimi lapsu, solennia iuris præsumenda sunt.

Cæterùm, Iacobus Menochius de arbitr. iud. casu 81. nu. 5. non putat vnum actum sufficere, quãtumuis solennem, quia tex. in c. 2. de feudis, etsi nihil de actuum pluralitate dicat, non concludit tamen vnum sufficere: Existimat ergo totum hoc arbitrio iudicis esse relinquendũ.

Ego in hac quæstione sic statuo. Quandoquidem iure definita non est, iudicis arbitrio committendam esse arg. l. 1. C. quæ sit longa consuet. ibi. *Præses prouinciæ probatis ys, quæ in oppido frequenter in eodem controuersiarum genere seruata sunt, causa cognita statuet.* Sed si semel fuerit in feudum res data solenniter, non video cur Prælatus Ecclesiæ non possit rem ad Ecclesiam reuersam in feudum rursus dare, si viderit expedire, vt loquitur summus Pontifex in d. c. 2. de feud. Etsi enim non declaret ibi Pontifex maximus, vnum actum solennem sufficere; id tamen ipsius menti valde cõgruit, & iuris cõsonat rationi, quia cùm solennitates iuris in ea concessione semel adhibitæ sunt, ex eo manifestum est, & vtilem Ecclesiæ fuisse & necessariã: Quare si iterum expediat, nil proponi video, cur Prælatus nequeat eam rem in feudum concedere.

Si verò non constet primum actum solennem fuisse, non parum momenti habebit tempus longissimum, cum eo coniunctũ 40. annorum: licet non negauerim ex iteratione rem clariorem reddi.

CAPVT LXIX.

Princeps castrum cum iurisdictione in feudum concedens, an videatur etiam cum mero & mixto imperio concedere.

Grauis est controuersia inter doctores, vtrum si castrum cum iurisdictione in feudum à Principe concedatur, etiam merum & mixtum imperium concessum videatur. Aliqui affirmãt: Aliqui negant. Alij alijs atque alijs distinctionibus vtuntur. Vide Io. Andr. ad specul. tit. de Iurisd. om. iud. Oldradum cons. 252. Castrens. cons. 187. nu. 4. lib. 2. Alex. cons. 35. lib. 4. Parisium cons. 8. nu 5. & cons. 9. nume. 14. lib. 1. Felynum & Alciat in c. Quod sedẽ. nu. 27. de off. ord. Iasonem, Cagnolũ, Decium, Curtium iuniorem, Longouallium & alios ad l. Imperium. ff. de iurisd. om. iud Couuar. practic. quæst. c. 1. nu. 10. Menochiũ de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 97. nu. 15. & seq. Rolan. cons 42. 48. lib. 2.

Ego ne diu suspensum teneam lectorẽ in hac facti specie, merum & mixtum Imperium in vasallum trãsire nõ dubito: Fundamentum meum est, quia beneficium principis latissimè interpretandum est. l. penul. ff. de constit. princip. Sed iurisdictio latissimè sumpta, comprehendit etiam merum & mixtum Imperiũ, Ergo merum & mixtum Imperium, cõcessa iurisdictione, videtur cõcessum.

Assumptio probatur ex l. 1. ff. de off. eius cui mand. est A iurisd. ibi. *Iurisdictionem suam mand.* Illa enim verba de mero imperio accipienda sunt, & in §. Iusiurandum. in Authen. de defensoribus ciuit. ibi. *Præter illa sola quæ iurisdictione egent, & ex ipsa iudicum authoritate pendent.* Vbi Glos. *Iurisdictione,* inquit, *scilicet maiori, vt merum imperium vel mixtum.*

Primum argumentũ cõtrariæ sententię est ex l. 1. ff. de off. eius. l. Solet. ff. de off. procõs. & leg. l. Nemo potest gladij. de reg. iur. cũ similibus, quibus declaratur merum imperium delegari non posse: Rñdeo, eas leges loqui de magistratibus, non autẽ de Principe, quem certũ est caulas meri imperij delegare posse: magistratus autem non possunt, quibus specialiter legibus, vel senatusconsultis, vel Principum constitutionibus demandatur, vt in d. l. 1.

Secũdum argumentũ est ex l. Si in aliquam. 7. ff. de offic. proconf. & leg. *Cùm plenissimam autem iurisdictionem proconsul habeat, omniũ partes, qui Romæ quasi magistratus, vel extra ordinem ius dicunt, ad ipsum pertinent.* Ergo B aliter dicendum vr̃, si non plenissima iurisdictio sit concessa. Respondeo, negando consequentiam: Etsi enim plenissima iurisdictio plus contineat, & vbi illa conceditur, res sit magis perspicua, nihil tñ prohibet, quominus idẽ respondẽdum sit, vbi iurisdictio conceditur simpliciter.

Tertium argumentũ sumi potest ex l. vlt. ff. de off. eius cui mand. est iurisd. *Mandata iurisdictione priuato, etiam imperium, quod non est merum, videtur mandari, &c.* Respondeo, nõ loqui de iurisdictione à Principe mãdata, quia illa cùm latissimè interpretanda sit, etiã merum imperiũ continebit: vt scilicet in eum sit translatum, cui iurisdictio concessa est, non etiam vt ipse delegare alteri queat.

Quartum argumẽtum, merum imperium est ex regalib. c. 1. Quæ sint regaliæ ibi. *Mulctarum pœnarumq; compendia,* Ergo in vasallum non transit, nisi nominatim sit erit concessum. arg. c. Quod sedẽ de offic. leg. Respondeo, hic nominatum cõcessum videri, cùm iurisdictio sit concessa, vt patet ex d. c. 1. ibi. *Potestas creandorum magistra-* C *tuum, ad iustitiam expediendam,* ponitur inter regalia. Iurisdictionem autem habens, videtur in consequentiam habere potestatem cõstituendorum magistratuum. l. Imperium. in fine. ff. de iurisdict. om. iud.

CAPVT LXX.

Si vasallus de castro inuestitus sit à Principe, cum iurisdictione meroq; & mixto imperio, an habeat ius confiscandi, id est, compendium & emolumentum pœnæ confiscationis?

Castro in feudum dato, cum iurisdictione meroq; & mixto imperio, etiam ius confiscandi concessum videri plurimi quidem affirmant, sed nulli rectè probãt. Affirmant enim Iacopin. in vers. Cũ mero & mixto Imperio, nu. 8 9. Egidius D Bossius tit. de regalijs, nu. 15. Guido Papæ decis. 76. Brunus cons. 31. in 2. Natta cons. 240 nu. 5. Roland. à Valle, cõs. 78. lib. 2. Martinus Garatus Laudẽsis cõs. 37. & ibi latè in additionibus: nouissimè alios citãs M. Ant. Peregrinus de iure fisci, lib. 1. tit. de his q habẽt iura fiscalia, n. 89. cũ seq. Ludolph. Schrader. de feud. sectione 3. p. 10. n. 92.

Probare autem id conantur duobus potissimùm argumentis. Primũ est, quia merum imperiũ latè patet ex sententia Bartoli & aliorum, in l. Imperium. ff. de iurisd. om. iud. Nam aliquot gradus ij constituunt, & docent confiscationes ad primum eius gradum pertinere: Ergo vasallus, qui merum & mixtum imperium habet, ius confiscandi habere videtur, tanquam pertinens ad merum imperium, & præcipua illius pars atque potestas.

Alterum est argumentum, quoniam vasallus ita de castro inuestitus consequi debet emolumẽta omnia, & fructus qui ex castro & ex iurisdictione, ac mero mixtoque imperio percipi possunt. Habet enim vtile dominiũ feudi.

di. Pœnæ autem, mulctæ, cõfiscationes, videntur esse fructus, qui ex iurisdictione & Imperio proficiscuntur: Ergo ad ipsum vasallum pertinere videntur.

Sed quod attinet ad primum argumentum, illud solidum ac firmum esset, si constaret confiscandi ius ita pertinere ad merum imperium, vt omnis qui merum imperium habet, ius cõfiscandi habere diceretur: quasi ius confiscandi mero imperio annexum sit, vel pars eius siue gradus dici possit. Sed non est ita: quia ius confiscandi est vnum ex regalibus & iuribus fiscalibus, quæ Principi reseruata sunt; & ideo non transit in vasallum, nisi specialiter ei concedatur. argum c. Quod sedem. de off. legati.

Et hic est error, mea sententia, cõfundere iura fiscalia, quæ & regalia siue regaliæ dicuntur, cum mero imperio: cùm hæc soli Principi competant, illud autem etiam magistratibus comperat: Hinc manifestum est, magistratus merum imperium habere, non tamen ius confiscandi, hoc est, sibi attribuendi bona confiscata, vt post Cumanum declarat Bossius, & nemo dubitat, in tit. de regalijs, nu. 15. Ergo & in vasallis idem responderi potest, nisi doceant sibi fiscalia concessa fuisse.

Nec ridiculum est (quicquid contra existimet Bossius loco annotato) affirmare, vasallum exercitium habere iurisdictionis, metique & mixti imperij, veruntamen pœnas & confiscationes non habere: licet enim inuestitura illum cõstituat procuratorem in rem suam, vt ipse loquitur, non tamen ei tribuit fiscalia iura. Quare tanquam vasallus ac iure proprio iurisdictionẽ exercebit, non etiam regalia iura sibi vendicabit.

At inquit Rolandus à Valle, d. cons. 78. nu. 9. Concesso mero imperio, videtur etiam concessa bonorum publicatio. arg. l. 2. C. de bonis vacan lib. 10.

Sed nullũ præstat argm̃ illa lex. Imperator Constant. *Si quãdo annotationes nostræ cõtineãt possessionẽ siue domũ, quam donauerimus integro statu donatam, hoc verbo ea vis continebitur, quã antè conscribebamus cũ adiacentibus, & mãcipijs, & pecoribus, & fructibus, & omni iure suo, vt ea q̃ ad instructum possessionis vel domus pertinent, tradẽda sint.* Quid hæc quæso cum re nostra?

Suodit idẽ Rolãdus, *vasallus æquiparatur habẽti iurisdictionẽ ĩ dominio & administratione, c. 1. §. Si ministrales. de pace tenẽda. Sed trãslato mero imperio, ĩ administratione intelligitur etiã translata confiscatio. l. 1. C. ne sine iussu, &c.*

Si ministeriales, inquit tex. *alicuius domini inter se guerram habuerint, comes siue iudex in cuius regimine eam fecerint per leges & iudicia ex ratione persequatur.* Quid hæc ad Rhombum?

Imperator Theodos. *Nulli iudicum liceat (exceptis ijs qui in summa administrationis positi sunt potestate) proscriptionis tempestate totius substantiæ aliquem percellere, nisi ad nostras aures hoc ipsum referatur.* Hic nullum verbum video pro argumento Rolandi.

Sed is ita pergit, *quia castrum est donatarij, Ergo & emolumentum confiscationis, quod ex eo procedit. l. Solum. §. Meum. ff. de rei vend. Et quia sibi data est potestas in personis, fortius in rebus. l. 2. §. 2. C. de agentib. in reb lib. 12.*

Ad primum, nego consequentiam, & ratio negationis est, quia vasallus habet quidem vtile dominium castri, merum mixtumque imperium, sed non habet regalia & fiscalia iura: illa enim Principi reseruata esse videntur, nisi in vasallum nominatim transferantur, quia pertinent ad Principem, nec sunt annexa mero imperio.

Ad secundum, iterum consequentiam nego, ratio negationis est, quia potestas animaduertendi in facinorosos mero imperio continetur. l. Imperium. ff. de Iurisd. Potestas verò confiscandi non continetur, quia pertinet ad principem. Vasallus quidem pœnam confiscationis statuere potest, cùm punire delinquentes possit, non autem sibi bona confiscata applicare, eaque occupare: quia compendia confiscationum, inter regalia numerantur.

Illa verò lex malè citatur à Rolãdo: Voluit citare. l. 4. Vbi Imperator Zeno. *Absurdũ est enim*, inquit, *vt in eius* A *salutem vel existimationem valeat quisquam proferre sententiam, cuius de nulla re possit pecuniaria iudicare.* Hoc argumentum ~vasallo in quæstione nostra obijci non potest, quia & de re pecuniaria, & de pęna sanguinis & confiscationis iudicare poterit, sed non sibi poterit pœnam, fiscalia iura non habens, arrogare.

Alterũ argm̃ est, q̃d pœnæ & confiscationes bonorũ fructus sint iurisdõnis. Rñdeo, hãc ꝓpositionẽ esse Bart. in l. vlt. ff. sol. matr. & multorũ aliorũ, quos Tiraquel. cõmemorat de retractu cõuentionali §. 5. Glos. 4. nu. 21. sed absolutè verã non esse, nulla lege, nulla rõne probari, q̃a cõfiscationis pęnã, et alias pęnas irrogat quidẽ is, qui merum habet imperiũ, sed eius compendia & emolumenta ad Principem spectant, quia sunt regalia & Principi reseruata, vt in d. cap. 1. quæ sint regaliæ Ergo ad alios non spectant, ijs exceptis, quibus ipse specialiter concesserit.

Contrariam igitur sententiam, quam post alios, quos adducit (licet pauci eorum fideliter citentur) secutus est B Afflictus in d. c. 1. vers. Condemnatorum. nu. 39. quę sint regalia, & ipse amplector, eo argumento vsus, quod iura fiscalia distinguenda sint à iurisdictione, & mero imperio, non autem ita temerè, & absque vlla veterum legum authoritate consundenda. Si quis verò communem sententiam, vsu fortè receptam sequi maluerit, lata erit via, vt verbis vtar Phocylidis apud Plutarchum.

CAPVT LXXI.

Quando res Ecclesiastica in feudum dari solita, efficiatur de mensa Ecclesiæ, & proinde non possit amplius infeudari, nisi solennibus adhibitis.

SEd rursus cõtrouertitur, si res ecclesiastica in feudum dari solita sit, & ad Ecclesiam reuertatur, quid requiratur, vt de mẽsa Ecclesiæ efficiatur, vt proinde in feudũ amplius dari nõ pos- C sit. Hanc quęstionem latè Curtius iunior exequitur de feudis, p. 2. q. 5. & latiùs diligentiusq; Menoch. de arbit. iudicum, casu 433. & in cons. 79. lib. 1. & de præsumpt. lib. 6. Præsumpt. 87. Zasius p. 5. nu. 49. Ludolphus Schraderus part. 4 cap. 2. nu. 24. Intellexi ex his communẽ esse sententiam ex tacita vel expressa declaratione prælati rẽ censeri applicatam mensæ Ecclesiæ, ex doctrina Bart. in l. vlt. C. de bonis vacantib. lib. 10. Sed cõtrarium docuisse Io. Immolensem in c. Vt super. post nu. 7. de reb. eccl. non aliena. eo argumento, quod non sit in potestate Prælati mutare statum rei Ecclesiasticæ: cui argumento satisfactum hactenus non est, licet non negauerim, textũ, quem citat Immolensis, ad rem non pertinere, in c. Cùm de beneficio. de præben. lib. 6.

Res, mea sñia, sic se hẽt. Ex l. vlt. C. de bonis vacãnib. lib. 10. in qua fundm̃ habeat Bart. sñia, vnum illud colligi potest, quo pacto res applicari mensæ Episcopi possit, quia formam illa lex continet, qua res fisco applicentur. D & l. 3. eod. tit. Cæterùm, an Prælatus possit ita declarando efficere, vt res mutet statum suum, nec amplius in feudum dari possit, non rectè quis dixerit, illis legibus declarari aut colligi posse. Non rectè etiam adfertur pro eadem sextentia text. in d cap. Vt super. de reb. eccles. non alien. quia summus Pontifex non declarat ibi, an res effecta sit de mensa, sed ait; *Siue intelligantur de mensa, siue non, vt non alienentur, consultius existimamus.*

Non puto Ep̃i declarationẽ tacitã vel expressam impedire, ne res in feudum dari possit, ſm̃ antiquam cõsuetudinẽ, si Prælatus viderit expedire, vt loquit̃ tex. in c. 2. de feud. *Quia nemo põt sibi eã legem imponere, vt à priore voluntate ei recedere nõ liceat.* l. Si q̃s in princ. de leg. 3. Et multò minus successori suo legẽ eiusmodi p̃t imponere. arg. c. Innot. de elect. ibi: *Qui successoribus suis nullum potuit in hac parte præiudicium generare pari post eum, imò eadẽ potestate functuris, cùm non habeat imperium par in parem, &c.* & Gloss. ibi adducit concordantes textus.

Quid

Quid ergo? Nihil est tam naturale, ꝙ vnumquodque solui eo vinculo quo ligatũ est. l. Nihil tam naturale. de reg. iur. c. 1. eod. tit. Cùm itaque Ecclesiæ consuetudo est in feudum dandi res aliquas, contraria consuetudine ad eam tollendam opus erit, quæ requirit longum tempus, nec sufficit semel vel bis contrarium actum esse. Et hoc est, quod dicitur: *Temporaria permutatio ius prouinciæ nõ innouat.* l. Nemo. 164. §. Temporaria, de reg. iur. Et ita doctores tradunt. Consuetudinem tolli eo modo quo inducta fuit, nimirum per contrariam consuetudinem. Vide Decium & Cagnol. in d. §. Temporaria. Quare in proposita quæstione sic concludo, rem in feudum antiquitus dari solitã, ad Ecclesiam reuersam, tunc censeri de mensa Ecclesiæ effectam, ad hunc effectum, vt deinceps dari non possit, nisi solennibus adhibitis; cùm per contrariã consuetudinem in feudum dari desierit, & solita longo tempore fuerit à Prælato retineri.

CAPVT LXXII.

Vtrum Prælatus Ecclesiæ laicis in feudum concedere possit decimas ad Ecclesiam reuersas, ante Concilium Lateranẽse concedi solitas?

VEra & cõis sñia est, non licere Epõ laicis in feudum concedere decimas ad Ecclesiam reuersas, ante Concilium Lateranense solitas cõcedi, quia Cõcilij Lateranensis prohibitio gñalis est, ne laicis decimæ cõcedantur. c. Prohibemus c. Quamuis. de decimis. c. Ad Ap̃lica. de his ꝙ fiunt à Prælatis sine consensu Capituli. c. 2. §. Sanè. de decim. lib. 6. & alibi. Ita docuerũt Io. Andr. in d. c. Prohibemus, & ibidẽ quoq; Panorm. Calderin. cons. 1. tit. de feudis. Curtius iunior de feudis, par. 2. q. 8. Zasius de feudis, par. 3. nu. 25. Couuar. lib. 1. variar. resol. cap. 17. num. 5. vers. Præter hæc alios citat Menochius de Præsumpt. lib. 6. Præsumpt. 86. post num. 3.

Cõtrariũ docuit Cardinalis Florent. in c. 2. de feudis, Gloss. in c. Prohibemus, & alij quos commemorant Curtius iunior, Couuar. & Menoch. locis proximè citatis.

Fundamentum est in c. 2. de feudis, vbi res ad Ecclesiam reuersa potest in feudum dari. Respondetur, excipiendas esse decimas: quia decimæ specialiter in feudum prohibentur dari post Concilium Lateranense.

Secundò, quia Lateranense Concilium prohibet decimas laicis dari in feudum de nouo, antea enim concessas non aufert. Non videntur aũt nouiter dari decimæ, quæ olim datæ sunt ante Concilium Lateranense, sed potius continuari. Respondetur, cùm decimę proponantur ad Ecclesiam reuersæ, & consequenter Prælatus eas retinere possit, & nemini dare; si alijs dederit, noua potius concessio videri potest, quàm antiqua. Argumentum autem procedit, cùm dantur decimæ alijs successoribus eorum, quibus competebant, ante Concilium Lateranense, ibi continuatio est: in hac nostra facti specie noua, eaque voluntaria concessio, ideo irritanda ac reprobanda, quæ reprobatur & prohibetur Concilio supradicto.

CAPVT LXXIII.

Feudo ad dominum reuerso propter lineam finitam, vtrum dominus teneatur proximioribus agnatis illud concedere.

DOminum teneri proximioribus agnatis feudum ad se reuersum ob lineam finitam ex æquitate concedere, non pauci, neq; obscuri nominis dixerunt. Vide Clarum, §. Feudum. q. 87. D. meum Cephalum cons. 173. num. 18. & 197. num. 19. lib. 2. Andr. Geyll. lib. 2. obseru. 148. Argumenta huius sententiæ eadem sunt, quæ retuli ac refutaui de emphyteusi loquens, lib. 1. Cõtrouersia-

A rum iuris, cap. C. Ea igitur huc adferre supersedeo; Illud monens, me contrariam sententiam sequi, quam & multi habuerunt apud Andr. Geyll. loco annot. commemorati, & fundamentum meum est, quoniam nullus textus proferri potest pro contrariæ sententiæ confirmatione. Nulla iuris ratio illi suffragatur, imò refragatur multum. Nam dñs quisquis est rei suæ, moderator & arbiter. Nemo tenetur beneficium alteri conferre: Nemo conijcere se in aliquam obligationem & contractum. Nemo cogitur rem suam vẽdere, multò minus donare vel gratis conferre. Res est satis perspicua.

Authoritas Doctorum multum valet, sed non contra iuris rationem: Et iam studium nostrum est, iuris fontes inquirere, non opinionum riuulos sectari: ex legum fundamentis, non ex authorum numero controuersias definire ac explicare.

CAPVT LXXIIII.

B

Feudum dare, an cuilibet rerum suarum domino sit permissum?

NOn tam discenda, quàm non est omittenda cõtrouersia illa, an quilibet, etiã rusticus res suas in feudum dare possit. Affirmat enim Baldus in c. 1. in verbo Marchio, post nu. 8. de his qui feud. dare possint. Zasius de feudis, par. 5. nu. 31. Schraderus par. 4. c. 1. num. 57. Ab ijs non ausus est recedere Curtius iunior de feudis, par. 2. q. 4. licet contrariam sententiam iuri magis consonam cognouerit, quàm antiquorũ aliqui secuti fuere. Ego verò ausim eam sequi: Hoc enim mihi in his controuersijs tractandis propositum est, vt iuri magis consentaneas sentẽtias amplectar. Alioqui frustrà differimr, frustrà in quæstionem hæc vocantur.

Fundamentum est in eo satis firmum, quod si omnes etiam ignobiles & rustici possent res in feudum dare, nõ
C ita diligenter tractandum fuerat, de his qui feudum dare possunt, in cap. 1. de his qui feud. dare possunt. Inter quos præter ecclesiasticas personas, Marchiones, Comites, Regni valuasores, siue Capitanei numerãtur. Sed & minimi valuasores, qui videlicet ab istis feuda accipiũt, dare possunt, vt in c. 1. de Natura feudi. Rusticis autem & omnibus alijs priuatis hominibus, indifferenter idem ius competere non inuenio, nisi quis proponat minimos valuasores, quos diximus feuda dare posse, rusticos esse.

Fundamentum autem communis sententiæ positum est in c. 1. Per quos fiat inuestitura. Ait textus: *Nam verò inuestitura feudi non ab alio rectè fit, nisi ab eo qui legitimè suorum bonorum administrationem habet.*

Concedo hoc requiri, vt qui feudum dare vult, legitimam bonorum suorum administrationem habeat, non enim minor 25. annis posset dare, vel similes, sed non inde efficitur, omnes qui legitimè bonorum suorum administrationem habent, feudum dare posse: Potest enim
D aliunde impedimentum esse, nimirum si is, qui dare feudum velit, habilis non sit, ac idoneus ad dandum.

CAPVT LXXV.

Filiorum appellatione in feudis, an contineantur nepotes?

COntrouersia est, Cuidam feudum cõcessum est pro se & filijs suis, vtrum etiam nepotib. videatur concessum? Negant Salicet. in l. 2. C. de iure emphyt. 21. q. & Io. Imolensis ad l. Quod dicitur. ff. de verb. obl. quos refert & sequitur Alex. in cons. 204. nu. 7. & 8. lib. 2. alios citat Gabrielius lib. 6. tit. de verb. sig. concl. 1. nu. 17.

Fundamentũ est, quia in contractibus verba sunt propriè accipienda. l. Ex ea. §. In Insulam. l. Quicquid adstringendæ. ff. de verb. oblig. sed propriè nepotes differunt à

filijs

filijs. Aliter enim filij,aliter nepotes appellantur.6.ff.de A
tertam.tutela.

Contrarium docent alij Doctores communiter. Vide Curtium iuniorem de feudis, par.2. poſt 7.q. verſ.Circa hanc materiam,Gabrielium loco annotato,nu.16.Hipp. Riminal.conſ.18.nu.45.& 38.nu.5.lib.1. & hãc ſequor: & omiſſis friuolis argumentis, moueor ex l. penul.ff.de conſtit.Princip.vbi dicitur, beneficia quàm latiſſimè interpretanda eſſe: ſed feudum eſt beneficium.c.1.§.vlt.in quib.cauſ.feud.amittatur,vbi ponitur definitio feudi, & dicitur eſſe beneficium, &c. Ergo latiſſimè interpretari debet.Hæc eſt autem iuſta interpretatio,vt filiorum appellatione nepotes contineantur. l. Iuſta. l. Filij appellatione.l.Liberorum. ff. de verb.ſig. vbi Calliſtratus: *Neque enim dulciore nomine poſſumus nepotes noſtros,quàm filij appellare,&c.*

Ad argumentum contrariæ ſententiæ reſponderi poteſt, negando feudum eſſe contractum: etſi enim multi id affirment,pauci tamen,imò nulli probãt, vt ſuprà diſ- B
ſerui,c.1.Decepti fortè eam ob cauſam, quod feudum licet beneficium ſit, videtur tamen quandam ſpeciem contractus continere,propter obligationem vaſalli & domini; Non rectè, quia hæc ſunt à contractibus diſtinguenda: ſicut & non rectè inter contractus quandoque donatio numeratur: Si enim vim obligationis reſpiciamus, etiã beneficia,priuilegia, mandata Principum,gratiæque inter contractus referenda ſunt, quia obligãt:Debet ſpectari id quod eſt præcipuũ in actu, & ex eo denominatio ſumi.Eſt autẽ in feudis,in donationibus & ſimilibus præcipua liberalitas,gratia,beneficẽtia:Igitur hæc ſpectanda ſunt, non id quod exigitur ab eo,in quem confertur.

CAPVT LXXVI.

Vtrum in feudis poſſit alter alteri ſtipulari?

Ideo etiam controuerſiam inter Doctores eſſe, C
vtrum in feudis poſſit alter alteri ſtipulari. Etenim communior ſentẽtia docet, poſſe fratrem fratri ſuo ſtipulari, authoritate tex. in c.1.§.Et quia vidimus. de his qui feud. dare poſſ. & in c.1.de benef.fratris,in c.1.de duob.fratrib. de nouo benef.inueſti. c.de duob. fratrib. à capitaneo inueſti.in cap 2. de feudo Marchiæ, in c.1.§.vlt.de ſucceſſ.feud. Ita docent Baldus & Salicetus ad l. vlt.C.res inter alios actas, & multi alij, quos refert Antonius Gabrielius lib.3.commu.concl.tit. de verb.obl.concl.1.nu.22.

Sed contrariũ Iaſon docuit in l.Si mihi & Titio.nu.3. de verb.obl.Curtius iunior in tract. feud.par.2.§.Secũda cadit.alios citat Antonius Gabrielius loco proximè citato. quorum fundamentum eſt, quia nullo textu feudali contraria ſententia comprobetur, & iuris regula ſit, neminem alteri ſtipulari poſſe. l.Stipulatio iſta. §. Alteri.ff. de verb.obl. Iuris autem communis regula etiam in feudis obſeruari debet,quoties diuerſum iure feudali conſti- D
tutum non eſt.c.1.de feudi cognit.

Ad textus pro cõmuni allegatos reſpondent,non ſatis probare,quia non dicũt fratrem fratri ſuo feudum ſtipulari poſſe: ſed fratrem fratri in feudo ſuccedere ex pacto inueſtituræ, cùm ſcilicet dominus feudum ſub ea conditione ac forma conceſſit; quare id nõ procedere aiunt ex fratris ſtipulatione, ſed ex dñi conceſſione ac ordinatione; Oẽs enim fratres præſentes erant in caſibus, de quibus loquuntur dicti textus, nec vnus alteri ſtipulatus eſt.

Ego puto, hanc controuerſiam ſedari poſſe & cõponi hac adhibita diſtinctione: Aut quæritur,an frater fratri ſuo ſtipulari poſſit purè ac ſimpliciter,& non poteſt propter iuris regulam, quæ docet, alteri neminem poſſe ſtipulari, quam in feudis ſublatam eſſe non conſtat: Nec enim eam ceſſare in feudis demonſtrant teſtimonia pro communiori ſententia relata. Aut quæſtio eſt, an poſſit frater ita paciſci cum domino in fauorem fratris ſui, atque adeò fratri ſuo ſtipulari, vt poſt mortem ſuam frater ſuccedat in feudo, & puto nihil proponi, cur nõ poſſit.Id enim manifeſtè probat text.in cap.1.de benef. fratris,&c.illis verbis: *Frater nõ ſuccedat fratri, ſed dominus habeat, niſi per inueſtituram à domino ordinatum fuerit, vt frater ſuccedat fratri, ſi mortuus fuerit ſine hærede maſculo, vel ſuccedat frater fratri morienti ſine filio,&c.*

Nec dici poteſt, textum loqui quando fratribus feudũ eſt conceſſum præſentibus & ſtipulantibus, quia ſubijcit text. alios caſus, in quibus frater ſuccedit fratri,& inter alios illum caſum, quãdo feudum vtriuſque nomine acquiſitum eſt: ex quo ſumitur argumentum, ſuperiora verba pertinere etiam ad illum caſum,quo frater ita feudum acquiſiuit, vt poſt mortem ſuam frater ſuccederet.

Confirmatur hæc ſententia, quia valet conceſſio feudi alicui facta per ſe, & quibus dederit c.1.de feudo non habente propriã naturã feudi. Ergo multò magis valere dẽt, eo modo facta,vt poſt mortẽ fratris frater ſuccedat.

Et licet negari nõ poſſit, quin fratri poſt mortem fratris,ius acquiratur ex domini conceſſione, & ordinatione,id tamen non impedit, quo minus etiã acquiri ex fratris ſtipulatione videatur. Concurrit enim in commodũ fratris ſtipulatio & domini conceſſio, & quamuis ex ſola dñi voluntate ius fratri acquiri poſt mortẽ fratris poſſit,ſi videlicet ita feudum concederet alicui,vt in eo ſuccederet frater, non tamen aliter eſt reſpondendũ, cùm etiam frater ita conſentit,& paciſcitur,vt velit poſt mortem ſuam fratri quoque ſuo proſpectum eſſe.

Denique poteſt hæc ſententia confirmari ex l. Publica.ff.depoſiti.ibi: *Cæterùm.ſi aliquid mihi humanum contigerit,filio meo,quem ex altero marito meo ſuſcepi,* ſcilicet reſtitues,& ex l.3.C.de donat.quæ ſub modo.

CAPVT LXXVII.

Vtrum pater vſumfructum bonorum feudalium filij, quem in poteſtate habet, ſibi vendicare poſſit.

Tiam bonorum feudalium vſumfructũ, filij in poteſtate exiſtentis, ad patrẽ ſpectare docet Bald.ad l.Cùm oportet.C.de bonis,quæ liberis.Curtius iun. de feud. p.3.§.Expedito.poſt num.46. D.Fridericus Schenck.de feud.par.7.nu.8. Quorũ illud eſt fundm̃, quia in cæteris bonis aduentitijs ita iure cõſtitutũ eſt,vt pr̃ vſumfructũ, filius habeat proprietatẽ.l.1. C. de bonis mater.d.l.Cùm oportet.C.de bonis q̃ lib.Idem igit̃ & in feudis recipiendum; qm̃ ẽt in feudis iure cõi vtimur: præterquã in illis caſibus,in quibus aliter feudali iure cõſtitutum eſt.Nullibi verò conſtitutum eſt contrarium, nimirum vſumfructum bonorum feudalium patri non deberi.

Huc accedat, quod fructus à ſolo ſeparati allodiales ſunt, non autem feudales,ita probat tex.in c.1.An agnatus vel filius,&c.ibi: *Sed in fructibus, ſi quos reliquit,&c.* Ergo idem eſt de illis ſtatuendum, quod de rebus allodialibus,in quibus, vt dictum eſt, abſque controuerſia pater vſumfructum habet regulariter.

Sed contrariũ docuerunt Bald. in c. Si duo. de duob. fratrib.de nouo benef.inueſt. & ibid.Martinus Laudenſis & Præpoſitus, nec non Afflictus num.16. Iſernia in c.1.Qui feud.dare poſſ.Idem Afflict.in c.1.de alien.feudi pater. Roland. à Valle in conſ.71.nu.65.lib.2. Ludolphus Schraderus de feudis, par.7.cap.6.nu.6.Borgninus Caualcanus de vſuſructu mulieris relicto. poſt num.79. verſ.Hinc eſt,quod pater,&c. & iſti alios citant, ex quibus colligitur, hanc eſſe communiorem ſententiam.

Primũ argm̃ eſt, qa feudum vr̃ eſſe quædã ſpecies ſeruitutis. Quamobrem, ſi patri vſusfructus acquireret̃,ſeruitus ſeruitutis cõſtitueret̃ contra.l.1.ff.de vſufr. legato.

Scdm argm̃ eſt, qm̃ pater filio non ſuccedit in feudo. c.1.de ſucceſſ.feudi. Ergo nec vſumfructũ habet.ex reg. l.Quæ legata.de reg.iur. *Quæ legata mortuis nobis ad hæredita-*

reditatem nostram transeunt, eorum commodum per nos ijs, in quorum potestate sumus, eodem casu acquirimus, &c.

Tertium argumẽtum est, quia feudum datur ad hoc, vt vasallus fideliter domino seruiat, c. 1. in fine, in quibus causis feudum amittatur, Ergo vsusfructus apud ipsum vasallum manere debet; non autẽ patri acquiri, qui nullum præstare seruitium tenetur.

Hæc profectò non est parui momenti difficultas, ego sic statuo, si feudũ à Principe donatũ sit filiofam. nullum dubium esse, quin pater ab vsufructu arceatur, ex l. Cùm multa. C. de bonis quæ liberis, & idem prorsus qñ feudũ ex castrensi, vel quasi castrensi peculio procedit: quia in his filiusfam. pro patrefamiliàs habetur, & nihil patri acquiritur d. l. Cùm oportet. Cæterùm, in alijs casibus non parũ sollicitus sum, quomodo communis sententia rectè defendi possit, quia *feudum est beneficium, quod ex beneuolentia ita datur alicui, vt proprietas quidem, &c. penes dantem remaneat, vsusfructus verò illius rei ad accipientẽ transeat, &c.* Sed si vsusfructus filiofam. relinquatur, certũ est patri adquiri, §. vlt. C. de vsufr. Cur igitur non acquiratur & feudi cõmoditas atq; adeò vsusfructus? Tandem quia vrgent argumẽta cõmunioris sententiæ, ego sic cõcludo, non acquiri vsumfructũ feudi patri, si non cõmodè vasallus posset dño inseruire, carẽs eiusmodi cõmoditate vsusfructus: Verùm si posset, nihil proponi video, cur ius patriæ potestatis suum effectum sortiri nõ debeat, etiam in feudis. Nam quod dicitur, seruitutis seruitutem non esse, aliter accipiendum est, & quod attinet ad vsumfructum, iam constat ex d. l. vlt. C. de vsufr illud axioma non rectè applicari, siquidem filiofam. relictus vsusfructus acquiratur patri. Feudum verò quid aliud tribuit vasallo, quàm vsumfructum proprietate penes dominum manente? vt in d. c. 1 ad finem, in quib. caus. feud. amittatur.

Quod verò attinet ad reg. l. Quæ legata. de reg. iur. illa nihil facit ad rem nostram, non enim hũc habet sensum, vt in illis bonis, in quibus pater filio non succedit, nec ẽt vsumfructũ habere possit, sed hic est sensus, legata pura, vel in diẽ certum, quia ad hæredem trãsmittuntur, patri etiam eorum commodum acquiri. Cæterùm, legata conditionalia, quia ad hæredẽ non transmittuntur, patri non acquiri, sed ipsi seruo, si tempore purificatæ conditionis iuris sui fuerit. *Aliter*, inquit tex. *atque cùm stipulati sumus: Nam & sub conditione stipulantes omnino eis acquirimus, etiamsi libertate nobis præstita à dominis conditio extat.* Non igitur ad rem nostram pertinet, præsertim cùm non versemur in legatis, sed potius in stipulationibus.

Ad postremum argumentum quod attinet, illud nihil obest sententię nostræ. Iam enim diximus, si grauetur in ea re filiusfam. vt non possit commodè seruire domino, secundum feudi leges & conditiones, non debere vsufructu carere. quia hoc tacitè, vel inter partes actum vr, vel vt actũ fuisse intelligatur, æquũ profectò mihi videtur; nec dantis & accipientis feudum intentio defraudetur.

CAPVT LXXVIII.

An in dotem feudum dari possit, sine consensu domini?

DE duobus video inter omnes conuenire, & de tribus controuersiã esse. Primò conuenit, feudum à patre nomine filiæ, vel ab alio in feudũ dari non posse: sic enim expressè constitutum est in c. 1. §. Donare. qualiter olim feudum poterat alien. *Donare autẽ, aut iudicare pro anima, aut in dotem pro filia dare nullius curia poterat consuetudine, &c.* Secundò, inter oẽs cõstat, filiã posse feudum inæstimatum, & sine pacto de lucrando viro suo in feudũ dare pro tempore vitę suę, ex c. 1. de inuestitura, quã Titius accepit à Sẽpronio, ibi. *Ipsa à domino inuestita fuit, & feudũ in dotem dedit, quæritur si ad maritum successio feudi pertineat, responsum est, nõ pertinere.* Et ex c. 1. de eo q sibi & hęredib. suis masculis & fęmin. ibi. *Hac marito paternũ feudũ in dotẽ dedit, &c.*

A Controuersia est autem primò, an etiam pater pro filia in dotem dare possit feudum pro tẽpore vitæ suæ inæstimatum, & sine pacto de lucrando. Nam Rota Romana respondit posse, decis. 199. Pater potest in nouis, Curtius iunior de feudis, nu. 95. vers Quarto principaliter quæro. Felinus in c. Quæ in Ecclesiarum, nu. 75. de constit. Iason in Auth. Res quæ, nu. 26. C. cõmu. de legatis. Hieronym. Schürff. cons. 13. nu. 5. lib. 1.

Fundamentũ est in c. Nuper. de don. inter vir. & vxor. & quia vr eadem ratio in patre quæ in filia, cùm detur duntaxat pro tẽpore vitæ, & vasallo mortuo ad alios feudum pertineat, & ita text. accipiendus est in d §. Donare.

Sed contrarium docuit Ludolphus Schraderus de feudis part. 8. c. 1. nu. 33. vers. Similiter vera non est, vbi malè citat Zasium, par. 9. nu. 8. Sed non malè Iacopinum in verbo, ita etiam quod ipsi vasalli, nu. 17.

Mouet eũ primò, qm̃ tex. in d. § Donare, generaliter negat patri licere feudũ pro filia in dotẽ dare. Deinde, qa B si contraria sententia vera esset, deberet intelligi, quãdo pater feudũ in dotẽ daret in perpetuũ & absolutè, vt etiã post mortem suam maneret in dote, quod prorsus indubitatum esset: Cui enim dubium esse potest, patri id permissum non fore? Cùm plus iuris in alium nemo transferre possit, quàm ipse habeat. l. Traditio. ff. de acq. rer. dom. Tertiò, quia si cõtraria sentẽtia recipiatur, non erit hoc specialiter constitutum in fauorem mulieris, vt feudum pro se dare in dotẽ possit: quia etiam pater poterit.

Ego video textum, quo prior sententia nititur, in d. c. Nuper. loqui de patre dante pro se vxori suæ feudum, ex causa donationis propter nuptias: & consequenter nullum textum video, qui priori sententiæ adstipuletur. Veruntamen ei calculum non subtraho meum, quia eadem prorsus ratio est in patre dante feudũ in dotem pro filia, quæ in ipsomet dante feudũ vxori suæ donationis causa, vel in filia pro se dante. Obseruandum enim est, hunc casum, de quo nunc disputamus, omissum esse à iuris con-C ditoribus: & ideo ex regulis ac præceptis iuris decidẽdũ.

Cautũ est; patrẽ nõ posse feudũ in dotẽ dare pro filia, quia dos datur, vt deseruiat oneribus matrimonij. l. Pro onerib. C. de iure dotium. Fieri aũt põt, vt pater moriatur ante obitũ filiæ vel generi sui, quamobrẽ feudũ ad dñm reuerteretur, vel ad agnatos: filia & gener exclusi essent, & dote carerẽt: Cùm verò filia pro se feudũ dat in dotẽ, nõ procedit hæc ratio: quia si ipsa moriatur, matrimoniũ cessat, & dos à marito restituẽda est: itaq; nullũ absurdũ sequitur. Ideo nihil prohibet, filiã dare posse pro se feudũ in dotẽ. Illud posset tũc obstare, qđ prohibita sit alienatio feudi, sine cõsensu dñi: sed non vr alienari feudum à muliere. l. In reb. C. de iure dotium, ibi. *Cum & eadem res, & ab initio vxoris fuerint, & naturaliter in eius permanserint dominio, &c.* Eadem ratio est cùm pater dat feudum vxori suæ, de qua specie text. loquitur in d. c. Nuper.

Cæterùm si proponatur, generum accepisse feudum à socero filiæ nomine in dotẽ, ea lege, vt commoditatẽ tan-D tùm fructuum, vsq; ad mortem soceri perciperet, nihil proponi video, cur id fieri non possit. Neq; enim est hæc alienatio feudi, quia nullum ius reale in generum transfertur, sed personale ius, quod socer habet, fructus percipiendi ex feudo, donec vixerit. l. Si vsusfructus. ff. de iure doti. vbi *Vt ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio autem fructuum ad mulierem pertineat.*

Secundò controuersia est, an pater feudum in dotem pro filia dare possit, etiam vltra tempus vitæ suæ, quando non est temporale feudum, sed perpetuum. Etenim Alexander in cons. 28. ad finẽ lib. 5. existimat posse. & sequitur Afflictus in d. § Donare. post nu. 26. Fundamentum est, in tex. à contrario sensu, d. cap. Nuper de dona. inter vir. & vxor. ibi enim dicit, tex. mortuo patre feudum datum in dotem non manere, *quia nullus plus iuris in alium transferre potest, quàm constet eum habere.* Ergo si ius patris morte non extinguatur, aliter respondendum erit.

Contrariũ docet Ludolphus, loco proximè citato post nu. 33.

nu.33.argumento, d.§.Donare. vbi text.generaliter negat, patrem poſſe feudum in dotem pro filia dare, conſequenter accipiendus eſt de omni feudo, tam perpetuo, quàm temporali.

Huic ſententiæ & ipſe aſſentior, ſed alia ratione, quia ſcilicet alienatio feudi prohibita eſt in c. Imperialem. de prohib.feudi, aliena.per Frideric.& alibi. Qui ergo poterit pater feudum in dotem dando alienare?

Nec mouet argumentum ex d. c. Nuper. quia locum habet quantum ad hunc effectum, vt pater poſſit in dotem abſolutè dare, atque adeò in perpetuum alienare feudum, ſcilicet ſi aliunde non ſit impedimentum, & conſequenter ſi dominus conſentiat.

Tertiò controuertitur, an ſi pater alia bona non habeat, quàm feudalia, ea poſſit in dotem dare pro filia? Negat Iaſon, Baldum ſecutus in Authent.Res quæ num.26. C.commu.de legatis. & cum ijs Schraderus loco proximè citato, nu.34.verſ.Eodem modo. Fundamentum eſt in d.§.Donare.ex quo colligitur, nec pro anima feudum poſſe relinqui, nec pro neceſſitate famis, & generaliter non poſſe etiam in dotem dari à patre.

Contrarium docet Afflictus in d.§.Donare.nu 19. Pariſius conſ.16. nu. 32. lib.1. & alij apud Schraderum vbi ſuprà, moti ex fauore dotis.l.1.ff.ſol.matr. propter quam aliàs alienari prohibita, poſſunt alienari, vt in d.Authen. Res quæ.C.comm. de leg. Sic & res pupillorum alienari non poſſunt, tamen in dotem dari poſſunt.l.Lex quæ tutores.C.de admi.Tutor.

Sed nihil mouet hoc argumentum. Fateri enim oportet, ſi nulla ſint alia bona patris, dotẽ ex feudo conſtituendam eſſe, quam rem luculenter explicat Hartmannus Piſtorius, q.37.lib.2.par.poſteriori, ſed nõ abſq; domini cõſenſu, quem tamen hoc in caſu cõſentire oportet, ne mulier maneat indotata, niſi aliunde congruam ei dotem aſſignari, vel ex fructibus feudi, vel aliter proſpexerit.

CAPVT LXXIX.

Poſſitne vaſallus, abſque conſenſu domini, feudi vſumfructum alij cedere?

COmmunis eſt & vera doctorũ ſententia, vaſallum abſq; cõſenſu domini feudi vſumfructum non poſſe alienare, ita Gloſſ.in c.1.§. Pręterea.de capitulis Corradi.Clarus §.Feudum.q.37. in fine. Curtius iunior communem dicit, par.4.q.15.Iaſon in l.3.§.Ex contrario.nu.66. ff.de acq.poſſ.Auguſtinus Berous q.93.Fundamẽtum eſt firmiſſimum, quia lege prohibetur feudi alienatio, abſq; conſenſu domini, c.Imperialem. de proh. feudi alien.per Fridericum. Prohibita verò alienatione rei, prohibetur etiam vſusfructus datio. Iuſtinianus. *Sancimus ſiue lex alienationem inhibuerit, ſiue teſtator hoc fecerit, &c. non ſolùm dominij alienationem, & mancipiorum manumiſſionem eſſe prohibendam, ſed & vſusfructus dationem, &c.* l.vlt.C.de reb.alienis non alienan.

Difficultatem facit text.in c.1.§. Quid ergo.de inueſt. de re aliena facta, vbi text. *Quid ergo, inquit, ſi precio vel dolo, aut incuria ſeruitutem rei beneficiariæ imponi patiatur, &c. an ex eo præiudicium domino generetur, quæſitum fuit: & reſponſum eſt, vt vaſallo quidem, donec feudum tenet, poſſit obeſſe, domino autem, &c. minimè noceat.*

Si poteſt ſeruitutem conſtituere in ſui præiudicium vaſallus, miratur Curtius iunior, loco ſuprà annotato, cur nõ & vſumfructum alienare poſſit? præſertim cùm alienare prohibitus, nec ſeruitutem imponere poſſit, vt in d. l.vlt.C.de reb.alien.non alienan. Suſpicatur ergo textum in d.§.Quid ergo, corrigi ex d.c.Imperialem.

Cæterùm, Afflictus in cap.1.§.Præterea nume.5.& 6. de capitulis Corradi, in eam ſententiam inclinare videtur, quod vaſallus etiam in vſufructu præiudicare ſibi poſſit, donec viuet.

A Pinellus denique ad l.1. C. de bonis mater. par.3.poſt nu.71. exiſtimat, vaſallum alienare poſſe vſumfructum, ſicut & aliam ſeruitutem in feudo conſtituere poteſt, ita vt maneat donec durauerit ius conſtituentis, & non incurrat pęnam conſtitutam in d. c.Imperialem.

Ego verò ſic ſtatuo, iſtos omnes rectè forſitan ſentire, ſed non ſatis rectè loqui. Nam ſciendum eſt, vaſallum alienare poſſe commoditatem, & vſum feudi, abſq; conſenſu domini, hoc eſt, alijs cedere fructus & commoda, ita vt nullum ius in rem transferatur, ſed perſonalis duntaxat actio. Iſta enim non eſt alienatio rei, ſed longè ab ea differt; quamobrem nihil proponitur, cur valere non poſſit, licet alienatio feudi non valeat. arg.l.In ædibus.§. 1.ff.de donatio.l.Codicillis.§.Inſtituto.de leg.2. Alex.in conſ.18. nu.6.7.8. lib.7. Soc.ſenior de regalijs verba faciens in conſ 7.lib.3. Boſſius de regalijs, num.35. Schraderus parte 8.cap.1. nu.12. Clarus §. Feudum.quæſt.31. verſ.ſucceſſiuè quæro.

B Ergo quod dicitur, vaſallum poſſe in ſui præiudicium, & donec vixerit, & durauerit ius illius, alienare vſumfructum, rectè dicitur, ſi nihil aliud intelligatur, quàm perſonalis illa commoditas fructuum, quam vaſallus habet; ſecus ſi ius in rem intelligatur à vaſallo transferri, quia ea eſt alienatio, conſequenter lege prohibita abſque domini conſenſu.

Sed dubium reſtat, cur ſeruitutem conſtituere poteſt, vt in d.§.Quid ergo? Reſpondeo, non eſt conſtitutio vera ſeruitutis, ſed perſonalis quædam patientia, quam pręſtat vaſallus, per quam nullum ius in rem propriè acquiritur alteri, ſed hoc ius tantùm acquiritur, vt inuito vaſallo vti poſſit ſeruitute, quaſi ille obligatus ſit ad præſtãdam patientiam, quamobrem illud ius reſoluitur, reſoluto iure vaſalli. Ex quo apparet non eſſe ius reale, ſed perſonale, quod cum perſona extinguitur, quale ius etiam quantum ad vſusfructus commoditatem conſtitui rectè

C poteſt.

CAPVT LXXX.

Conſenſus Domini, qui requiritur in alienatione feudi, debeatne expreſſus eſſe, vel tacitus ſufficiat.

SI dñs ſit præſens alienationi feudi, & taceat, nec contradicat, vtrum conſentire videatur, quæſtio cõtrouerſa eſt: Ludouicus Romanus ſing.720. *De ſolennitate*, negat, adducta Gloſ. quæ tamen citari ſolet pro contraria ſententia in c. 1. in verſ. Permiſſione.de prohib. feu. alien.poſt Lotharium, & hanc ſententiam veriorem dixit in ſtricta diſputatione Iacopin. à S. Georgio, in verſ.Et cum pacto. de non alienando, nu.20.Eandẽ ſecutus eſt Afflict. in d.c.1.nu. 45.& multi alij apud Tiraquellũ de legib. connubialib. Gloſ.7.nu.11.& de retractu conſang.§.1.Glo.9.nu.151. vbi tñ Felinum allegat, quem non inuenio id dicentem.

D Fundamentum huius ſententiæ duplex eſt. Primum, quia conſenſus ex præſentia & patientia, non infertur in ijs, quæ ad obligandum tendunt. l Qui vas. §. Vetare. ff. de furtis.l.Filiusfam.§.Inuitum. ff. de Procurat. Alterũ, quia conſenſus requiritur adinſtar cuiuſdam authoritatis & licentiæ ad ſolennitatem alienationis, ſiue vt cum noſtris loquar, ad integrandam perſonam vaſalli alienantis, quo caſu non ſufficit tacitus, ſed expreſſus requiritur, vt docet Gloſ.in clem.1.in verſ.Licentia.de teſtam. & probatur in l.3.ff.de auth.tuto.

Sed contraria ſententia longè communior eſt, nimirum tacitum domini conſenſum ſufficere, ex ſcientia & præſentia alienationi factæ. Vide Curtium iuniorem in 4.parte, nu.137. Zaſius parte 9.nu.31. Iacobum Leonardum inter conſilia Bruti, conſ.114. num.344. & alios à Tiraquello citatos de retractu conſang. §. 1. Gloſ.9.nu. 117. & Ludolphum Schraderum pat.8.cap.4.nu.2.

Fundamentum eſt, quia is qui præſens eſt pro conſen-

tiente habetur quoties contradicendo actum impedire potest, vt docet Glos. in l. Caius. ff. de pig. actio. & hic adferuntur aliquæ leges, quæ ad rem parum faciunt.

Ad argumentum contrariæ opinionis respondent, negando consensum domini requiri pro authoritate ac solennitate, nam dicunt necessarium esse propter præiudicium domini, ne videlicet directo dominio fiat præiudicium.

Ego didici quæstionem hanc definiri non posse ex ijs legibus, quibus præsens & tacens pro consentiente habetur, quia hac in re ius varium est. Aliquando præsens ac tacens pro consentiente habetur, vt in l. In Sponsalibus. ff. de Sponsalib. in l. 5. C. de nupt. Aliquando non habetur. l. Caius. ff. de pig. act. l. Sicut. §. Non videtur. ff. quib. mod. pig. sol. Contra habetur in l. 1. & in l. 8. C. de remiss. pig. Non habetur in l. Titia 34. de legatis 2. Habetur in l. Sabinus 28. ff. Cōmu. diui. in l. 4. §. vlt. ff. de fideiuss. tuto. in l. 2. ff. ad Municip. in l. Honores. 7. §. vlt. ff. de Decurio. in l. Si tantùm. ff. ad Maced. in l. Quidam. 1 2. ff. de EuictION. in l. Si fundum 82. de legatis primò, in l. Impuberis 13. ff. de autho. tuto. in l. labeo 19. ff. de aq. plu. arcen. Ex quibus patet nullam hac in re tradi posse certam regulam ac definitionem.

Quamobrem in quæstione proposita, ex ratione legis prohibentis feuda alienari, absq; permissu domini petenda definitio est. Prohibuit Imperator Lotharius beneficia distrahi, sine permissione dominorum, quia cōperijt milites beneficia passim distrahere, *ac ita omnibus exhaustis suorum seniorum seruitia subterfugere, per quod vires imperij maximè attenuatas cognouit, dum proceres, milites suos omnibus beneficijs exutos ad felicissimam expeditionem nullo modo traducere valebant*, vt in cap. 1. de proh. feud. alien. per Lothar. Idem statuit Fridericus Imperator ob easdem querelas, quòd propter alienationem domini, *debita seruitia amittebant, & honor Imperij & felicis expeditionis complementum minueretur*, vt in c. 1. de prohib. feud. alien. per Frider.

Hæc est ratio legis: Ergo si vasallus feudum præsente domino, & nō contradicente alienauerit, omnia cessant incommoda. Primum querela domino nulla esse potest, qui scit & non contradicit. Nec dicere potest se contemptum à vasallo, quod perpendi solet, quando feudum contra Lotharij constitutionem alienatur, vt in c. 1. §. Vasallus. Quæ fuit prima causa benef. amitt. Deinde, nullum damnum sentit: scit enim se nouum vasallum habere, & illius opera vti potest. Denique, seruitia Imperij non diminuuntur, quia præstari à nouo vasallo possunt sicut & ab antiquo. Nihil igitur proponi video, cur alienatio valere non debeat, ne contrahentes, qui in bona fide sunt, & præsente domino celebrant contractum, astuto quodam domini silentio decipiantur. Simplicitas quippe legibus amica est, odio subtilitates nimias habent.

CAPVT LXXXI.

Possitne vasallus, cui dominus dedit potestatem feudum alienandi, partem eius alienare?



SI vasallus à domino licentiam habuerit alienandi feudum, intelligitur habere licentiam totum feudum alienandi. arg. l. Si defensor. §. Qui interrogatus. ff. de interrog. act. Glos. cōmuniter recepta in l. 6. ff. de rei vend. cui adstipulatur. l. Pupillus. §. vlt. ff. de verb. sig. Consequēter etiam partem feudi alienare potest, quia in toto pars inest. l. In toto. de reg. iur. & ex toto rectè ad partem argumentamur. l. Si quis cùm totum. ff. de except. rei iud. Nō enim debet cui quod plus est licet, quod minus est, non licere. l. Non debet. de reg. iuris. Atque ita docuerunt Andreas Isernia, Aluarotus & Præpositus in c. Imperialem. de proh. feudi alien. per Fridericum.

A Sed contrarium sensit Curtius iunior de feudis, par. 4. nu. 143. & apertè docuit Ludolphus Schraderus, parte 8. cap. 4 nu. 15. Marinus Frecia de subfeudis, lib. 2. quæst. 6. Aurelius Corbulus de iure emphy. cap. 12. Ampliatione 3. nu. 6. quibus & ipse assentior. Fundamentum est illud, quia domini interesse potest, vt feudum nō distrahatur, ac diuidatur inter plures vasallos: sicut enim vasallus nō cogitur plures dominos agnoscere. d. c. Imperialem. §. Prçterea ducatus. ita etiam domini interesse potest, ne plures habeat vasallos eiusdē feudi nomine deuinctos, quibus & ipsa contrà obligatus etiam sit.

Nec obijciat quis, imò istud esse domino vtilius, quod pro eodem feudo duos vasallos habeat, namque seruitia non sunt præstanda separatim à singulis vasallis, eo modo quo ab vno præstātur, cùm vnum est feudum, sed pro quantitate beneficij moderanda sunt, ita vt quilibet vasallus pro rata, seruitia præstet, vt habetur in extraordinarijs capitulis, apud Cuiacium lib. 4. titu. 77. quem locum B explicaui suprà hoc eodem lib. cap. 54. Quare domini sæpe interesse potest, vt vnum ac plenum seruitium potius ab vno exigat vasallo, quàm vt partem exigat ab vno, partem ab altero vasallo. Et ideo, si consensum præstet alienationi totius feudi, non videtur consentire alienationi partis. Ita sentio.

CAPVT LXXXII.

Vasallus an possit alienare feudum absque domini licentia, cùm ei concessum est pro se, & quibus dederit?



EXistimo feudum ea forma concessum vasallo, alienari posse absque consensu domini, authoritate text. in cap. 1. de feudo non habente propriam naturam feudi. Sic enim habet: *Si quis ea lege alicui feudum dederit,* C *vt ipse & sui hæredes, & cui ipse dederit, habeant. Respondeo, iste qui sic accepit, poterit id vendere vel donare, vel aliter, si sibi placuerit, etiam sine voluntate domini alienare, &c.* Et hæc est communis Doctorum sententia. Vide Curtium iuniorem in 4. part. nu. 141. Decium cons. 390 nu. 8. Ludolphum Schraderum par. 8. c. 2. nu. 58.

Contrarium Speculator docuit de emphyteusi loquēs in tit. de locato. §. Nunc de emphyteusi, q. 94. Alex. consi. 106. nu. 4. lib. 4. Laurentius Calcaneus latè in consil. 51 incip. Non est dubitandum.

Fundamentum est, quoniam illa verba; *Et quibus dederit*, secundùm naturam feudalis conuentionis & obligationis exaudienda sunt, nimirum, vt feudum nemini detur distrahaturve sine licentia domini. Sic enim iure constitutum est, vt in c. 1. de proh. feudi alien. per Lothariū, & in cap. 1. de proh. feudi alie. per Frider. argum. l. si stipulatus. ff. de vsur. l. si vno. ff. loca. & aliarum legum, quibus probatur verba intelligenda esse secundùm mateD riam subiectam.

Sed quid opus est respondere ad illud argumentum, cùm textus, quo communis sententia nititur, tam apertus sit? Dic ad illud brocardicum, non debere locum sibi vendicare, cùm disertis verbis à natura contractus recessum est. In claris enim non est opus coniecturis. Cùm in verbis nulla est ambiguitas, non est facienda voluntatis quæstio. Recedendum à verbis non est, nisi appareat de contraria mente contrahentium. Contractus, & maximè feudalis, ex conuentione legem accipiunt. Et conuentionis siue inuestituræ tenor naturæ præfertur ipsius feudi. Habes pro confutatione vnius generalis axiomatis, multa alia ad rem nostram pertinentia, sed magis inhæreas singularibus legum decisionibus cùm inueniri possunt. Sermones enim generales faciliores sunt: particulares autem sunt veriores, Aristotele teste.

CAPVT LXXXIII.

Si dominus alienationi feudi simpliciter consentiat, an sibi, quoad dominium directum, praeiudicium faciat.

SI dominus simpliciter consentiat alienationi feudi, id est, absque protestatione illa, *Saluo iure directi dominij*, sibi quoad directum dominium, quod habet, praeiudicare, non obscuri nominis Doctores scriptũ reliquerunt. Baldus in l. Dotalem. ff. sol matr. Alexãder in cons. 189. lib. 2. Andr. Isern. in c. 1. nu. 7. qui successo. teneant. & ibidem Affict. nu. 20. Afflictus decis. 112. nu. 8. & ibi etiam Vrsil. in add. In eandem sententiam inclinat Curtius iunior in 4. par. nu. 139.

Sed contrarium docuerunt Zasius part. 9. nu 35. Iacopinus in verb. & cum pacto. 2. num. 19. & multi alij, quos refert & sequitur Ludolphus Schraderus parte, 8. cap. 4. numero 28.

Fundamentum prioris sententiae est in l. 4 §. 1. ff. quib. mod pign. vel hypoth. sol. Vlpianus: *Si in venditione pignoris consenserit creditor, vel vt debitor hanc rem permutet, vel donet, vel in dotem det, dicendum erit pignus liberari, nisi salua causa pignoris sui consensit, vel venditioni, vel ceteris.*

Fundamentum posterioris est, quia nemo praesumitur iactare suũ. l. Cùm de indebito ff. de Probation. & quia consensus domini in alienatione feudi requiritur, vt valeat alienatio, quantum ad ipsum ius, quod vasallus habet. c. 1. de proh. feudi alie. per Lothar. & c. 1 de proh. feu. alie. per Frider. Ergo non debet in alio nocere domino, nimirum in amissione directi dominij. argum l. Si vnus. §. Ante omnia. ff. de Pactis.

Mihi magis probatur haec posterior sententia, quae etiam communior est, pro cuius confirmatione perpendo, maximum esse discrimen inter consensum creditoris praestitum debitori, vt rem oppignoratam vendat, & consensum domini vasallo praestitum, vt feudum alienet. Nã feudi alienatio à vasallo fit ea intentione & mente, vt dominium vtile duntaxat in aliũ transferat; illud enim duntaxat habet, non autem dominium directum, & eadem est intentio alterius contrahentis. Ergo non potest videri dominium directum alienatum, quod vasallus non habet, sed solùm vtile quod habet. l. Traditio ff. de acq. rer. dom. & nota iuris regula est, semper esse spectandũ quod est actum inter contrahentes. l. Semper. de regulis iuris. At rei oppignoratae alienatio à debitore fit, vt omne dominium, quod ipse habet, in eum trãsferatur, cui res alienatur, & quia res transit cum sua causa, ideo valet alienatio, & creditori ius hypothecae saluum manet, nisi consentiat, absque iuris sui reseruatione: Nam si simpliciter consentiat, videtur ius pignoris remittere; ideo, quia nullam aliam ob causam consensus requirebatur, nisi vt res libera transiret ad emptorem, eumve, in quem fit alienatio: sed domini cõsensus requiritur in feudi alienatione, vt valeat alienatio, quae alioqui non valet. Ad haec, si creditor consentiens alienationi rei pignoratae, renunciare hypothecae videatur, non tamen amittit ius suum: quia salua ei manet actio personalis aduersus debitorem. At si dominus alienationi feudi consentiens, videatur iuri suo renũciare, amittet ius suum, nec enim vasallum amplius habebit, neque feudum. Ergo lata differentia est. Denique & Lotharius & Fridericus prohibẽtes feudum alienari sine domini licentia, malè dominis consuluissent licentiam dantibus, si deberent ius suum amittere, nisi cautela illa adhibita, de qua adhibenda nihil ipsi statuerunt, studiosè tamen intenti in eam curam, vt dominis feudorum magis consultum esset ob publicam vtilitatem, & ipsorum Caesarum seruitia & necessitates bellicas.

CAPVT LXXXIIII.

Si vasallus feudum absque consensu domini alienauerit, & incontinenti recuperauerit, an euadat caducitatis siue priuationis poenam?

VAsallus feudum alienauit absque consensu domini, postea ex continenti recuperauit, vtrum incidat in poenam iure constitutam amissionis feudi. in cõtrouersiam vocatur. Nam poenam eum euadere authores sunt Afflictus in cap. 1. num. 22. cum sequentibus. Quid iuris, si post alienation. factã vasall. feud. recup. Specul. de emphyteusi loquens in tit. de locato. quaest. 96. Curtius iunior in 4. parte, num. 104. vers. Secundo limitatur. Zasius parte 10. num 4.

Sed contrarium docuerunt Bart. in l. Sequitur. §. Item labeo. ff. de vsucap. Bald in cap. 1. num. 3. de prohib. feud. alie. per Frider. Alex. ad l. Si a me. 29. ff ad leg Falcid. Ias. ad l. vlt. nu. 135. C. de iure emphyt. Ludolph. Schrader. par. 9. cap. 1. nu. 17.

Ego posteriorem hanc sententiam amplector authoritate tex. in cap. 1. Quid iuris. si post alie. fact. vasall. feud. recup. vbi sic habetur: *Hodie autem, si ipsum alienauerit, siquidem illicitè, licet postea recuperauerit, tamen penes ipsum non remanebit, vtpote domino ad quemcunque peruenerit apertum.*

Hic textus ex professo argumentum tractat propositę quaestionis, & clarè decidit, feudum penes vasallum non manere, licet postea recuperauerit. Recuperari autẽ põt vel incõtinenti, vel ex interuallo, nõ distinguit inter recuperationẽ incontinenti, vel ex interuallo factam: qua tñ in re, si diuersum ius erat, aequum fuisset distinguere.

Sed praestat argumenta perpendere, quibus contraria nititur sententia. Primum est ex c. Potuit. de locato. ibi: *Nisi celeri satisfactione postmodam sibi consulere studuisset.*

Respondeo, illa verba referri ac pertinere ad moram commissam in solutione canonis emphyteutici, de qua nunc non loquimur. Ex qua non rectè sumitur argumẽtum contra textum iuris feudalis.

Scdm est ex l. Qui possessionẽ 17. ff. de vi & vi arm. Iulianus: *Qui possessionẽ vi ereptam in ipso congressu recipit, in pristinã causam reuerti potius, q̃ vi possidere intelligendus est* Respondeo, latum esse discrimen, longè diuersam rẽ esse. Quid enim peccat ille, qui possessionem vi ereptam in ipso congressu recipit? Certè nihil, At noster illicitè facit alienando feudum absque licentia domini.

Tertium est ex l. vlt. §. vlt. C. de bonis quae liberis. ibi: *Qualis enim vsusfructus potuit ei acquiri, qui momentarius esse ostenditur, &c.* Respondeo, vsumfructum quidẽ, siue dominium vtile non acquiri per talem alienationẽ, quae momentaria dici potest, sed poenam ex illicito facto non euadere vasallum. Semel enim commissa est: quare non potest domino auferri ius quaesitum.

Quartum est ex l. 3. ff. de diuor. ibi: *Si breui reuersa est vxor, nec diuertisse videtur.* Respondeo, & hic quoq; non videri alienatam rẽ feudalem, quae breui recuperata est, sed tamen, quia culpa iam commissa est, & feudum domino apertum, non posse ius domino quaesitum auferri.

Quintũ est ex l. Si in lege. §. Colonus ff. locati. ibi: *Quod si paucis diebus prohibuit: deinde pęnitentiã egit, omniaq; colono integra sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet.* Rñdeo, nihil quidem iuris minuĩ domino feudi, si feudum alienatum statim recuperetur. Verùm, quia ex priori culpa pęna est commissa, ius domino quęsitum ex sequenti recuperatione auferri non poterit.

Sextum argumentum est ex l. 4. §. Idem Labeo. ff. de vsucap. *Idem labeo ait, si rem quam apud te deposueram, lucri faciendi causa vendideris, deinde ex pęnitentia redemeris, & eodem statu habeas, sine ignorante me sine sciente ea gesta sint, videri in potestatem meam rediisse, secundùm Proculi sententiam, qua & vera est.* Respondeo, rem quidem in po-

A in poteſtatem dñi videri reuerſam ex eo, ꝙ redempta ſit, ſed tamen dolum in alienatione commiſſum, rectè coerceri amiſſione rei, arg. l. 1. §. Si rem. ff. depoſiti. ibi: *Quia ſemel dolum feciſti cùm venderes.*

Septimum eſt ex l. Ex hoc edicto. §. Si quis alienauerit. ff. de alie. iud. mu. cau. fa. Paulus: *Si quis alienauerit, deinde receperit, non tenebitur hoc edicto.* Reſpondeo, ideo non teneri, quia non efficitur durior aduerſarij cauſa. Poteſt enim poſſeſſorem conuenire, itaque ratio edicti, quę quæ adſertur in l. 1. ff. eod. tit. penitus ceſſat.

Octauum eſt ex c. Si quis presbyterorum. de reb. Eccleſ. non alienan. ibi: *Niſi fortè alienator, & qui acceperit, celeri reſtitutione ſibi proſpexerint.* Rñdeo, non ſi ex æquitate ſacrorum canonum anathematis remittitur pœna alienanti res Eccleſiaſticas, idcirco pœnam temporalem amiſſionis feudi vaſallo contra leges alienanti feudum remittendam eſſe. Mitius agunt canones quàm leges, & mitius agendum in pœnis, quæ animã percutiunt, quàm quæ bona temporalia. Sanè textus feudalis duritiem ac B ſeueritatem alienam non eſſe à iure noſtro intelligi poteſt ex l. Qui ea mente. ff. de fur. ex l. Quid ſit fugitiuus. ff. de ædil. edicto & alijs legibus, quibus continetur, ex pœnitentia delicti iam commiſſi, non deſinere quempiam nocentem eſſe, & pœna dignum, licet ea pœnitentia & Deo grata ſit & Reipublicæ.

CAPVT LXXXV.

Alienans feudum abſque licentia domini cum clauſula, Saluo iure domini, *vel alia cautela, an euadat pœnam iure conſtitutam?*

NOn aſſentior illis qui docent, vaſallum pęnam priuationis euadere, cùm feudũ alienauit abſque dñi permiſſu, ea clauſula adiecta, *Saluo iure domini*, imò nec ſi adijciatur, *Nec aliter nec alio modo.* Nec. n. verborũ artes valent ad eludendas legũ C ſanctiones. In primis verba legum, quibus feudi prohibetur alienatio abſq; dñi licentia, locum & in hac ſpecie ſibi vendicant: Sunt. n. gñalia valdè & præciſa, vt in c. 1. de proh. feu. alie. per Loth. & per Frideri. Deinde ratio illa, pp quam vaſallus feudo priuatur, locum ẽt obtinet, quia ſcilicet dñm cõtemnere vſ. c. 1. §. Vaſallus quæ fuerit prima cau. beneſ. amitten. Tertiò, quia ẽt abſq; clauſula, *illa ſaluo iure domini*, ius dñi ſaluum eſt: Nec enim põt vaſallus feudum alienãdo auferre domino ius ſuum, aut plus transferre in alium, quàm ipſe habeat. Tacitè ergo ineſt illa proteſtatio, Ergo nihil operatur. l. 3. ff. de leg. 1. Denique ratio, quæ continetur in lege prohibente alienationes feudi, *ne imperij vel dominorum minuatur vtilitas*, vt in d. cap. 1. de prohibit feud. alien. per Loth. & per Frid. ad hanc noſtram ſpeciem extendit ſe; quia minuitur imperij & dominorum vtilitas; hoc modo. Imperatori neceſſaria eſt opera vaſalli atque ſeruitiũ. Feudum ille non D habet: Alienauit enim. Nouus vaſallus vel non adeſt, vel neſcitur, vel idoneus non eſt: Minuitur vtilitas imperij, quia nemo præſtat ſeruitium.

Quod ſi alienetur feudum ſub iſta conditione, ſi dominus conſenſerit, ſi ratam alienationem habuerit, ita vt ſit conditionalis alienatio, non autem quæ ſub conditione reſoluatur, quod & alibi Iuriſconſultus diſtinguit in l. 2. ff. de in diem addict. hoc in caſu, ſi domini non interſit, aliud ſtatuo: Tunc enim eſt perinde ac ſi ab initio conſenſus domini adhibeatur. Retrotrahitur enim. arg. l. vlt. C. ad Maced. Et ſi non conſentiat dominus, nihil valet alienatio: Itaque nõ impugno hanc cautelam, ſed priorem. Si non ijs erit contentus lector, aliorum ſententias exquirat. Legat Curtium iuniorem in quarta parte, nu. 112. Rolandum à Valle conſ. 51. lib 2. Thom. Gram. deciſ. 49. Felin. in cap Quæ in Eccleſiarum. num. 84. de conſtitut. Iſti alios indicabunt, ex quibus ſitim explere poterit.

CAPVT LXXXVI.

Vaſallus alienans feudum ſine licentia domini, & conſtituens ſe nomine emptoris illud poſſidere, non facta reali traditione, an in pœnam incidat amiſſionis feudi?



Communis eſt & vera ſententia, feudum cadere in commiſſum, ſi fuerit à vaſallo alienatum abſque domini permiſſu, licet poſſeſſio realis tradita non ſit, ſed tñ vaſallus cõſtituerit ſe eius nomine poſſidere, in quẽ feudum alienatum eſt. Vide Zaſium par. 10. nu. 8. Tiraquellum de iure conſtituti, par. 3. limit. 26. num. 5. Rolandum à Valle in conſ. 51. lib. 2.

Fundm̃ eſt firmiſſimum, quia is dicitur poſſidere, cuius nomine poſſidetur l. Quod meo. ff. de acq. poſſeſ. cap. Si diligenti. de præſcript. c. Cùm veniſſet. de reſtit. ſpol. Quare res non manet in dñio venditoris vaſalli, ſed in eum transfertur, qui emit, vel alio titulo feudum accipit, & poſſidere intelligitur. Nihil ergo proponitur, cur vaſallus feudum non amittat, ex lege tam Lotharij, quàm Friderici, tit. de prohib. feud. alien. Fecit. n. vaſallus contra legem. Ergo incidet in pœnam legis: Nec eam poteſt euadere, ſicut qñ rem non tradidit, quaſi tunc alienata fuiſſe non videatur. l. alienatum. de verb. ſign. quæ communis & iuſta quædam interpretatio eſt. Hoc, inquam, velamento defendi non poteſt, quia dum conſtituit ſe alterius nomine poſſidere feudum, tradere videtur. Is enim poſſidet, cuius nomine poſſidetur, vt dixi.

Contrarium docuerunt Afflictus in c. 1. num. 9. Quid iuris. ſi vaſall. poſt alien. fact. feud recup. Curtius iunior in 4. par. nu. 104. Guido Papæ deciſ. 101. Ripa in c. Cùm M. num. 80. de conſtit. & alibi. Ludolphus Schraderus alios adſerens, par. 9. cap. 1. nu. 34.

Primum argumentum ſumitur ex nõnullis textibus, quia traditionem verè ſactam ſupponere videntur. c. 1. ibi: *Ad quemcunque peruenerit.* tit. Quid iuris. ſi poſt alienation. factam vaſallus feudum recup. c. 1. §. Præterea. de capitulis Corradi. ibi: *Alienationes factas nulla obſtante præſcriptione reuocare.* c. 1. ibi: *Omnibus beneficijs ſuis exutos, &c.* de prohib. feudi alie. per Lothar. cap. 1 §. Callidis. de proh. feudi alie. per Frid. ibi: *In alios transferant, &c.* Reſpondeo, etiam in propoſita facti ſpecie verba iſta verificari poſſe, quia vt dictum eſt, is dicitur poſſidere, cuius nomine poſſidetur. Ergo feudum verè alienatũ eſt, & in alium translatum, quantum ad ipſius vaſalli voluntatem & conatum: licet incidat in commiſſum, & dominus, ſi voluerit, feudum vendicare poſſit.

Secundum argumentum eſt, quia nullius momenti eſt alienatio, lege prohibente facta. l. Non dubium. C. de legib. Ergo per conſtitutũ adiectum vera poſſeſſio transferri non poteſt, etenim nullius momenti eſt, cùm principalis contractus non ſubſiſtat. l. Cùm principalis. de regulis iuris.

Reſpondeo, nullius quidem momenti alienationem factam eſſe, neque conſtitutum, ſed non propterea pœnam commiſſi, ſiue amiſſionis feudi euitari poſſe. Vtrunque enim lex ſtatuit, vt nec valeat alienatio, & feudum amittatur, libereque ad dominum reuertatur, vt patet ex d. c. de prohib. feud. alie. per Lothar. & per Frider.

Tertium argumentum eſt, quia actus nullus & inutilis pœnam non meretur. l. 1. §. vlt. ff. quod quiſque iuris. l. Non putauit. §. Non quæuis. ff. de bono poſſeſſ. contra tab. l. 5. §. Si quis contra. ff. de leg. præſtan. l. 6. ff. ad legem Cornel. de falſis. Reſpondeo, fruſtrà hoc inculcatur brocardicũ, cùm lex apertè alienationem feudi ſine cõſenſu domini factam infirmet, & ſimul pęnam ſtatuat amiſſionis feudi. Dixi brocardicum eſſe, quia & alias contrarium reſponderi ſolet, minimum ex actu nullo pęnam infligi poſſe. Vide Bald. ad l. Non dubium, col. 3. C. de legibus. Tiraquell. de retractu cõſang. § 26. Gloſ. 2. nu. 8. &

de legibus Connb. Glos.8.vers. De Son Maty.num.207.

Postremum argumētum est à simili. Si quis rem alienam sciente alteri vendit & tradit, furtum committit, & in pœnam incidit, secus si alterius nomine constituat se possidere, vt tradit Aretinus in l.3.§.Si rem apud te.ff. de acq.possess.& alibi. Respondeo, hanc doctrinam iure non probari, contrarium docere Salicetum ad l. Si seruum vestrum.C.de Furtis.& ad rem nostram non pertinere, in qua certo iure vtimur, quo constitutum est, vasallum absq; permissu domini feudum alienantem illud amittere. Hic verò alienat,& quantum in se positum est etiam tradit possessionem. Ergo pœnæ locus est.

CAPVT LXXXVII.

Vtrum vasallus feudi amissione seu priuatione dignus sit, si annuum censum domino præstare cessauerit?



Vnt quædam feuda, pro quibus ex connentione domino præstari solet census annuus. Vnde quæritur, si vasallus in solutione cessauerit, an cadat iure suo? Variæ ac diuersæ sunt interpretum sententiæ. Prima, cadere à iure suo vasallum in solutione cessantem, cuius hæc ferè argumenta sunt. Primum ex cap.1. §.Sed non est alia, quæ fuerit prima cau. benef. amitten. *Sed non est alia*, inquit text. *iustior causa beneficij auferendi, quam si id propter quod beneficium datum fuerit, hoc seruitium facere recusauerit, quia beneficium amittit*, loquitur text. generaliter, *de seruitio propter quod feudum datum est*, quam ob rem tam de personali, quàm de reali seruitio accipi potest.

Secundum, quia donatio reuocari potest, si pacta non seruentur.l.vlt.C.de reuoc.dona. Ex eademque causa feudum auferri posse videtur ex §. Prædictis modis.quæ fuerit prima cau.benef.amitten. Ergo, si hoc pactum non seruetur, quo census annuus præstari debet, feudum meritò auferri poterit.

Tertium, quia summus Pontifex hanc inter alias culpas Imperatoris Friderici cōmemorat, ob quas eum feudo priuauit.in c.Ad Apostolicæ, de re iud.lib.6.ibi: *Posset etiam meritò reprehendi, quod annuam pensionem, in qua pro eodem regno ipsi Ecclesiæ Romanæ tenetur per nouem annos & amplius soluere prætermisit.*

Quartum, quia cùm ita in emphyteuta sit constitutū, vt patet ex l.2.C.de iure emphy. & in c.Potuit.de locato: nec non in conductore. l. Quæro. §. Inter locatorem.ff. locati. Nec contrarium libris feudorum sit constitutum, videtur iure communi vtendum etiam in feudis, cap.1. de feudi cognit.

Atque ita docuerunt Innocen. in dicto cap. Ad Apostolicæ, Baldus in cap. Quæ in Ecclesiarum. de constit. Curtius iunior in 4.parte, nume.78.79. Alexander cons. 11.libro 5.Laurentius Siluanus in cons.42. nume.9.vers. Tertius casus est.

Contrarium docuerunt Speculator tit. de Locato. §. Nunc de emphyteusi, quæst. 85. Alexander alios citans in cons.9. nume.2.3. lib.3. alios multos citat Siluanus in cons.42.numero 1.& post eum Ludolphus Schraderus, parte 9.cap.6.nu.75.

Argumenta sunt ista. Primum, quia nulla feudali lege cautum est, vasallum cadere suo iure, ob non solutionem census: cùm tamen aliæ causæ diligenter enumerentur priuationis feudi, in titu. quæ fuerit prima causa benef. amitten. Ergo nec à nobis statuenda est. §.Cùm igitur.in Auth. De non eligendo secundo nuben.

Secundum est ex cap.Licet.si de feudo controuers.fuerit inter dom.& agnat.vbi. *Licet vasallus seruitium domino non offerat quantocunque tempore steterit, dummodo domino petenti seruire paratus sit, beneficium non amittit.* Igitur & idem respondendum est de annuo censu, si non fuerit ad soluendum interpellatus vasallus, eū non amittere feudum, licet in solutione cessauerit.

Ternum, quia licet ita cautum in emphyteusi sit, vt non soluens per triennium, iure suo cadat, vel per biennium, si Ecclesiæ canon debeatur, cap. Potuit.de locato. l.2.C.de iure emphyt. tamen id cùm pœnam contineat, extendi non debet ad feudum. argum. cap. Statutum.de elect.lib.6.

Quartum, quia in censuario receptum est, vt non cadat à iure suo, licet per longissimum tempus censum soluere neglexerit, vt not.in c.Constitutus.de relig.domib. Ergo idem statuendum de vasallo, qui feudum tenet, & non soluit censum annuum.

Quintum, nam contractus non rescinditur iam consummatus & perfectus ex eo, quod alter nō adimpleat, sed cogi potest ad implendum.l. Iniuile. C. de rei vend. l.Non idcirco.C.de rescin.vend.

Tertia est sententia sic distinguens. Aut pro feudo præstari debet pensio, id est, annuus census duntaxat, aut simul cum pensione etiam fidelitas præstanda est. Priore casu vasallus ob non solutum censum feudum amittit. Posteriori non item. ita Aluarot.in cap.1 §.Sed nec alia. quæ fuerit prima causa benef.amitten. Ratio est, quia hoc posteriori casu feudum principaliter non datur propter pensionem, sed propter fidelitatem. Ergo & si pensio nō præstetur, non est vasallus feudo priuādus. Priori autem casu datur principaliter propter pēsionem siue censum, ideo si non soluatur feudum, amitti debet. Hanc distinctionem Afflict. sequitur, moderatione tamen hac adhibita, si vasallus requisitus fuerit in c.1. §. Sed nec alia nu. 109. Quæ fuerit prima cau. benef.amitten.

Quarta est sententia Martini Laudensis in cap.1. De his qui feudum dare poss. aliter distinguens. Aut census annuus promittitur ac debetur à vasallo in signū honoris & subiectionis, vt puta si præstetur ensis, vna libra piperis, accipiter, & simile quid exiguum, & tunc ob cessationem vasallus feudum nō amittit. Aut census magnus præstari debet, qui videtur quodammodo respondere fructibus feudi, & tunc feudum amittitur, quia tunc apparet feudum esse concessum propter censum, sequitur hanc distinctionem Curtius iunior parte 4. numero 79. vers. Limitanda. nec non Albertus Brunus in consil.41. in 2.dubio.

Quinta est sententia Iasonis in præludijs feudorum, numero 64. is (omitto primum membrum distinctionis illius, quia non est ad rem) distinguit inter pensionem minimam, quæ datur in signum honoris & subiectionis vasalli, & magnam. Priore casu putat vasallum non esse feudo priuandum, licet non soluat etiam interpellatus. Posteriori casu iterum distinguit, aut pensio est maior personali seruitio: & tunc quia videtur propter eam principaliter concessum feudum, si non soluat, cadit suo. Aut minor est seruitio personali, & tunc aliter est statuendum, quia videtur principaliter consideratum fuisse seruitium; ac proinde non debet feudum amitti, licet pensio non soluatur.

Ego ex his omnibus sententijs eligo secūdam opinionem, tanquam iuri magis consentaneam. Nam reuera magni ponderis est argumentum illud, quod cùm iure feudorum multæ sint causæ expressæ, quibus vasallus feudo priuetur, nullibi tamen expressa est hæc causa, vt priuandus sit vasallus feudo propter non solutam pensionē siue censum: Sed nec causa ista cessationis in soluendo censu similis est expressis causis, vel illis maior. & quod maximè perpendo, non est causa ob quam feudum dari solet: nisi quis feudum impropriè accipiat pro emphyteusi: sed fidelitas est illa, quæ vasallo incumbit ex concessione beneficij, ac feudi; vt non parum miratus sim, distinctionem illam tertiæ opinionis in illo membro, quo non fidelitas præstanda est, sed tantùm cēsus: quia fidelitas est ita feudo substantialis, vt remitti non possit, quin contractus meritò aliud nomen, aliamq; induat naturā. Obseruandum est igitur nullius momenti esse prioris

sententiæ

A sententiæ argumenta. Nam tex. in d.§.Sed nec alia.non de solutione census annui loquitur,sed de pręstatione seruitij,quam vasallus recusat. Nusquam autẽ toto iure feudistico censum & pensionem *seruitium* appellatum animaduerti. Nec simplex negligentia vasalli punitur eo in loco feudi amissione, sed denegatio ac recusatio seruitij; conuenienter textui, c.licet.si de feudo defuncti contentio sit inter dom.& agna.defuncti. Quamobrem nullius momenti illud argumentum esse videtur.

Ad argumentum illud, quod dicitur, donationem reuocari posse,si pacta non seruẽtur, respondeo,non rectè ad rem nostram induci, quia pacta quæ concessioni feudi adijciuntur in fidelitate consistunt, quam si non præstet vasallus,meritò priuandus est feudo. Pactum autem annui census non est causa concessionis feudi, nec facit vt feudum videatur sub modo quodam siue conditione datum & concessum, sicut in donatione: nam is cui donatur, nullum præstare aliàs seruitium fidelitatis tenetur:ideo si pacta non obseruet,quibus se obstrinxit,reuo- B catur donatio:summa ratione,ne donatas res accipere,& liberalitatem irridere donatoris videatur. At vasallus dicet se paratum esse ad seruitia præstanda,si fuerit à domino requisitus,in qua re principaliter consistit eius obligatio & onus. Nec tex.in d.§.Prædictis modis,dicit feudũ amitti ex illis causis,ob quas donatio reuocari potest: sed hoc dicit, prædictos modos qui superius enarrati sunt amissionis feudi,iuri & rationi consentaneos esse: idque ex causis,ob quas filij exhæredari possunt,& donationes reuocari perspicuè ostendi posse:sunt enim multæ causæ exhæredationis liberorum,& reuocandę donationis,vel eędem,vel similes ijs,ob quas feudum amittatur:sed non idcirco infertur ex omnibus causis,ob quas donatio reuocari potest,etiam feudum amitti.

Tertium autem argumẽtum potius confirmat nostrã hanc sententiam quàm contrariam. Nam summus Pontifex in d.c.Ad Apostolicæ. dicit reprehensione dignum fuisse Fridericum,qui tanquam vasallus,censum non prę- C stiterat per annos nouem, non autem priuatione feudi ob eam causam dignum, sed ob alias iustas causas, quas ibi commemorat: inter quas istam quoque adnumerasset,si non potiùs ad reprehensionem, quàm ad priuationem pertinuisset.

Ad quartum argumentum notandum est, in his quæ iure feudali decisa non sunt, vtendum esse iure communi: quando sunt penitus omissa, nec tacitè vel expresse decisa. Cæterùm in materia nostra non est opus ad ius commune refugere: quoniã causæ,ob quas feudum amittitur,expressæ constitutæ sunt, & declaratæ in libris feudorum,quamobrem tacitè cautum, ac per consequentiã videtur ex alijs causis, non similibus, nec maioribus expressis feudum non amitti. Sed hæc causa,qua de agitur, nec expressa est inter alias, nec alijs expressis aut maior est,aut ijs comparanda. Ergo iusta causa amissionis feudi non est.

De tertia opinione iam dixi,illud membrum distin- D ctionis peccare, quo supponitur feudum esse sine fidelitatis onere & obligatione. Quarta autẽ sententia in priori articulo, distinctioni nostræ conformis est. In posteriori autem ideo peccat, quod vix tale feudum reperias, quod & seruitium exigat personale, & magnam pensionem annuam. Si tamen reperiatur,eò magis vasallo succurrendum puto,quò maiori pressus est onere: nec puto si fidelitatis seruitia præstare non recuset,feudum illi auferendum,licet negligens fuerit in solutione census:quia illa est minus principalis, quàm personale seruitium: sicut persona rebus antecellit.

Quæ responsio sufficit ad confutandam quoque Iasonis distinctionem, quæ malè proponit nobis feudum,in quo maior sit ratio habenda census annui, quàm seruitij personalis: Id enim raro accidere potest, & naturæ feudi maximè repugnat, in quo præcipuè fidelitas spectari solet.

CAPVT LXXXVIII.

Si vasallus vltra fines dati feudi per errorem facti, aliquid præscripserit, postea feudo ad dominum reuerso, an etiam pars alterius præscripta, ad dominum pertineat?



NEgat Baldus ad dñm pertinere in cap. Rursus. nu.6.controuer inuestiturę,refert & sequitur Curtius iunior,par.4 num.90.Baldus de Præscript.4.par.4.partis princip.q.12. princip.q.5. nu.14. Fundamentũ est,quia vasallus nõ pręscripsit illud, quod vltra confines erat vigore tituli,quem à dño suo habuit,tunc enim in consequentiam tituli, ad dñm res præscripta pertineret,sed præscripsit ex errore facti;& adsertur pro argumento textus in l.Debitor.§.vlt.ff.ad Treb. in illis verbis: *Quia non quasi hæres,sed quasi mater accepit: nec occasione hæreditatis, sed errore ex pacto habuit.*

Contrarium docuerunt Martinus Laudensis, in d.§. Rursus.de cõtrouersia inuest.& alij quos refert & sequitur Ludolphus Schraderus,2.par.9.partis princip.sectione 2.nu.6.7.Et hæc sententia mihi placet.

Probatur,qm̃ p̃scriptio est accessoria tituli, & ideo eũ sequitur, ad quẽ titulus reuertitur.l.Si alienã.l. Qui alienã. ff.de don.causa mortis.l. Iure succursum.§ Si pater.ff.de iure dotiũ.l.Indebiti.§.Sed & si nummi.ff.de cõd.indeb. l.Is qui alienum.ff.de solution.notat speculator ti.de Emphyteusi,q.53.Iason ad l.2 nu.159.C.de iure Emphyt.

Non obstat argumentum contrariæ sententiæ,quia negari potest id quod assumitur in eo, nimirũ præscriptionem hoc in casu,non ex titulo proficisci,sed ex errore vasalli præscribentis: Nam licet nõ immediatè procedat ex titulo,procedit tñ occasione tituli; Si enim vasallus nullum titulum haberet, error facti non ei prodesset ad vsucapionẽ longi temporis: quia requiritur bona fides,& iustus titulus verus vel putatiuus,originem habens ex errore facti iusto.l.Celsus. ff. de vsucap. Illud argumentũ nihil mouet,quod sumebatur ex l Debitor.§ vlt.ff.ad Trebel. Quia ibi mater dotem consequitur ex pacto tanquã mater,non aũt tanquam hæres, licet pactum nõ valeret, quia filius matri nõ poterat pacisci dotem reddi. Sed error adiudicationis factæ per arbitrum familiæ herciscundæ matrem defendit: Erat autem rogata hæreditatem restituere: quare id quod non occasione hæreditatis, nec tanquam hæres habuit, restituere non cogitur. In facti specie à nobis proposita vasallus occasione tituli vsucepit rem alienam vltra confines, eidem suffragante iusto errore facti. Arbitrabatur enim eo vsque feudum pertinere,quo vsque possidere cepit. Quod si proponatur vasallum aliquid vltra feudi terminos præscribere, non vt vasallum, sed vt extraneum ex alia causa vel titulo, quàm feudali, quia tunc non occasione tituli præscriptio inducitur,priori sententiæ facilè assentior.

CAPVT LXXXIX.

Si vasallus, cui datum est castrum in feudum, absque iurisdictione, acquisiuerit iurisdictionem suis sumptibus & industria, an extincto iure ipsius feudi,ad dominum reuertatur castrum, cum iurisdictione acquisita?



CAstrum absque Iurisdictione datum est in feudum,vasallus emit Iurisdictionem. Feudũ ad dominum reuertitur generatione finita, verũ etiam cum iurisdictione reuertatur,Baldus & Aluarotus responderunt,non reuerti cum iurisdictione, in cap.1.§.E contrario.de inuestitura de re aliena facta, Ruinus in cons.14. lib.1. Clarus §.Feudum.q.88.in fine. Sed contrarium docuit Præpositus in d.§.E contrario. quem secutus est Augustinus Berous,q.96.

Omnis difficultas pendet ex d.§.E contrario. cuius verba hæc sunt: *E contrario autem si quid feudo à vasallo additum sit, si quidẽ tale adiectum sit,quod per se subsistere*

possit, id est, vt per se censeatur, vt prædium, id non accrescit fendo. Si verò per se non possit subsistere, vt seruitus, plerisq; placeat feudo accedere, & sicut partē feudi disponendā esse. Meliorē namq; conditionē feudi facere pōt, deteriorem verò sine domini voluntate, vel eorum agnatorum, ad quos per successionem feudum pertinet, facere non potest.

Qui negant iurisdōnem ad dñm reuerti, hoc perpendunt, Iurisdōnē per se consistere posse, ac per se censeri, vt prædium, quia fieri pōt, vt alius iurisdictionem habeat in castro, alius autem dñs sit castri, vt mœnia castri, atq; adeò ipsius dominium ad alium pertineat, ad alium verò Iurisdictio ipsius castri, & in ipso castro. & hoc ipsum quæstio supponit, dum proponitur datum in feudum castrum absque iurisdictione, & postea vasallum ab eo, cui competebat emisse, aut alio titulo accepisse.

Qui verò affirmant, castrum simul cum iurisdictione ad dominum redire, iurisdictionem seruituti æquiparāt; sicut enim seruitus inest castro, ita & iurisdictio, nam sine castro intelligi non potest, quempiam in castro iurisdictionem habere.

Sed vereor vt ista cōparatio seruitutis et iurisdōnis bona sit. Seruitus.n. per se consistere nō pōt; hoc est, nemo pōt seruitutis ius habere in castro, nisi etiam castrum habeat: Realis enim seruitus sine prædio constitui non potest. At quempiam iurisdictionem in castro alterius habere id & fieri, & facilè intelligi potest. Inest ergo iurisdictio castro, seu territorio *passiue*, vt loquūtur doctores quos refert Hierony. à Monte de finib. c. 10. nu. 16. quia nisi castrum sit, iurisdictio non est, quia in castro exercetur, sed non per omnia inest, cùm alius castrum obtinere, alius iurisdictionem in castro possit. quare neganti sententiæ me socium haud grauatum adiungo.

CAPVT XC.

Si vasallus propter culpam feudum amittat, & ad dominum reuertatur, an quascunque meliorationes amittat, quæ per se consistere non possunt?

NOn puto dñm lucrari posse, cùm vasalli iactura grādes meliorationes feudo adiectas, ex quibus eius precium auctum est, quæque extraordinariæ dñr, quia non tenet eas facere vasallus, ex lege feudalis conuentionis ordinaria. Neque.n. iustum est, quemquā locupletari cum aliena iactura. l. Nā hoc natura. ff. de cond. indeb. l. Iure naturæ. de reg. iur. Sic videmus colonū culpa sua expulsum, sumptus vtiliter factos in vineis instituēdis repetere posse, pp quas denis amplius aureis annuis locari ager poterat, cum lege locationis comprehensum non esset, vt vineas poneret. l. pen. l. Dñs. §. 1. ff. locati. Quid plurib. opus est? Etiam malæ fidei possessor hmōi sumptus repetit. l. Planè. ff. de petit. hæred. Sic docent Bald. in §. Adeò inst. de locato, Arius Pinel. ad l. 2. parte 2. cap. 3. num. 9. C. de rescind. vend. Menoch. de recup. rem. 15. nu. 504.

D Sed contrariū voluit Guido Papæ decis. 169. & 438. Berous, q. 96. post nu. 4. Ludolphus Schraderus alios citans, quorum tamen multi nō loquuntur in terminis nostris, in 2. parte 9. partis princ. sect. 2. num. 16. 17. Horum fundamentum est in l. 2. C. de iure emphy. vbi emphyteuta amittit meliorationis sumptus, quando ob canonē non solutum cadit iure suo. *Nulla ei*, inquit textus, *in posterum allegatione nomine meliorationis, vel eorū quæ emponemata dicuntur, vel pœna opponenda.*

Et inter alios Schraderus perpendit his verbis, emphyteutam repelli à petitione quarumcunque meliorationum, quia textus dicit, *meliorationis vel eorum, &c.* Quare non solùm emponemata non repetit, sed nec etiam alias quascunque meliorationes, siue magnas, siue paruas, quia verba legis generalia sunt, omneque meliorationum genus comprehendunt: Et ideo ob culpam commissam iure permissum videtur, alium cum alterius

A iactura locupletari. Nam quod quis ex culpa sua damnū sentit, non intelligitur damnum sentire. l. Quod quis. 203. ff. de reg. iuris.

Verùm ista nō me remouent à priore sententia. Nam quod attinet ad l. 2. C. de iure emphyt. non ille sensus est, minimè audiendū emphyteutā allegantē eiusmodi meliorationes magnas, qbus fundus pluris efficitur, & quas ex lege cōtractus facere nō tenetur, sed allegantē meliorationes, quæ emponemata dñr: illa enim dictio, *vel*, non significat emponemata à meliorationibus differre, sed vnā & eandē rem esse in ea lege, & quasi synonyma, ac si diceret nulla allegatione in posterū opponenda nomine meliorationis, siue eorū, quæ emponemata dicūtur, quasi meliorationis verbum generale, explicetur ex adiuncto verbo emponemans. Sunt enim emponemata meliorationes, quibus scilicet res sterilis excolitur, conseritur, & melior efficitur, secundum naturam contractus emphyteutici, quarum meliorationum ius acquirit ipse emphy- B teuta, vt declarat tex. in l. 3. C. de iure emphy. ibi. *Cùm dubitabatur, vtrum emphyteuta debeat cum domini voluntate suas meliorationes, quæ græco vocabulo emponemata dicuntur, alienare, &c.* Dictionem autem, *vel*, aliquando expositiuè accipi demonstrat. l. Si familia. & ibi Duarenus notat. ff. de iurisd. om. iud.

Quod verò dr, vasallū in culpa esse, & ideo damnū sua culpa sentire, verùm est eatenus, vt dño feudū aperiatur, non ēt vt ædificia, & alias magnas meliorationes vtiles, quas facere tenebatur, amittat. Est enim in culpa ēt possessor malæ fidei, & nihilominus vtiles sumptus repetit. d. l. Planè. In culpa ēt colonus est, qui debitā mercedē & pensionē non soluit, & nihilominus sumptus istiusmodi repetit, vt in d. l. pen. & d. l. Dñs. §. 1. ff. locati. Benignius ergo & æquius est, vt vasallus cōsequatur sumptus meliorationis. iuxta text. in §. Si vasallus. Hic finitur lex, &c. Quanquā nō ibi agatur de feudo ob culpā ad dñm reuerso: quia eadē est æquitatis rō, quod erat à cōtrariæ senten- C tiæ fautoribus diligētius pensitandum, quia hæc est iustitia, vt suum, cuique tribuatur, non id quod est alterius, vt pœnæ interpretatione moliantur, æquitas postulat, vt nemo ex aliena iactura locupletetur, naturalis ratio docet.

CAPVT XCI.

Si meliorationis sumptus à vasallo factus liquidus non sit, & dominus fideiussorem dare paratus sit de sumptibus ei facta liquidatione soluendis, possitne feudum vendicare.

SEd rursus cōtrouertitur. Feudo ad dñm deuoluto, vasallus vel hæredes illius illud retinere volūt, donec sumptus meliorationis à dño soluatur: Dñs fideiussorē offert de soluēdo facta liquidatione, an feudū vendicare possit? Nō pōt hæc con- D trouersia iuribus feudalibus definiri, sed cōfugiendū ad ius cōmune. Paulus Castrensis in cons. 270. lib. 2. non tñ de feudo verba faciens, respondit, prius esse restituendos sumptus, licet liquidi non sint, nec fideiussorem oblatum prodesse, idem respondit Ruinus in cons. 84. circa finem lib. 1. Tiraquellus de retractu cōuent § 7. Gloss. 1. nu. 13. Menochius de recuper. possess. remedio 15. n. 568. & seq.

Sed contrarium docuerunt Andreas Siculus cons. 36. nu. 32. lib. 2. Neguzant. de Pignorib. 4. p. 5. partis princip. cōclus. 3. Socinus iunior cōs 62. nu. 6. 7. lib. 1. Gozadinus cons. 100. nu. 21. Benintendus decis. 77. Marzarius de fideicommissis par. 3. q. 66. & in terminis vasalli alios citās Schraderus par. 2. partis 9. princip. sect. 2. nu. 31.

Prioris sententiæ fundamentum est in l. Item liberatur. §. 1. ff. quibus mod. pigno. vel hypo. sol. in l. 10. ff. de pigno. act. in l. Promissor. §. vlt. ff. de constit. pecun. in l. 4. § Ait Prætor. ff. de re iud. l. 5. in fine. ff. de statu lib. quibus legibus hoc cōstitutum est, eum qui soluere tenetur, non

esse

eſſe audiendum ſi velit fideiuſſorem dare.

1 His accedit quod leges concedunt retentionẽ rei pro ſumptibus factis.l.Si in area.ff.de cond. indeb. l. In fundo.ff.de rei vend.l. pen.ff.locati. neque excipiunt eũ caſum quo quantitas ſumptuum liquida non ſit.

Poſterioris autem ſniæ, quam veriſſimam puto, præclarum eſt fundamentum in l.5.ff.de ſtatu liberis. Pomponius: *Statu liber rationem reddere iuſſus,reliquum quod apparet ſoluit,de eo quod obſcurius eſt,ſatis dare paratus eſt. Neratius & Ariſto rectè putant liberum fore* Idem docet text.in l. Seruus ſi hæredi. §. vlt.ff.eod tit.

Hoc igitur in caſu ſatisfactio pro ſolutione eſt, vt & aliàs ſæpe. l.Satisfactio.ff.de ſolu. l.Solutionis.ff.de verb. ſign. Ne ius liquidum & certum, nimirum iuſta vendicatio feudi retardetur ex illiquida exceptione ſiue petitione ſumptuum,argum.l.vlt.C.de compenſatio.

Et omiſſis ijs regulis, ratio iuſtitiæ hoc poſtulat, vt feudum domino reſtituatur oblato fideiuſſore de ſumptibus reſtituendis. Nam per dominum nõ fit, quo minus ſumptus poſſeſſori refundantur; cùm eorum quantitas incerta ſit,& obſcura. Rurſus cur deberet vaſallus feudũ retinere? nunquid vt eius lucro fructus cederent? At iam ad dominum pertinere cœpit, ergo iniquum eſt, rei ſuæ eũ fructibus carere. l. Et ex diuerſo. §.1. ff. de rei vend. An retinebitur feudum loco pignoris pro cautione vaſalli, donec ſoluantur ſumptus? at iam cautum illi eſt fideiuſſoribus datis. Fruſtrà ergo, inutiliter, feudum retineret; Hoc autem iuſtitiæ conſentaneum non eſt, non magis, quàm vt alienum quis iniuſtè detineat.

Ad argumentum contrariæ ſententiæ reſpondeo, leges citatas loqui cùm ſolutio facienda eſt certę ac liquidę quantitatis pecuniæ; Non obſtat quod opponitur, retẽtionem rei generaliter permitti, donec ſumptus meliorationis reſtituantur. Id enim ita accipiendum eſt, vt iuri non aduerſetur, æquitati non repugnet, & neminẽ iniuſtè lædat, ius ſuum nemini auferat, vt rationi ſit conſen-
C taneum. Sic erit igitur accipiendum, vt ſi quantitas pecuniæ meliorationis nomine ſoluendæ certa ſit, illa debeat reſtitui, nec ſufficiat alia ſatisfactio abſque conſenſu poſſeſſoris. Cæterùm, ſi incerta ſit & obſcura quantitas, non ſit impediendus rei dominus, quò minus rem ſuam conſequatur, ſi eo nomine ſatisdare paratus ſit. Ita Iuriſconſultus docet in d.l.5.ff.de ſtatu lib. Si principium cum fine reſponſi coniungatur.

Quamobrẽ nec illis aſſentiri poſſum, qui exiſtimãt nõ prodeſſe ſatiſdationem eo caſu, quo iudicis ſententia iubetur dominus meliorationis ſumptum reſtituere, licet non ſit liquidus. Etſi enim iuſſus ſoluere non liberetur datis fideiuſſoribus l.4.§.Ait prætor.ff.de re iud. id tamẽ accipiendum eſt cùm certa quantitas pecuniæ ſoluenda eſt, non autẽ incerta & obſcura, vt colligi poteſt ex d.l.5. ff.de ſtatu lib. nec ſolus ſum in hac ſententia contra Caſtrenſem in d.conſi.270.lib.2. & alios qui eũ ſequuntur, inter quos Burſatus conſi.184.nu.57.lib.2. quia idem an-
D te me docuerunt multi alij, quos refert & ſequitur Ripa ad l.4.§. Ait Prætor, nu.7.ff.de re iud. qui cùm debitum liquidum non eſt, condemnatum ad ſoluendum liberari datis pignoribus vel fideiuſſoribus docuerunt.

CAPVT LXCII.

Sitne feudum vaſallo tacitè obligatum, ob meliorationes in eo factas.


Iſputari etiam poteſt, vaſallo competere tacitam hypothecam in feudo ob ſumptus meliorationis factos, ex ijs, quę tradit Ripa ad l.Vbi purè.§.vlt.nu.2.adducta. l. Interdum. Cũ.l.ſeq.ff qui potiores in pig. habeau. Rurſus non competere, ex ijs, quę docet Aretinus ad l.Si quis rem.ff.de acquir poſſeſſ. ad finem, quem refert & ſequitur Pariſius in annotationibus ad Bart. in l. In fundo.ff.

A de rei vend. Vel diſtinguendũ eſſe cũ Ludolpho Schradero par.2.9.partis princip.ſectione 2 nu.49. inter ſumptus qui fiunt pro reficiendo vel conſeruando opere iam facto, & eos qui fiunt pro nouo opere extruendo. Priore in caſu tacitam hypothecam vaſallo competere, poſteriori non competere. Sed magis eſt, vt putem, nõ competere tacitam hypothecam vaſallo pro huiuſmodi ſumptibus, nulla diſtinctione adhibita. Nam tacita hypotheca eſt quoddam iuris priuilegium, quod à nobis ſine legis authoritate ſtatuendum, atque inducendũ non eſt. Nulla verò lex adfertur, quæ tacitam vaſallo hypothecã tribuat. Nam l.1.ff.in quib.cau.pig. tacitè contrah. loquitur de mutuante in refectionem rei, vt patet ex illis verbis: *Pignus Inſulæ creditori datum, qui pecuniam ob reſtitutionem ædificij extruendi mutuam dedit*. In eundẽ modũ loquitur.l.5.ff qui potiores in pign. habean. illis verbis: *Vt puta, ſi in rem ipſam conſeruandam impenſum eſt, quod ſequens credidit*. Fateor pro ſumptibus retentionẽ compe-
B tere, quaſi ea res loco pignoris fuerit. l.Si i area.ff.de cõd. indeb.l.Creditoris.§.vlt.ff.de furtis. Et hoc fortaſſis aliquos feſellit, vel potius illud, quod de creditoribus pecunię in refectionem & conſeruationẽ rei conſumptæ veteres iuris authores tradiderunt: hęc ad vaſallum, qui feudum poſſidens, ſumptus fecit, non ſunt extendenda. Nec rectè quiſpiã argumẽtari poteſt ex eo, quod ſcribit Cuiacius lib.19 obſeruat. c.20. Si quis ceſſante dño vltrò ſuis ſumptibus ædificiũ reſtituerit, idẽ priuilegiũ exactionis habere, cũ tacita hypotheca, ex oratione D.Marci & Senatuſcõſulto poſt eã ſecuto, iux.l. Cùm duobus, aliàs eſt. l.Si fratres.53.§.Idem rñdit.ff. pro ſocio. Nam dñs feudi nõ poteſt dici ceſſare, cùm vaſallus feudum poſſidet: nec vaſallus reſtitutionis ędificij cauſa ſumptus facere dicit, quaſi negotium gerens domini, ſed ſuum magis: cùm ipſe ius in feudo habeat. Quanquam feudo ad dominum reuerſo, iuſtè ipſi debeantur ſumptus meliorationis.

CAPVT XCIII.

Meliorationis ſumptus qui debet vaſallo reſtitui, feudo ad dominum reuerſo, ſit ne ſecundùm æſtimationem præſentis temporis reſtituendus, ſi fortè maior æſtimatio eßet ædificij ac meliorationis, quàm ſumptus à vaſallo factus?


Oniungendum eſt hoc caput cum cap.65. hoc eodem libro, quia controuerſia hæc cum illius capitis controuerſia magnam habet affinitatem, licet an ſeparatim hic tractetur, vel ibi coniunctim tractaretur, non multum intereſt. Vaſallus fecit ſumptum in feudum, eius refuſionem dominus, cui apertum eſt, offert. Sed lis oritur ex eo, quòd vaſallus expoſuit, gratia exempli, centum, melioratio verò nunc ducentis æſtima-
D tur. Quæritur an quod expenſum eſt ſufficiat reſtituere, an quatenus res precioſior facta eſt, id eſt, præſentis temporis æſtimationem, quæ ſumptuum quantitatem excedit, dominus vaſallo reſtituere teneatur. Et licet quæſtio controuerſa ſit, & dubia, ne tamen diu lectorem morer; exiſtimo eatenus dominum teneri, quatenus expenſum eſt, & ſic textum accipio in cap.1.§. *Si vaſallus*. Hic finitur lex.cùm ait: *Precium meliorationis ſoluatur*. Mouet me primùm text.in l. In fundo. ff.de rei vendic.in illis verbis: *Reddet impenſam, vt fundum recipiat, vſq; duntaxat, quo precioſior factus eſt, & ſi plus ſumptus precio acceſſit ſolum quod impenſum eſt.*

Secundò, Conſtantinus Hermanopulus in promptuario iuris lib.2.tit.1.Rub. de bonę fidei poſſeſſore, qui ſic ſcribit: *Vult conſtitutio cum ei qui bona fide poſſedit, rei melioris & precioſioris facta aliqua impenſa refundantur, ſiquidem modicis ſumptibus magni precij res quis in prædio poſſeſſo erexerit & ſtatuerit, vt vineam, oliuetum, & id genus,*

mus, ſolum quod impenſum eſt reſtitui. Cùm verò quis multa quidem in rem inſumpſerit, ſed non multò eam precioſiorem effecerit, et ſolam rei æſtimationem præſtari, vtpote cũ ea, quibus rẽ ornarit & inſtruxerit, quam pauciſſima ſint. Inſcitia etenim ſuæ adſcribat, qui tantopere laborarit, vt inconſultò in terram tenuem forſan, & ſterilem quaque ſibi credita tueri non poſſet, tantam pecuniam ac ſumptum conferret.

Tertiò, mouet text. in l. Intra vtile. §. Vendentibus. ff. de minoribus, illis verbis: *Niſi ſi maluerit omnes expenſas, quas bona fide emptor feciſſe approbauerit, eo pſtare, &c.* & in c. 1. de in integrum reſtitut. illis verbis: *Prouidendum eſt tamen, ne ſi fortè coloni poſſeſſiones illas expenſis ac labore ſuo reddiderint meliores, ſumptibus, quos bona fide fecerunt, debeant defraudari*, vbi vides ſumptus reſtituendos eſſe, non aliud, præter ſumptus, quod fundo acceſſit.

Quartò, rationem & cauſam perpeodo iuſtitiæ commutatiuæ, illa præcipit æqualitatem ſeruãdam, ius ſuum vnicuique tribuendum, non plus, At vaſallus fecit ſumptum in rem feudalem, iuſtum ergo vt refundantur, ne dominus feudi locupletetur cum iactura vaſalli. Verùm ſi ex ſumptibus meliorationis plus precij fundo acceſſit temporis proceſſu, hæc res non accidit labore, opera, pecunia vaſalli, ſed temporis varietas hoc tulit, id igitur cedat commodo domini feudi, non vaſalli.

Hanc ſententiã amplexi ſunt Paulus Caſtrenſis conſ. 270. nu. 3. lib. 2. Tiraquellus de retractu conuentionali. §. 7. Gloſ. 1. nu. 8. Felinus in c. Cùm cauſa. nu. 28. de re iudi. Hartmannus Piſtorius lib. 2. quæſt. iuris, parte poſteriore, quæſt. 42. num. 18. Ludolphus Schraderus par. 2. 9. partis princ. ſect. 2. num. 100.

Contrarium reſponderũt Bald. in cap. 1. §. Si vaſallus. hic finitur lex. Ruinus conſ. 117. lib. 3. Bertrandus conſ. 2. nu. 15. lib. 1. p. 2. Roland. à Valle cõſ. 28. & cõſ. 30. lib. 1.

Quorum fundm̃ eſt in l. Domos. de leg. 1. exiſtimarũt enim Papiniani reſponſo illo probari, æſtimationem pręſentis tpis eſſe ſpectandam, vt latè diſputat Menoch. de recup. poſſeſſ. remedio 15. nu. 557. Rectè, nam iuſta precia ex præſenti æſtimatione conſtituuntur, non ex præterita. l. 3. §. Diui. ff. de iure fiſci. l. 2. C. de patrib. qui filios diſtraxerunt. Sed non rectè illam conſequentiam intulerunt, ſi precium ſumptuum factorum minus ſit quàm meliorationis æſtimatio, ipſam meliorationis æſtimationem præſtandam eſſe. Nam de hac re nullum verbum Papiniani reſponſum habet. Reddam illud vt in Florentino Codice legiť, teſte Antonio Auguſtino lib. 3. emendationum Iuris, cap. 1. *Domos hæreditarias exuſtas, & hęredis nummis extractas, ex cauſa fideicommiſſi poſt mortem hæredis reſtituendas, viri boni arbitratu ſumptuum rationibus deductis & ædificiorum ætatibus examinatis reſpondi. ætatibus*, id eſt, magnitudine & amplitudine ædificiorum, vt explicat Cuiacius lib. 6. obſeru. c. 3. vel *ætatibus*, id eſt, quantitate, menſura & magnitudine corporis cuiuſque, nam & meus Codex habet *quantitatibus*, vt explicat idem Cuiacius ad lib. 9. reſponſorum Papiniani, vel *ætatibus*, id eſt, vetuſtate ædium ſenio confectarum. l. Si quando. 15. C. de operibus publ. Fornerius lib. 1. Selectionum, cap. 2.

Certè nullum verbum ibi legiť, ex quo illa conſequentia probetur. Quare illa diſtinctio, quam nonnulli attulerunt, inter bonæ fidei poſſeſſorem, & dominũ rei, qualis eſt vaſallus, non mihi vr̃ iuri conſentanea, tum quia vaſallus non eſt rei dominus, ſed ius in rem habere dicitur, quod noſtri vtile dominium appellant. Deinde, quia non aliam ob cauſam ſumptus meliorationis conſequitur, quàm bonæ fidei poſſeſſor conſequatur; Tertiò, quia nec ſi dominus ſit reuocabiliter, vt vocant, ſicut hæres reſtituere rogatus fideicommiſſario iuuari poteſt Papiniani reſponſo, vt precium meliorationis conſequatur, ſi maius ſit, quàm ſumptus in rem facti. Neque enim Papinianus hoc dicit. Erit ergo ex Papiniani reſponſo arbitrio boni viri æſtimatio ædificiorum conſtituenda, vt re-

A ſtituatur id, quod impenſum eſt, ſi minus ſit: ſi verò maius, vt refundatur precium meliorationis, hoc eſt, ipſius ædificij, ſecundum. l. In fundo. ff. de rei vend.

CAPVT XCIIII.

Si vaſallus ob crimen aliquod (feloniam appellant) feudo priuandus ſit, an fructus ante ſententiam latam perceptos reſtituere teneatur?



GRauis & non parui momenti controuerſia eſt. Vaſallus crimen cõmiſit, propter quod nõ ipſo iure priuatur feudo, ſed per iudicis ſententiam priuandns eſt. Antequam ſententia proferatur ex feudo ipſe fructus percepit, an lata poſtea ſententia priuationis feudi reſtituere eos teneatur. Duæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ. Vna teneri, nec eos lucrari, ac ſuos facere poſſe. Ita
B Caſtrenſis ad l. 1. C. de his quibus vt indignis, & eodem in loco Angelus, Alex. & Iaſ. Martinus Laudenſis in c. 1. & ibidem Præpoſitus quib. mod. feudum amittatur in 2. Iacopinus in inueſtitura feudali, in verbo. Dictiq; vaſalli. nu. 53. Zaſius par. 10. nu. 74. Antonius Burgenſis in c. Ad noſtram. nu. 34. de empt. & vend. Bernardus Diaz. in pract. etim. cap. 123. Couuar. de ſponſalib. p. 2. cap. 6. §. 8. num. 7. Ludolphus Schraderus 2. parte 9. partis princ. ſectione 3. num. 34.

Altera non teneri, ſed ſuos facere. Ita Corneus ad d. l. 1. C. de his quibus vt indig. Cardinal. in Clem. Conſtitutionem. §. Cæterùm. de elect. Fel. in c. De quarta. nu. 33. de præſcript. Curtius ſenior conſ. 60. nu. 30 Brunus conſ. 41. nu. 49. Peregrinus de iure fiſci lib. 5. tit. 1. nu. 174.

Prioris ſententiæ fundamentum eſt in l. 1. C. de his quibus vt indignis Impp. Seuerus & Antoninus: *Heredes, quos necem teſtatoris multam omiſiſſe conſtiterit, fructus integros coguntur reddere, neque enim bona fidei poſſeſ-*
C *ſores ante controuerſiam illatam videntur fuiſſe, qui debitum officium pietatis ſcientes omiſerunt.*

Poſterioris ſententiæ multa huc adſerre poſſem argumenta ex Felino loco annotato, quæ refert & refellit Antonius Burgenſis loco proximè citam, ſed non pum me operæ precium facturum, cùm admodum ſint leuia. Illud eſt præcipuum argumentum, ex quo & ipſe adduci patior, vt credam, hanc ſententiam probabiliorem eſſe, Vaſallus antequam per ſententiam iudicis feudo priuetur, iuſtè poſſidet feudum, Ergo facit fructus ſuos. Conſequentia patet, quia eſt in bona fide, & iuſtum etiam habet titulum, l. Bonæ fidei. ff. de acq. rer. dom. l. Qui ſcit. ff. de vſuris. Et licet crimen admiſerit priuatione feudi dignum, tñ titulum non amiſit, quem habuit antequã ſententia proferretur, ſed iuſtè feudum retinere potuit.

Reſpondet Antonius Burgenſis, conſequentiam argumenti bonam eſſe, ſed non rectè inferri, titulo poſtea reuocato (ſcilicet per ſententiam priuationis) fructus, licet
D licitè perceptos non reuocari: Nam fructus reuocari titulo reuocato probat. l. Cùm autem. §. pen. ff. de ædil. edicto. l. Cùm quis. ff. de condict. ob cau. l. Imperator. ff. in diem addict.

Sed replicari poteſt, exempla legum allegatarum longè diſſimilia eſſe. Nam quod attinet ad l. Cùm quis, quæ loquitur de donatione cauſa mortis, ideo donatore conualeſcente fructus ſunt reſtituendi, quia donatio cauſa mortis non videtur perfecta, antequam mors donatoris inſequatur. l. Non videtur. ff. de donation. cauſa mortis. Quod verò attinet ad l. Cùm autem. §. penult. loquitur lex illa de venditione facta contra edictum, quæ ita reſoluitur, vt nihil amplius emptor conſequatur, quàm haberet, ſi venditio facta non eſſet, vt ibi dicitur nõ procul ab initio legis. Et latiùs in l. 1. ff. eod. tit.

Multò minus ad rem facit l. Imperator, quia accipienda eſt de venditione conditionali, nimirum vt perficiatur venditio, niſi melior conditio adferatur; nam ſi pura ſit ven-

sit venditio, quæ sub conditione resoluatur, fructus interea percepti ad emptorem pertineant, vt distinguitur in l.2.& sequ. eiusdem tituli.

Non igitur rectè leges illæ ad hanc quæstionem allegantur, nec rectè generalis doctrina ex illis tradita est, titulo reuocato, etiam fructus reuocari: Authores enim illarum legum rectè in exemplis ibi propositis, statuerũt regulam, fructus restituendos, verùm generalem, quę ad omnes casus trahatur, non tradiderunt.

Alij huc adferunt l. Videamus. 2. §. 1. ff. de vsuris, qua probatur, *eι qui petit id quod suum est, vel suum fuit, fructus etiam ante sententiam latam, & litem motam perceptos restitui debere*, sunt verba Schraderi. Nõ rectè id applicatur ad quæstionem nostram, quia non hic agit dominus feudi ad restitutionem feudi instituta in rem actione, vendicando rem suam, veluti à vasallo non iustè detentam. Iustè enim, & ex concessione & voluntate domini vasallus illam habuit, sed ad pœnam agit priuationis feudi: Huc pertinet iudicium, culpa seu felonia vasalli, huc spectat & à iudice proferenda sententia, ad ipsam respicit priuationem feudi. Non infirmat hæc sententia titulum in præteritum tempus vasalli, sed in futurum, vt scilicet vasallus posthac feudo sit priuatus, non vt olim priuatus fuisse videatur. Non trahitur retrò sententia & culpa vasalli, vt vno verbo dicam, sed feudum domino aperit in futurum. Cur ergo fructus ante sententiam iustè perceptos restituere vasallum oportere diximus? Quòd sit in mala fide post crimen perpetratum, ut in d. l. 1. C. de his quib. ut indign. Nequaquam hoc dicendum est, quia nemo tenetur pęnam subire ac soluere, antequã condemnetur, ut dicebat Glos. communiter recepta in cap. Fraternitas. 12. q. 2. S. Thomas 2. 2. q. 62. art. 3. Pręclarè Reuerendus Pater Gregorius de Valentia orbis & urbis huius ornamentum, uir incomparabilis prudentię ac sapientię, immortali laude & uita dignus, in commentarijs Theologicis Tomo 2. q. 5. de legibus, Punct. 6.

Sed quid ad l. 1. Respõdeo, latum esse discrimen, *nam hæres qui sciens defuncti vindictam omisit, & insuper habuit* (id est, neglexit) *fructus omnes restituere cogendũ existimaui, deceptum autem ignoratione facti, his bonæ fidei defensionem habiturum*, ita Papinianus in l. Hæres. ff. de quibus vt indig. Sic ergo quia ab initio est in mala fide possessor hędítatis, cùm sciat ex legibus, vel scire debeat, se adire non posse hæreditatem ante vindicatam defuncti necem. l. 3. §. Non tantùm. ff. ad Syllan. se non posse hęreditatem obtinere, si necem defuncti vindicare neglexerit, idcirco fructus restituit. At vasallus initio malã fidem non habet, nam feudum à domino legitimo modo accepit; nec in principio indignum se ob culpam vllã reddidit, nihil enim insuper habuit: & licet postea delictum commiserit, donec tamen in eum sententia priuationis lata sit, non ignorat se iustè feudum possidere, quia ante latam sententiam non tenetur pęnã subire; Quamobrem non est in mala fide, & consequenter non tenetur fructus restituere. Est igitur distinguendum, an quis indignus sit absque vlla iudicis sententia, siue executione, & is in mala fide esse dicitur, an verò indignus quidẽ sit, sed executio iudicis, ac sententia expectanda sit, & is ante sententiam latam non est in mala fide, præclarè Couuar. in reg. Peccatum in 2. parte §. num. 6. de regulis iuris, lib. 6.

CAPVT XCV.

Feudo ob vasalli mortem ad dominum deuoluto, quid sit de fructibus illius anni statuendum?

De fructibus illius anni, quo vasallus moritur, & feudum domino aperitur, ita iure feudali constitutum est in §. His consequenter. tit. Hic finitur lex Corradi; deinde consuetudines regni incipiunt: *Quod si vasallus decedat sine hærede*
A *masculo, & contingat feudum ad dominum reuerti, sic distinguitur. Quod si ante Martium, omnes fructus illius anni ex feudo prouenientes, ad dominum pertinebunt. Si verò post Calendas Martij vsque ad Augustum, omnes fructus, qui interim percipientur, ad hæredes vasalli pertineant, si verò post Augustum, omnes fructus anni percipit dominus. Quidam tamen dicunt, quocunque tempore anni decedat, omnes pendentes fructus ad dominum pertinere.*

Tres circa huius loci interpretationem sunt Doctorum sententiæ. Prima, ita accipiendum, vt verba sonant, ac proinde vasallo decedente post mensem Augustum, omnes fructus ad dominum pertinere. Ita Baldus & Iacobus Beluisius, Petrus de Ferrarijs in forma libelli, quo agitur ad restitutionem feudi, in verb. Nec superstitibus, num. 16.

Non placet hæc interpretatio, quia tũc textus non esset rationi consentaneus, sicut Baldus fatetur, quanquam conatur rationem aliquam adferre.

B Secunda est interpretatio ac sententia, nullam esse rationem habendam huius textus, quia illius distinctio iusta non sit; ideo spectandam esse distinctionem, circa fructuum diuisionẽ, quę seruatur inter hæredes fructuarij & dominum proprietatis, mortuo ipso fructuario. Ita Albericus ad l. Defuncta. ff. de vsufruct. & alij quos citat & sequi videtur Couuarr. lib. 1. variar. resolut. c. 15. n. 14. vers. Præterea nõ est omnino, quibus adde Ciuacium in comment. feud. lib. 4. tit. 30.

Non placet, quia magna est authoritas librorum feudalium, vt dictum est suprà cap. 2. hoc eodem lib. & in proposito fatetur Ancaranus in consi. 193.

Tertia est sententia, quam & ipse amplector, fructus diuidendos esse eo modo, quo textus dicit, ita tamen, vt quod ait textus, mortuo vasallo post mensem Augusti omnes fructus anni ad dominũ pertineant, sic accipiendum sit, id est, omnes fructus anni sequentis, non autem
C anni, quo defunctus est vasallus. Hanc sententiam secuti sunt Andreas Isernia, Aluarotus, Præpositus & Afflictus in commentarijs dicti loci, Zasius parte 10. num. 109. vers. Vltimo videndum de fructibus. Hartmannus Pistorius lib. 1. quæst. 24. num. 43. Ludolphus Schraderus parte 2. 9. partis princip. sect. 3. num. 73. 74. quod ego sic declaro. Annus, exempli causa, inchoari debet initio Septembris, si ante Calendas Martij moriatur, fructus illius anni, qui videlicet post mensem Martium percipientur vsque ad mẽsem Septembris, ad dominum pertinebunt: si post Calendas Martij decesserit, fructus pertinebunt ad hæredes vasalli, scilicet fructus qui percipientur vsque ad mensem Septembris, siue Augusti inclusiuè. Si verò post Augustum moriatur, omnes fructus anni ad dominum pertinebunt, non anni iam præteriti, sed anni noui inchoati, qui tunc incipit in Septembri, & iterum desinet in alium sequentem mensem Septembris, quæ supputatio, quam ob causam introducta sit, fateor me
D nondum assecutum esse, quamobrem locus erit l. Non omnium. ff. de legibus, licet quid Sonsbecius & alij hac de re dixerint, non ignorem. Igitur sic erit ineunda ratio, vt vasallo mortuo post exactum Augusti mensem (sic enim interpretor, licet aliqui malè post Calendas interpretati sint) fructus vindemiales in Octobri, & similes, qui tardius percipi solent, ad hæredes vasalli meritò pertinebunt, quia ille toto anno vineam coluerat, & expensas fecerat, fructus autem anni futuri, hoc est, nouiter inchoati, ad dominum pertinebunt.

CAPVT

CAPVT XCVI.

Vtrum etiam pensiones, fructus nomine contineantur in specie capitis praecedentis, nimirum d. §. His consequenter. tit. Hic finitur lex Corradi, &c.

SEd rursus controuersia est, an illa distinctio circa fructus, quæ continetur in d. §. His consequenter. tit. Hic finitur lex, &c. Et de qua in præcedenti capite disputatum est, accipienda sit latius, vt etiam pensiones cõprehendat. Affirmant Andreas Isernia, Baldus, Aluarotus, & Præpositus in cõmentarijs dicti loci, Hartmannus Pistorius lib. 1. q. 24. num. 57. Ludolphus Schraderus 2. parte, 9. partis principalis, sectione 3 nu. 53.

Negant Petrus Ancaranus in consi. 193. & Alex. ad l. Diuortio, nu. 3. ff. sol. matr. quibus me lubens sociũ adscribo. Nam præclarè Brissonius lib. 6. de verb. sign fructus nomen cùm ad corpus refertur, eos propriè, qui ex re ipsa naturaliter enascuntur fructus complectitur, ac proinde & ab vsuris, & à pẽsionibus, mercedibus, vecturis iumentorum cæterisque obuentionibus separatur. l. Ancillarum. 30. ff. de petitione hæred. l. Vsuræ 34. ff. de Vsuris. l. Cùm seruus. 39. §. Fructus, de legatis primò. l. Cùm de donatione. 11. ff. de donatio. Cum non natura perueniant, ne ex ipso corpore sint, sed de iure percipiantur, & ex obligatione. l. Si nauis. 62. ff. de rei vend. l. Vsura 121. ff. de verb. sign. Cùm igitur text. in d. § His consequenter, de fructibus loquatur, ex feudo prouenie͂tibus, non videtur pensiones comprehendere, quæ non ex corpore proueniunt, sed iure percipiuntur ex obligatione. Et licet pensiones sæpè vicem fructuum obtineant, id tamen ex iusta quadam interpretatione fit, non ex verbi significatione & natura: Nec vlla ratio est fructus nomẽ latè interpretandi, & ad pensiones producendi in hac qua de agitur disputatione: quandoquidem distinctio iuris feudalis, iuri communi satis consentanea non est, cõsequenter non extendenda. l. Quod verò contra. ff. de legibus, & cùm eius ratio non possit intelligi, consequenter intelligi non potest, an & in pensionibus locum debeat sibi vendicare.

Primum argumentũ contrariæ sñiæ est, quãdo alicui simpliciter conceduntur omnes fructus ad tempus certum vel incertum, ex aliqua re percipiendi vsusfructus concessus intelligitur. l. Si quis ita. 20. ff. de vsuf. l. Per seruum. 14 §. 1. ff. de vsu & habit. l. Cùm ita 41. ff. de vsufru. leg. sed tex. in d. §. His consequenter, loquitur de omnibus fructibus, vt patet ex illis verbis: *Omnes fructus illius anni ex feudo prouenientes, &c.* Ergo his verbis vsusfructus continetur. Vsusfructus autem proculdubio pensiones continet, sicut & omnem aliam commoditatem. l. Vsufructu legato. l. Item si fundi. ff. de vsufr.

Respondeo, maiorem propositionem tũc veram esse, cùm fructus in annos singulos legantur. Sic loquuntur leges allegatæ: Est enim perinde cùm in annos singulos fructus legantur, ac si vsusfructus legetur, quod & Accursius notauit in l. Per seruum. 14. §. 1. ff. de vsu & habitat. Nam cùm text. ibi dicat: *Vsusfructus an fructus legetur, nihil interest.* Accursius ait id verum esse, *cùm dico annuos fructus ad in singulos annos, vt in l. Si quis ita. 20. eodẽ tit.*

At in dicto §. His consequenter, non fit mẽtio fructus annui, siue in singulos annos relicti, sed fructus illius anni tantum, quo vasallus decedit ex feudo prouenientis. Ergo nihil argumentum obstat.

Secundũ est, quia fructus appellatione omnis vtilitas atq; commoditas intelligitur. l. Loci corpus. § In confessoriam. ff. si seruitus vend. l. Fructus de reg. iuris, imò & pensiones loco fructuũ naturalium subrogantur. l. Mercedes. 29. ff. de pet. hæred. l. Prædiorum. 36. ff. de vsuris.

Rñdeo, negari non posse quin appellatione fructuum etiam pensiones, mercedes, & id genus alia contineantur: verùm id ex iusta interpretatione accidit, cùm. s. iuris rõ & æquitatis ita postulat: nec fit mẽtio fructuũ, qui ex ipso corpore proueniũt, vt in d. §. His consequenter. Nulla autẽ iuris ratio, aut equitatis postulat, vt quod contra iuris rationem receptũ est in fructibus ex feudo, hoc est, ex corpote rei prouenientibus, producatur ad pensiones in casu nostro, quæ non propriè fructus dicuntur.

CAPVT XCVII.

Rursus de fructibus controuersia proponitur, vasallo mortuo & feudo agnatis aperto, sitne eadem adhibenda distinctio?

EXistimo fructuum diuisionem, quæ cõtinetur in §. His consequẽter. tit. Hic finitur lex, &c. seruandam esse non solùm eo casu, quo vasallo vita functo feudum ad dñm reuertitur, qui casus ibi expressus est, verum etiam cũ ad agnatos deuolutum est. Et moueor, quia eadem est ratio in vtroq; casu, & idem seruãdum esse indicat tex. in c. 1. An agnatus vel filius, &c. sic enim ait: *Si contigerit vasallum sine omni prole decedere, agnatus ad quẽ vniuersa hæreditas pertinet repudiata hæreditate feudum, si paternum fuerit, retinere poterit, nec de debito hæreditario aliquid feudi nomine soluere cogitur, sed in fructibus, si quos reliquit, vt de eis debitum soluatur, quo tempore decesserit, secundum quod supra diximus, considerabitur.* Tempus quo vasallus decesserit, considerandum est secundum ea quæ habentur in dicto §. His consequenter, quia fructus ad hæredes vasalli spectant, vel ad agnatos, secundum illam distinctioné, alioqui frustra tempus mortis vasalli considerabitur, frustra ad illam distinctionem relatio habetur.

Atque ita docuerunt Baldus, Aluarotus & Afflictus in d cap. 1. an agnatus, vel filius, Socinus senior in l. Diuortio. ff. sol. matrim. Sonsbecius in tract. feud. parte 10. Hartmannus Pistorius lib. 1. q. 24 nu. 50. Ruinus in cõsi. 14 nu. 8. 9. 10. 11. lib. 1.

Contrariam sententiam habuerunt alij, existimantes fructus esse pro rata anni diuidendos inter vasalli hæredes & agnatos, ita Raphael Cuman. in d. l. Diuortio. ff. sol. matr. & ibidem. Alex. num. 3. Marinus Frecia de subfeudis lib. 3 differ. 5. circa fin. Albertus Brunus cons. 106. Borgninus Caualcan. de vsufructu nu 244. VVesembecius consi. 93. nu. 8. 9. & 10. lib. 2. Ludolphus Schraderus de feudis, parte 2. 9. partis princip. sect. 3. nu. 82.

Fundamentum est, quia ita iure communi constitutũ est, vt fructus pro rata temporis diuidantur eo anno, quo maritus vita functus est inter hæredes eius & vxorem. l. Diuortio. ff. sol. matr. quod & in similibus casibus ex doctorum interpretatione receptum est, tanquam æquitati & iustitię consentaneum, Ergo idem etiam in fructibus feudi recipiendũ est: quandoquidẽ in illis aliter expressè libris feudorũ constitutum nõ apparet. Nec. n. distinctio illa quæ habetur in d. §. His consequenter, ad hũc casum producenda est, cùm loquatur de feudo ad dñm deuoluto, non autem ad agnatos. Etenim cùm exorbitet à iure communi, & à ratione iuris restringenda videtur potius, quàm extendenda. Nec tex. in d. c. 1. an agnatus, &c. illã distinctionem fructuum inter agnatos ac hæredes vasalli introducit, aut locum habere statuit. Sed hoc tantùm vult, ex fructibus feudi debita hæreditaria soluẽda esse. Aliud est autem de fructibus feudi, aliquẽ teneri vel nõ teneri ad soluenda debita, aliud verò fructus ex feudo prouenientes percipere, vel non percipere.

Sed hęc argumẽta parũ mouent, quia fateor constitutioné illam. §. His consequenter, strictè accipiendã esse, nec producendã ad cõsequentias: sed illud vrgeo, eandẽ esse rationé, siue feudũ aperiantur dño, siue agnatis. Deinde vrgeo tex. in d c. 1. An agnatus vel filius, in quo quidẽ tex. non id principaliter agitur, vt declaretur illã diuisioné fructuũ locũ habere inter agnatos, & vasalli defuncti hæredes,

hæredes, sed quo modo ex fructibus feudi debita hæreditaria sint soluenda, & ait textus; soluenda esse in fructibus, si quos vasallus reliquit. Vt autem hæc solutio ex fructibus fiat, ait textus considerandum esse tempus, quo vasallus decesserit. Nam fructus vasallo mortuo aliquando ad hæredes eius spectabunt, aliquando ad agnatos: quatenus ad agnatos spectabunt, illi tenebuntur ex fructibus debita soluere. Sin autem ad heredes pertinebũt, illi satisfacient creditoribus, non agnati. Quibus omnib. consideratis perspicuum euadit, authores iuris feudalis etiam hoc in casu locum habere voluisse fructuum diuisionem, quæ continetur in d. §. His consequenter, quia illa diuisio tempus mortis vasalli potissimùm considerat.

CAPVT XCVIII.

Sitne Laudemium domino soluendum pro consensu præstito alienationi feudi?

Non sunt pauci, neque obscuri nominis authores, qui existimauerint, Laudemium domino feudi soluendum ob consensum alienationi feudi præstitum ad exemplum rei emphyteuticæ, pro qua quinquagesimam soluendam esse domino satis cautum est in l. vlt. C. de iure emphy. Videtur enim eadem ratio; & aliàs sæpè argumentari ab emphyteusi ad feudum solemus. Glos. in c. Imperialem. §. Illud in verb. nisi requisitus, de prohib. feudi alien per Fridericum. Andreas Isernia in cap. 1. §. Similiter, de capitulis Corradi. Et Afflictus ibid. nu. 14. Hippolytus Riminald. alios citans in consi. 38. nu. 37. lib.

Sed contrarium responderunt alij multi, quos refert & sequi videtur Amadeus à Ponte, in quæstio. Laudemialibus, cap. 3 & Hartmannus Pistorius lib. 1. quæstionum iuris, quæst. 50. nu. 61. & alij à Schradero citati par. 10. sectione 2. num. 49.

Et istis ego assentior. Fundamentum est solidum, quia in libris feudorum hac de re cautum nõ est: nec videtur id consentaneum menti eorum qui eosdem libros scripserunt. Nam satis accuratè prohibitam esse feudorum alienationem, absque consensu domini testati sunt, quod autem pro consensu & approbatione aliquid domino soluendum sit, nullum verbũ fecerint. Cur igitur nos interpretatione nostra, qui æqui & boni notitiam profitemur noua onera vasallis imponimus, sine legis, sine Principis iussu, authoritate, & voluntate.

Quod verò ad emphyteusim attinet, obseruãdum est, olim solitos fuisse dominos exigere hæc quæ laudemia nunc vocamus, sed *ne auaritia tenti domini magnam molem pecuniarum propter hoc efflagitent, quod vsque ad præsens tempus perpetrari cognouimus, non amplius eis liceat pro subscriptione sua, &c. nisi quinquagesimam partem pretij, vel æstimationis loci, qui ad aliam personam trãsfertur, accipere*, sunt Iustiniani verba in d. l. 3. C. de iure emphy. ex quibus intelligi potest, consuetudinem olim fuisse exigendi laudemia, sed ne auaritia dominorum plus emphyteutæ quàm par esset, soluere cogerentur, certam quantitatem definitam fuisse. At in alienatione feudorũ non constat eam consuetudinem fuisse aliquid exigendi, ac proinde nulla moderatione opus fuit. Cauendum igitur ne nos illã inducamus, nouęq; legi ansam præbeamus, quæ & in feudis hęc gravamina moderetur, præsertim verò cùm feudum non prætextu pecuniæ, sed amore domini acquirendum esse dicat text. in cap. 1. de feudo dato in vicem legis commissoriæ.

CAPVT XCIX.

Alienans feudi partem absque consensu domini, an cadat à toto?



Communis est & vera doctorum sententia, vasallum qui absque domini consensu feudi partem alienauit, a toto feudo non cadere, sed à parte duntaxat alienata, vt respondit Aretinus in consi. 14. num. 5. & alios citans Curt. iun. de feudis, par. 4. nu. 153. alios citat Rolandus à Valle in consi. 17. nu. 6. 7. lib. 2.

Fundamentum est firmissimum in c. 1. de vasallo, qui contra Constitutionem Lotharij Regis beneficium alienauit, vbi sic dicitur: *Si vasallus contra constitutionem Lotharij Regis beneficium alienauerit, si totum, perdat totum, si partem, perdat partem, & ad dominum reuertatur.* Quibus verbis nihil clarius esse potest.

Contrarium tamen ex iuris rigore verius esse dicebat Baldus in c. 1. §. Si verò vel in totum, qualiter olim feud. alien. pot. adductus in hanc sententiam ex c. Imperialẽ, de proh. feud. alien. per Fridericum, vbi dicitur sic: *Hac edictali & Deo propitio perpetuò valitura lege sancimus, vt nulli liceat feudum totum, vel partem aliquam vendere, vel pignorare, vel quocunque modo distrahere, seu alienare, vel pro anima iudicare, sine permissione illius domini, ad quem feudum spectare dignoscitur.* Et inferius hæc pœna subijcitur: *Pœna authoritate nostra imminente, vt venditor & emptor, qui tam illicitas alienationes reperti fuerint contraxisse, feudum amittant, & ad dominum libere reuertatur.* Quibus verbis textus indicare videtur, siue totum feudum fuerit alienatum, siue pars, feudum amitti, scilicet totum.

Non rectè, quia Fridericus Imperator in ea constitutione non corrigit alias constitutiones, ac præsertim Lotharij, sed eam potius interpretatur, vt non solùm ad futuras, sed etiam ad præteritas alienationes pertineat. Id patet ex illis verbis; *Vnde Imperator Lotharius tantùm in futurum precauens, ne fieret, legem promulgauit. Nos autẽ ad pleniorem regni vtilitatem prouidentes, non solùm in posterum, sed etiam huiusmodi alienationes illicitas hactenus perpetratas, hac præsenti sanctione cassamus, & in irritũ deducimus.* Cùm itaque is qui contra Lotharij constitutionem feudi partẽ alienauit, partem dũtaxat amittat, vt in d. c. 1. de vasallo, qui contra cõstitutionem Lotharij, &c. nec diuersum à Friderico constitutum sit, ita debemus Friderici constitutionem interpretari, vt in hac parte nõ repugnet interpretationi, q̃ adhibetur constitutioni Lotharij, & ideo sic illa verba exaudire, vt pœna amissionis feudi locum habeat, scilicet totius, si totum feudum vasallus alienauerit, vel partis feudi, si partem tantum alienauerit.

Alij aliter hanc rem explicant, distinctione adhibita, an vasallus partem feudi alienauerit, abiq; consensu dñi, tanquam feudalem: & hoc in casu non amittat totũ feudum, sed partem tantùm alienatam, an verò non tanquã feudalem alienauerit, & hoc posteriore casu totum feudum amittat, quia in domini contemptum videtur alienare, ita post Baldum Io. Andr. Parisium & alios respondit, Rolandus à Valle, in d. consi. 17. nu. 27. lib. 2.

Sed quid opus est distinctione in re tam apertè decisa iure feudali? tam etiam consona rationi & æquitati, ne pœna sit maior delicto? Si contemptus domini ratio habenda fit ad hunc effectum, decidendum erat, vasallum totum feudum amittere debere, quia sine domini consensu alienando, siue totum, sine partem, dominum contemnit c. 1. §. vlt in fine, quæ fuerit olim prima causa bene ficij amittendi. Sed non sic durè agendum fuit, quia satis est in eo, in quo quis peccauit, pœnam subire.

CAPVT

CAPUT C.

Possessorij quaestio inter vasallos de feudo, sitne coram ordinario iudice, vel coram feudi domino tractanda.



Ommunis est & vera sententia, inter vasallos ortam litem tam circa proprietatem, quàm circa possessionē feodi, siue vt clarius loquar, siue possessorij causa sit, siue petitorij illam coram domino tractandam, ac ab eo definiendam esse, canonistæ sic docent in c. Cæterùm. de iud. Clarus in §. Feudum. q. 90. Zasius par. 11. nu. 22. Curtius iunior part. 7. nu. 21. Ludolphus Schraderus alios citans, par. 10. sect. 1. num 77. quibus addi potest Duarenus de feudis, cap. 20. num. 7.

Fundamentum est illud satis firmum, quod sumitur ex varijs locis, in quibus apertè deciditur causam esse cognoscendam apud feudi dominum, si de feudo oriatur lis inter vasallos cap. Imperialem. §. Praeterea si inter. de prohib. feudi alie. per Fridericum, vbi tex. *Praeterea si inter duos vasallos de feudo sit controuersia, domini sit cognitio.* c. Cæterùm. de iud. c. Verùm. de foro competen. c. Ex transmissa. eod. tit. Et si dicatur hæc iuris loca esse accipienda, cùm vertitur causa petitorij, respondetur, eundē esse iudicem causæ possessionis & proprietatis, cap. 1. de causa possess. & proprie. l. Nulli. C. de iudicijs.

Contrariū docet Glos. in c. Cæterùm. de iudicijs, Bald. in c. Imperialem. §. Praeterea si inter. nu. 6. de proh. feudi alien. per Frider. Martinus Laudēsis in c. 1. nu. 7. apud quem vel quos. Ofascus decis. Pedem 97. nu. 9.

Fundamentum est in c. Ex parte. de foro compet. ibi. *Non obstantibus exceptionibus alijs quæ in petitorio potius, quàm in possessorio, quod Regina contra eundem nobilem intentabat, locum habere videntur.* Erat autē vna inter alias exceptiones, *quod dicta Regina ius suum coram domino feudi prosequi debuisset*, vt in eodem capitulo habetur.

Respondeo, vt rectè monet Duarenus argumentū sumi de specie ad genus, contra iuris veramque argumentandi rationem. Nam etsi in illa facti specie (quia vidua spoliata *spoliatorem seu detentorem rei coram Ecclesiastico iudice poterat conuenire, cuius interest viduas defensare*, vt ibi dicitur) ordinarius iudex Ecclesiasticus cognoscere potuerit, non tamen generalis regula constituenda est in possessorijs causis ordinarium iudicem cognoscere oportere. Non ignoro vrgeri posse verba illa inferius posita, exceptiones nimirum illas locum habere in petitorio potius quàm in possessorio, sed retinenda semper est facti species, & circumstantia personarum, ad quam respondit summus Pontifex. Et inde argumentum sumi debet, illas exceptiones locum habere in petitorio potius, quàm in possessorio, secundum illam facti speciem, & personæ circumstantiam.

CAPUT CI.

Si quaestio sit inter duos de feudo, & quilibet dicat ad se pertinere, negans alterum ius habere in feudo, an cognitio ad dominum spectet, vel ad ordinarium iudicem.



I inter duos qui dixerint se esse vasallos, de feudo fuerit dubitatio, alter alterum ad dominum trahere non potest inuitum, vel eius curia iudicium. Sic legitur in tit. de inuestitura in maritum facta. §. Illud. & idem ferè habetur in c. 1. de lege Corradi.

Quibus argumentis communis sententia inuecta est, quam & ipse verissimam esse censeo, dominum feudi iudicem non esse hoc in casu, cùm lis de feudo agitur inter duos, quorum alter negetur vasallus esse, qui alia feu-

A da non obtinet, sed illud, de quo est controuersia, ad se pertinere contendit, altero similiter nullum aliud feudū possidente, vt necesse sit alterum ex ijs dūtaxat feudum obtinere per iudicis sententiam, ac proinde solùm esse vasallum, altero excluso: sic communiter doctores cēsuisse, Curtius iunior scribit par. 7. nu. 5. Zasius par. 11. nu. 8. Iacopinus in vers. Et dicti vasalli. nu. 1. Decius in c. Cæterùm. de iudicijs, nu. 11. Duarenus de feudis, cap. 20. nu. 2. 3. Iacobus Cuiacius de feudis, lib. 2. tit. 15.

Sed contrarium alij docuerunt, nimirum iudicem esse dominum, etiam hoc in casu. Andreas Hern. ad c. Imperialem. §. Praeterea si inter. nu. 73. de proh. feudi alien. per Fridericum. Afflictus ibid. nu. 1. Panormitanus in c. Cæterùm. num. 13. de iudicijs. Ludolphus Schraderus quosdam alios citans parte 10. sect. 2. nu. 8.

Fundamentum est in c. Imperialem. §. Praeterea si inter. de prohib. feud. alien. per Fridet. vbi dicitur: *Si inter duos vasallos de feudo sit controuersia, domini sit cognitio.*
B Et in c. Ex transmissa. de foro compet. ibi. *Per dominum feudi causam subeat terminari.*

Quibus textibus tanquam posterioribus existimatum est, derogatum esse anterioribus legibus, quia posteriores constitutiones derogant prioribus. l. vlt. ff. de constit. principum.

Non rectè mea sententia, quia tex. in d. §. Praeterea nō attingit hanc nostram facti speciem, sed aliam diuersam, cùm inter duos vasallos de feudo controuersia est. sic. n. verba expresse sonant. At hic inter duos vasallos non est controuersia, quia vnus duntaxat vasallus erit. Vterque enim contendit se vasallum solum esse, & alterum excludit, quamobrem is qui vincet, solus erit vasallus, is qui vincetur non erit. Verba igitur non conueniunt propositæ huic quæstioni. Huc possem adferre vulgata doctorum pronunciata. Non esse correctionem legum inducendam, nisi expresse dicatur. Promptum esse & expediens, leges legibus concordare. Illam præferendam in-
C terpretationem, quæ tollit repugnantiam: sed res clara, satis, his non eget adminiculis.

CAPUT CII.

Qui sint pares curiæ, Controuersia vna.



I Controuersia sit de feudo inter dominum & vasallos pares curiæ, iudices fore palam est ex c. Imperialem. §. Praeterea si inter, de prohib. feudi alien. per Fridet. & in c. 1. de controuersia feudi apud pares terminanda. Rursus pares curiæ eos esse constat, *qui ab eodem domino feudum tenent*, vt in c. 1. §. Testes. si de feudo inter dom. & vasall. lis oriatur. Quamobrem nulla prorsus oriri controuersia debuerat. Sed ita hominum ingenia comparata sunt, vt nihil tam clarum sit, quod ex ijs dubium non reddatur, quæ postea emergunt. Controuersia igitur or-
D ta est, an sit necesse, vt simile feudum ab eodem domino habeant ij, qui pares dicuntur, eiusdemque dignitatis et qualitatis existant, an verò sufficiat eos feudum ab eodem domino habere, licet cum eo feodo, de quo agitur, dignitate & æstimatione conferri nequeat. Veteres multi eandem qualitatem exigunt, vt pares dicantur, quasi hoc verbi naturæ insit: Innocentius, Panormitanus, Ioā. Andreæ, Baldus, Barbatia, Immola in cap. Cæterùm. de iudicijs. Iacopinus in verbo, dictique vasalli. nu. 10. Alexander in cons. 79. num. 1. lib. 1.

Contra, alij hanc qualitatem necessariam esse non putauerunt, Fel. in c. Cæterùm. nu. 11. de iudi. Decius ibid. nu. 13. Curtius iunior de feudis, par. 7. nu. 34. Menochius de retinen. possess. rem. 3. nu. 438. Franc. Sonsbecius par. 14. nu. 3. quibus assentitur Ludolphus Schraderus p. 10. sect. 7. nu 40. quibus & ego quoque assentior. Neque enī legem video requirentem istam dignitatis æqualitatem, sed contra, ait lex, simpliciter eos pares esse, qui ab eodē domino

domino

domino feuda tenẽr. Cur igitur solliciti ea de re sumus, de qua esse nõ debemus, si verba clara legis seruanda custodiendaq; sunt. Non malè huc adfertur, plus & minus non cõstituere diuersam speciem. l. vlt. ff. de fundo instr.

CAPVT CIII.

Sententia super feudo lata contra vasallum feudi possessorem, an noceat agnatis, qui possessore mortuo ad feudum vocantur.

VIdeo & in hoc articulo in contrarias itũ esse sententias, vtrum lata sententia cõtra possessorem feudi noceat agnatis, qui post mortem illius ad feudum sunt vocati. Multi enim (& hæc crebrior sententia est) non nocere existimauerunt, nisi fuerint citati, vel litis habuerint scientiam. Alioqui verò etiam non citatis, neq; scientibus sententiam obesse voluerunt. Vide Iserniam in c. 1. §. Si vasallus. tit. si de feudo fuerit cõtrouer. inter dom. & agna. vasalli, & Afflictum ibidem, nu. 20. Curtium iuniorem par. 7. quæst. 9. Zasium ad l. Sępe, num. 32. ff. de re iud. Felinum in cap. vlt. nu. 5. de maio. & obed. Decium consi. 445. num. 29. Alexandrum consi. 86. & 156. lib. 2. Ruinum ad l. Filiusfam. §. Diui. nu. 84. de leg. 1. & Alex. ibidem, & ad l. Sæpe, nu. 99. ff. de re iud. & num. 110. nec non Ripam num. 60. Socin. iun. consi. 131. num. 93. lib. 2. Crauet. consi. 197. nu. 7. Pinellum alios citantem ad l. 1. in 3. parte, nu. 48. C. de bonis mater. Didacum Couuarr. pract. quæst. cap. 13. nu 6. Menochium in cons. 501. lib. 6. & in consi. 630. nu. 23. lib. 7.

Ad hanc controuersiam explicandam duas mihi patere vias intelligo. Altera est ex Doctorum placitis & traditionibus, nulla lege munitis. Altera ex iuris authorum fontibus deducitur. Priori autem relicta, non mala illa quidem, sed non satis tuta: posteriorem ingredior, nullis ferè expositam periculis, atque sic statuo: nocere successoribus agnatis sententiam in vasallum possessorem feudi latam. Sceuola: *Ex contractu paterno actum est cum pupilla authore tutore, & condemnata est, postea tutores abstinuerunt eam bonis paternis, & ita bona defuncti ad substitutum, vel cohæredes peruenerunt. Quæritur, an ij ex causa iudicati teneantur. Respondi, dandam inter eos actionem iudicati, nisi culpa tutorum pupilla condemnata sit.* l. 44. ff. de re iudi. Hac lege probatur, sententiam latam contra hæredem nocere substitutis. Non fit mentio citationis, nec scientiæ litis, quam substituti habuerint. Vnum casum excepit Sceuola, cùm tutoris colpa pupilla condemnata est: quem casum & nos excipere possumus, nisi culpa possessoris feudi lata sit sententia. Par est ratio: substituti ius habent à testatore, non ab hærede, similiter & agnati ex primo inuestitore, non ex vasallo, qui possidet.

Sic & sententia lata contra testamentum, nisi hęredis culpa interuenerit, nocet legatarijs. l. Qui repudiantis. §. vlt. ff. de inoff. testam. quibus propterea permissum est testamentum defendere, si suspecta sit collusio inter scriptum hæredem, & eum, qui de inofficioso agit, & à sententia quoque appellare. l. si suspecta. ff. eodem tit.

Quid enim in proposita facti specie agnatorum scientia, vel citatione opus est? Vlpianus: *Denunciari autem oportet ijs, quos proxima spes successionis contingit; vtputa primo gradu hęredi instituto, non etiam substituto.* l. 1. §. Denunciari. ff. de inspiciendo ventre.

Sed audiamus Iserniam in dicto § Si vasallus. 2. num. 21. quem cæteri Doctores secuti sunt: *Not a tamen quod cùm scientia datur in feudatarium possidentem naturaliter, vel contra dominum possidentem similiter, non obest alteri sententia, contra alterum lata, nisi sciuisset. ff de re iudicata. l. Sępe.*

Nihil ad rem facit. l. Sæpe. Marcellus ita respondit: *Sæpe constitutum est res inter alios iudicatas alijs non pręiudicare, quod tamen quandam distinctionem habet. Nam*

A *sententia inter alios dicta, alijs quibusdam, etiam scientibus obest, quibusdam verò etiamsi contra ipsos iudicatum sit, nihil nocet.* Et paulò post: *Sed scientibus sententia, quæ inter alios dicta est obest, cùm quis de ea re, cuius actio vel defensio primùm sibi competit, sequentem agere patiatur. Veluti si debitor experiri passus sit creditorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum, aut vxorem de proprietate rei in dotem accepta, &c.*

Nullum verbum, exemplum nullum hoc responso cõtinetur, quod pertineat, aut aliquo pacto ad rem nostram accommodari possit.

Alij vrgent hoc argumentum; Res quæ non potest alienari, non potest in iudicium deduci. l. Ait Prętor ff de iure delib. ibi: *Est enim absurdum, &c.* sed feudum alienare vasallus non potest sine consensu agnatorum. cap. 1. de alie. feudi pater. Ergo nec in iudicium deducere.

Respondeo, maiorem propositionem argumenti generaliter sumptam non esse veram. Nam pater qui legiti-
B mam administrationem habet bonorum maternorum filij, non potest ea alienare, & tamen actiones suscipere & exercere potest. l. 1. C. de bonis maternis.

Quod verò attinet ad l. Ait Prætor. ff. de iure delib. rectè monuit Pinellus in commentarijs. d. l. 1. C. de bonis mater. in 3. parte, nu. 47. illa verba, *Est enim absurdũ ei, cui alienatio interdicitur, permitti actiones exercere,* restringenda esse ad illam facti speciem. Dicit lex, si pupilli pupillæue nomine postulabitur tempus ad deliberãdũ, an expediat eam hęreditatem retinere, & hoc datum sit, bona interim diminui vetabo. Sed quare Prætor impedit diminutionem? meritò, inquit textus, quamdiu nomine pupilli petitur tempus ad deliberandum. Deinde subdit: *His verbis non tantùm Prętor alienationem impedit, verùm etiam actiones exerceri non patitur. Est enim absurdum,* scilicet in ea facti specie, *cui alienatio interdicitur, permitti actiones exercere,* nõ generaliter in cęteris causis.

C

CAPVT CIIII.

Cùm vasallus ipso iure feudo priuatur ob feloniam, vtrum si moriatur, dominus possit eius hæredi feudum adimere.



COntrouersia est, si vasallus committat feloniam, ob quam ipso iure feudo priuatus sit, & antequam dominus conqueratur, ab hac vita decedat, an liceat domino aduersus hæredem eius conqueri, feudumque ei adimere, tanquam ad se deuolutum vendicando. Nam aliqui dixerunt nõ posse, vt videre licet ex Curtio iuniore, par. 4. nu. 156. sub finem, vbi citat Baldum ad l. vlt. C. de donatio. Alij communiter dixerunt, posse dominum, etiam vasallo defuncto, feudum vendicare. Vide Clarũ §. Feudum. quæst. 65. Alij denique, quasi opiniones conciliãdo priorem sententiam locum habere voluerunt, cùm sen-
D tentia declaratoria requiritur. Posteriorem autem cùm nulla contra vasallum declaratoria requiritur sententia. Constat enim ferè inter omnes, licet pro crimine pœna ipso iure constituta sit, necessariam tamen iudicis sententiam esse, per quam de facto ipso constet, vt latè deducit Iacobus Menochius in consilio 199. numero 168. libro primo paucis casibus exceptis, de quibus Andreas Geyli. libro secundo obseruat. 51. & de pace publica. libro secundo, cap. 3.

Mihi ad fundamenta respicienti, illud primũ monendum videtur, sententiam communiorẽ verissimam esse, & iuri consentaneam. Nam cùm vasallus ipso iure dominiũ feudi, vtile scilicet, amittat, illudq; domino applicetur, feudi cõmissi *persecutio, sicut aduersus quemlibet possessorem, sic & aduersus hæredem* competit, verba sunt Vlpiani in l. Cõmissa. ff. de publicanis. Huc accedit Paulus in l. Caius. 22. ff. ad Syllan. illis verbis: *Quæro, an morte Titij extinctum sit crimẽ? Paulus respõdit, causam, de qua*

quaeritur, cùm sit pecuniaria, morte ingrati haeredis extinctum non videri. Hæc enim verba hanc in rem nostram optimè quadrant, quia hic de vasalli crimine agitur, cuius causa pecuniaria est, nimirum amissionis feudi, sicut & apud Paulum causa amissionis hęreditatis pecuniaria dicitur. Ingratus est hæres, qui mortem defuncti non vindicat. Ingratus etiam vasallus, qui feloniam committit. Huc quoque adferri solet. l. 3. §. Quod autem ait Prętor. ff. quod quisque iuris, vbi pœna ad hæredem transmittitur, sed non mihi placet id argumentum: nam ideo pęna transit ad hæredem in ea facti specie, quia defunctus pro hærede quoque ius iniquum impetrauerat, vt notauit ibidem Accursius, & omnino aliena est à proposito nostro materia illius edicti, suasq; rationes habet non conuenientes quæstioni nostræ. A

Secundò illud moneo, non videri eam cõcordiam siue distinctionem iuri consentaneam, vbi sententia requiritur declaratoria, pœnam in hæredes nõ transire. Nam fundamentum est in l. Eius qui delatorem. 29. ff. de iure fisci. Vlpianus: *Eius qui delatorem corrupit ea conditio est, vt pro victo habeatur, nam in fiscalibus causis id constitutũ est. Sed enim hac pœna magis est, vt aduersus ipsum locum habeat, qui delatorem redemit, cæterùm aduersus hæredem eius transire non debet. Nec enim exinde perit causa, ex quo redempta est, vel actio perimitur, vel condemnatio facta videtur, verùm oportet constare prius, & de crimine pronunciare.* Sententia legis hæc est, quia pœna delatorem corrumpentis non ipso iure incurritur, sed condemnatione opus est, & pręcedere facti probatio debet, idcirco pœnã ad hæredem non transire. B

At nostra disputatio est de crimine, ex quo ipso iure vasallus priuatus feudo intelligitur, vel vt verbis vtar Vlpiani, de tali crimine, quo commisso exinde perit causa vasalli, & ius ipsius perimitur, & condemnatio facta videtur. Nihil enim aliud significat pœnam ipso iure impositam esse, quàm ipso iure condemnationem factam videri, scilicet ab ipsa lege.

Et licet constare debeat de facto, atque adeò sententia illa declaratoria sit opus, quæ viuente vasallo secuta non est, id tamen solum non impedit, quò minus pœna transeat in hæredem, sed cum alijs iunctum impedire potest, C

A quæ Vlpianus ibi considerat, eùm videlicet nõ solùm de facto constare debet, sed etiam cõdemnatione opus est, quia pœna ipso iure imposita non est.

Hæc enim declaratoria sententia requiritur, vt scilicet executio fiat, vt possessionem capiat fiscus bonorum delinquentis, & in proposito nostro, vt dominus possessionem feudi accipere possit. Sed ius ipsum vasalli amissum est, & quæsitum domino, qui proinde declaratoria sententia post vasalli mortem præcedente vendicare feudũ potest, tam ab hærede vasalli, quàm à quolibet alio possessore. Dominium enim, siue ius vasalli, ex die commissi criminis ad dominum pertinuit, vt argumentatur Vlpianus in d. l. Commissa. de Publicanis.

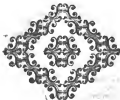
CAPVT CV.

De feudi diuisione controuersia vna.

B Onnulli existimarunt, diuisionem feudi fieri non posse, nisi consortes omnes consentiant, nec sufficere vnius prouocationem. Panormitanus in consi. 82. lib. 1. Felynus in c. Quoad consultationem, nu. 91. de constit. Marsilius singulari 9. Fundamentum statuunt in c. 1. §. Præterea ducatus, de prohib. feudi aliena. per Frider. vbi textus ita dicit: *Præterea ducatus & comitatus de cætero non diuidantur, aliud autem feudum, si consortes voluerint, diuidatur*. Illa verba: *Si consortes voluerint*, isti sic accipiunt, ac si diceretur, si consortes omnes voluerint, atque consenserint, vt diuisio fiat.

Sed contrarium rectè docuerunt Alexander in cõs. 7. lib. 5. & alij, quos refert & sequitur Andr. Geyll. lib. 2. obseruat. 153. nu. 9. quia nemo inuitus cogitur manere in communione. l. vlt. C. comm. diui. nec contrarium feudistico iure receptum est. Ergo ius commune seruandum. c. 1. de feudi cogn.

C Non obstant illa verba: *Si consortes voluerint*, quia ciuiliter exaudienda sunt, hoc est, si omnes consortes voluerint, vel alter alterum ad diuisionem prouocauerit, neque enim inuitus detinendus in communione est.





ANDREAE FACHINEI
I. C. FOROLIVIENSIS, &c.
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER OCTAVVS.



CAPVT PRIMVM.

Defensio l. Inter claras. C. de summa Trinitate, & fide Catholica, aduersus Franciscum Hotomanum Hæreticum.

A RVRSVS cum Francisco Hotomano mihi controuersia est; non necessaria illa quidem apud eos, qui Catholicam fidem & religionem, vt par est, sequuntur, verùm fortasse nõ inutilis futura studiosis, ac Iurisconsultis, qui hæreticorum sectas (proh dolor) & prauas sentẽtias amplectuntur. Nam ex vno hoc exemplo facilè intelligent, Doctores hęreticos non veritatis amantes esse, sed odio in Romanum Pontificem exacerbatos atque incensos, nihil pensi habere, dummodo summum Pontificẽ scriptis suis inuadant: quod dum faciũt, suam produnt insaniam: nihil portis inferi aduer-
B sus Ecclesiam Christi eiusque Vicarium pręualentibus, sed ad rem venio.

Hotomanus lib. 1. Amicab, respons. c. 1. *Multa esse video*, inquit, *quę fraudis & imposturę suspicionem aduersus istas mutuas Iustiniani & Papę R. Epistolas mouere possint: atque illud imprimis, quod complures eruditi, & fide digni viri iampridem testificati sunt, illas in antiquis manuscriptis Iustiniani Codicibus non inueniri: quod nec Alciatus quidem, certissimus Papalis Celsitudinis suffragator, negare est ausus lib. Parergon. 5 cap. 23.*

Numerate mẽdacia. Ait Hotomanus, complures eruditos, & fide dignos viros iampridem testificatos esse,
C illas in antiquis manuscriptis Iustiniani Codicibus non inueniri. Deinde profert Haloandrum, sic dicẽtẽ: *Quod ad Epistolam inter claras attinet, in recentioribus aliquot manuscriptis codicibus hęc verba in marginem adscripta notaui. Hęc Epistola in aliquibus non habetur, & propterea nõ Glossatur. Azo.* Deinde profert Antonium Contiũ, qui sic scribit: *Haloander ait, hanc Epistolam in quibusdã libris non haberi, &c* Vbi sunt, quęso, complures illi eruditi & fide digni viri, qui testificati sunt in antiquis manuscriptis Iustiniani Codicibus non inueniri? Vnũ profers testem Haloandrum, nec suspicione carentem (Nã Antonius Contius Haloandrum citat, & authorem habet) qui non ita testificantur, vt tu asseris: tu in antiquis Codicibus non inueniri scribis, ille in recentioribus, illa verba notauit. Tu indefinitè loqueris, *in antiquis exemplaribus*, ille *in recentioribus aliquot*. Et rursus: *Hęc Epistola in aliquibus non habetur.*

Sed Alciatum audiamus, quatenus sententiæ tuæ suffragetur. Eius hęc sunt verba loco à te citato: *Sunt qui suspectam habeãt Ioannis Pontificis Epistolam, quę sub titulo de summa Trinitate Iustiniani Codice sita est, dicuntq́, in antiquis Codicibus non inueniri, quod vt arbitror eo faciũt, vt eos adiuuent, qui Pontificis Romani authoritatem deprimunt: quo nomine alios quoque authores deprauatos ab eis reprehendi; vt Othonis Frisingensis Chronica, & Ligurini Poetę carmina quędam. Ego in antiquis plurimis eã extare scio, nec vlla suspicione conuelli posse, quod si vnus aut alter Codex non habeat, id scriptorum incurię tribuendũ, qui eam quandoq́, omiserunt, quod non multum ad legalis materię scientiam pertineret. Nõ tamen ideo hęsitandum est, quin genuinus germanusq́, Ioannis XI. sit fœtus.*

Quot sunt verba, tot sunt tela contra Hotomani sententiam: qui suspectam habent Ioannis Pontificis Epistolam, ij Alciato suspecti sunt hęreseos, & meritò. Talis est Hotomanus, qui vtitur Alciati testimonio, vt ipsius errores magis innotescant, & hęreses, vt inter deprauatores authorum ad deprimendam summi Pontificis authoritatem, vel Alciati testimonio recenseri debeat.

Alciatus fidẽ facit in antiquis plurimis exẽplaribus extare, qđ sufficere debuit ad eam suspicionem eleuandam inde natam, qđ in vno vel altero Codice non extet: pręsertim cùm Alciatus causam adferat valdè probabilem.

Alciato Iacobus Cuiacius adstipulatur (nescio an eruditus & fide dignus Hotomano fuerit Cuiacius; esse certè debuit) Nam lib. 12. obseruat. c. 26. *Meritò*, inquit *doctissimus Alciatus non tulit eos, qui à titulo de summa Trinitate & fide Catholica conabantur abstrahere Epistolam Ioannis Papę, siue Archiepiscopi Romani ad Imperatorem Iustinianũ, cui inserta est etiam ab ipso Iustiniano ad eundem scripta fidei professio, &c.* vbi pluribus eandem sententiam tuetur.

A Secundum argumentum Hotomani: *Alterum est*, inquit, *quod cùm Papa Rom. eiusmodi fraudum & fallaciarum, quæ ad suam potentiam amplificandam valere poterant, iampridem conuictus fuerit, quod vel ex falso & conficto Constantini donationis instrumento, iam in vulgus notum est, atque etiam in vetustissima Carthaginensi synodo ducentis & triginta Episcopis iudicibus falsitatis & imposturę damnatus: videtur locus esse regulæ iuris ab ipso tradita, vt semel malus semper sui similis existimetur: semel malus semper præsumatur malus in eodem genere mali: præsertim cùm hæc impostura magnoperè ad augendam, & confirmandam ipsius potentiam valere potuerit: cuius rei studiosissimos seculis omnibus Papas R. fuisse, nemo vel mediocriter in illo historiarum genere versatus ignorat.*

Vt hæc impostura & fraus Hotomani deprehendatur, referam primò verba Epistolæ Iustiniani in illa parte, quæ præcipuum honorem summi Pontificis cõtinet; B Hæc enim est quæ Hotomano & sui similibus dolorem incussit, & lachrymas excussit. Deinde argumentũ confutabo, quod sumitur ex donatione Constantini, & Concilio Carthaginensi: quibus peractis, lectoris prudentiæ reliqua committam.

Verba epistolę Iustiniani hæc sunt: *Nos reddentes honorem Apostolicæ sedi, & vestræ Sanctitati, quod semper nobis in voto fuit, & est, vt decet, vt patrẽ honorantes vestrã Beatitudinem, omnia quæ ad Ecclesiarum statum pertinẽt, festinamus ad notitiam deferre vestræ Sanctitatis, quoniam semper nobis fuit magnum studium vnitatem vestræ Apostolicę sedis, & statum sanctarum Dei Ecclesiarum custodire: quæ hactenus obtinet & incommotè permanet, nulla intercedente contrarietate. Ideoq́, omnes sacerdotes vniuersi orientalis tractus & subijcere & venire sedi vestræ Sanctitati properauimus. In præsenti ergo quæ commota sunt, quamuis manifesta & indubitata sint; & secundum Apostolicæ vestræ sedis doctrinam, ab omnibus* C *semper sacerdotibus firmè custodita & prædicata, necessarium duximus, vt ad notitiam vestræ Sanctitatis perueniant. Nec enim patimur quicquam quod ad Ecclesiarum statum pertinet, quamuis manifestum & indubitatum sit, quod mouetur, vt non etiam vestræ innotescat Sanctitati, quæ caput est omnium sanctarum Ecclesiarum. Per omnia enim, vt dictum est, properamus honorem & authoritatem crescere vestræ sedis, &c.* Hæc sunt verba Iustiniani.

Quod secundo loco sum pollicitus, sic exequor. Audi Hotomane, audiant omnes hæretici testimonia, quæ summus Pontifex habet verbis Iustiniani consentanea, & inde iudicent an impostura, dolus, fraus necessaria fuerint ad asserẽdam hanc authoritatem, ex testimonio Iustiniani, de quo agitur, Matth. 16. *Tu es Petrus, & super hanc petram ædificabo Ecclesiam meam, & tibi dabo claues regni cœlorum, & quodcunque ligaueris super terram, erit ligatum & in cœlis, & quodcunque solueris super terram, erit solutum & in cœlis.* D Rursus Ioannis 21. *Simon Ioannis, pasce oues meas.* Pontifex autem Romanus successor est Petri, in hoc vniuersali Ecclesiæ regimine, in potestate clauium, in officio pascendi oues, hoc est, totam Ecclesiam gubernandi. Non credis? Audi testes omni exceptione maiores. S. Athanasius in epistola ad Felicem Papam: *Ob id vos Prædecessoresq́, vestros Apostolicos videlicet Præsules in summitatis arce constituit, omniumq́, Ecclesiarum curam habere præcepit, vt nobis succurratis, &c.* Hieronymus in epist. ad Damasum Pontificem Romanum: *Quanquam tui me terreat magnitudo, inuitat tamen humanitas, à pastore præsidium ouis peto, cum successore piscatoris & discipulo crucis loquor; Ego nullum primum nisi Christum sequens Beatitudini tuæ, id est, cathedræ Petri communione consocior. Super illam petram ædificatam Ecclesiam scio: quicunque extra hanc domum agnum comederit, profanus est. Si quis in arca Noe non fuerit* (vt sunt hæretici) *peribit regnante diluuio, &c.*

Sed iam argumentis respondendum est, quod tertio loco proposueram. Vrget Hotomanus donationẽ Constantini, quasi à Romano Pontifice confictam. Deinde Concilium Carthaginense. Quod ad Constantini donationem attinet, duo hæc probanda sunt ab hæreticis. Primum, confictam esse donationem illam. Alterum, à summo Pontifice confictam esse. Non esse ab aliquo cõfictam, sed veram esse complures doctissimi viri aduersus Laurentium Vallam disputarunt, præsertim verò Augustinus Eugubinus. Confictam autem à Romanis Pontificibus fuisse nullo testimonio demonstrari potest, nisi hęreticorum, id est, inimicorum Romanæ Ecclesiæ. Porrò, de Constantini donatione iudicium hic adscribere placuit nobilissimi annalium Ecclesiasticorum scriptoris, licet recentioris, quem nunc Ecclesia sancta Catholica meritò Cardinalem habet cooptatum. Illustrissimi ac Reuerendissimi D. Cęsaris Baronij, is in 3 tomo sub anno Christi CCC. XXIIII. de hac re verba faciens, sic scribit: *Neminem veri amantem, & antiquarum litterarum studiosum negaturum, primum omnium Christianorum Imperatorum, eundemq́, maximè pium* (Constantinum) *ac pariter munificentissimum ore quoque Gentilium prædicatum, Christianam religionem, quam auita superstitione relicta, primus ferè omnium Augustorum, quod pro rei nouitate visum est esse portentum, præter sententiam senatus & populi amplexatus est, cunctis quibus valuit officijs coluisse, atque muneribus frequentasse: Ad quæ præstanda cum pietas eum impelleret, & æmulatio ex antiqua gloria aduersariæ religionis vrgeret, atque stimulus ea de causa, vt ait Zosimus, hoc tempore infensi sibi, atque palam tam obtrectantis senatus exagitaret; vt non tantùm parta (quod dictum est superius) gentilium sacerdotum concesserit Christianæ religionis Antistitibus priuilegia, & maioribus auxerit eos atque Christi templa donarijs: sed ipsam potissimũ Romanam Ecclesiam, in qua sciebat totius Christianæ religionis vigere principatum, atque cardinem veri, eamq́, in medio æmulantium, lacessentium, atque oblatrantium hostium collocatam in ipsorum odium, & inuidiam amplissimis donasse muneribus, summaq́, potẽtia communisse, atq; iuribus stabilisse: Quorum aliquibus licet modestia Romanorum Pontificum non sit vsa: non tamen ea ratione negari possunt esse collata: sicut nec quis iure inficias ire poterit tributas esse olim ab Augusto senatui (quod Dio testatur) Africam, Numidiam, Asiam, Epirum, Gręciam, Dalmatiam, Macedoniam, Bithiniã, Pontum, Syrenem, Siciliam, Sardiniam & Hispaniam, Bęticã, licet eisdem posteriores Imperatores pro arbitrio vsi sint. Magnum planè est de collatis illis Romanę Ecclesię à Constantino muneribus argumentum, quod Francorum Christianissimi Principes suis ipsorũ diplomatibus ea à Longobardis ablata se Romanę Ecclesiæ restituere professi sunt. Si enim Romana Ecclesia ante collata à Francorum Regibus priuilegia (quod suo loco pluribus* D *demonstrabitur) iam potiebatur rerum dominio: vnde illud sibi nisi iure debitum potuit vendicasse? Cum certum sit nulla id factum armorum vi, atque violenta grassatione e silentibus pręsertim, nec minimum quidem reclamantibus, qui illis temporibus regnabant in Oriente Imperatoribus, alioqui in Romanam Ecclesiam parum ęquis, quam & ausi fuerunt (quod queritur sanctus Gregorius) redigere sub tributo.*

Cęterùm iusta possessio, quam, si careret humano, diuino saltem iure, quo subordinata sunt ei rerum dominia, Romana Ecclesia legitimè sibi vendicat, ac posteriores Reges & Imperatores amplissimis priuilegijs ratam habuere, eamq́, illibatam stabilemq́, seruatam voluerunt; à Ioanne Diacono ex deprauato illo à Gręcis mutuato donationis edicto, ambigua redditur potius, quàm probetur: quod cuiq́, rem perspicacius intuenti redditur manifestum, sic enim Gręci donant, vt surripiant potiora: de quibus poeticum illud modo sit nobis meritò vsurpandum.

Quicqnid

Quicquid id est, timeo Danaos & dona ferentes. Non enim eo erga Romanam Ecclesiam studio tenebantur, vt quæ eius gloriæ esse viderent & honoris, solicitè curarent: cuius excellentiam superbè admodum æmulati notam eidem inurere semper potius studuerunt, quàm gloriam comparare: est enim huius rei, vt de reliquis taceam, locuples testis Theodorus Balsamon, atque reliqua Schismaticorum colluuies. Quis non credat ab ipsis ex eodem edicto maiestatem Romanæ Ecclesiæ prædicari, cùm ex eo hæc, quæ sequũtur, proferant à Constantino verbis illis fuisse statuta? Decernentes statuimus, vt Romana Ecclesia habeat principalem potestatem, & sit caput quatuor sedium, sedis Alexandrinæ, Antiochenæ, Hierosolymitanæ & Constantinopolitanæ, & vt semel dicam omnium totius orbis Ecclesiarum. Absit à Romanæ Ecclesiæ amplitudine & dignitate, vt ab homine huiusmodi sibi vendicet potestatem, & non potius à Christo per Petrum. An non sæpius demonstratum est secundo Annalium tomo, Romani Pontificis super omnes vbique Ecclesias earumq́; præsules fuisse authoritatem, etiam cùm ipsa Regina prouinciarum esset sub tributo, cùm scilicet tyrannorum persecutionibus Ecclesia vexaretur? Turpe planè est atque admodum indignum acceptum ferre mortali, quod ab ipso Deo & Domino nostro Iesu Christo constat eidem in Petro esse collatum. Hactenus vir æterna memoria dignissimus.

Quod attinet ad Concilium Carthaginense hoc argumentum ab hæreticis allatum, tam disertè refellit Robertus Bellarminus, in Controuersia de Romano Pontifice, lib. 2. cap. 25. vt alia confutatione nostra non sit opus. Adscribam tamen hic verba eiusdem Cardinalis Baronij, tomo 3. in fine, anni Christi CCC.XLVII. quia videntur planè scripta esse pro confutatione huius calumniæ Hotomanicæ.

At quod nos in maiorem admirationem ac planè stuporem adducit, illud est, quomodo acciderit, vt Zosimus & Bonifacius Romani Pontifices per Legatos à se in Aphricam missos, in causa Apiani presbyteri canones œcumenici Concilij Sardicensis citauerint nomine Nicenæ Synodi. Hinc struunt mendaciorum congeriem hæretici, vt constat ex literis Concilij Africani. ad eundem Bonifacium redditis. Nulla equidem inprimis in ijs de dolo malo (Nota Hotomane) *& impostura potest esse suspicio, cùm æqui ponderis essent Canones Concilij Sardicensis atque Niceni; Nã vtrumque Concilium, vt diximus, œcumenicum fuit, & æquè ex hoc atque illo conuincendi necessariò fuissent Africani Episcopi; qui tunc sanè resilierunt, cùm ex Niceno Concilio citatos canones inter eos qui extarent, minimè repererunt. Cùm igitur omnis prorsus ratio cesset suspicionis de impostura: alterum de duobus contigisse oportuit; vel sicuti plures alios Niceni Concilij canones repertos esse in Sardicensi conuentu (quod superius est demonstratum) & ab ipso Niceno Concilio sicut alios multos excidisse, in Romano autem Codice integros conseruatos fuisse: Vel quod in vulgato eodem Codice, quo Romana Ecclesia vsus esset, ab aliquo Canonum collectore, quod sciret nomen Concilij Sardicensis ab Arrianis esse magnoperè infamatum, absque titulo Synodi Sardicensis, eosdem Canones Concilij æquè œcumenici collocatos fuisse dixerimus sub canonibus Nicenæ Synodi; Sicq́; accidisse, eosdem citari sub nomine Niceni Concilij, quod verisimilius contigisse videtur.* Sic ille.

Tertium argumentum, Hotomanus inquit, *est, quòd cùm mendacem, vt in prouerbio est, memorem esse oporteat, tamen harum epistolarum architectus in duabus vicinis legibus, septima scilicet atque octaua pugnantia scripsisse arguitur, vehementerq́; inter se dissidẽtia. Nam cum l. 7. græcè scripta, & anno Christi D.XXXIII. data, nempe Iustiniano solo III. Coss. VII. Kal. April. faciat eum rescripsisse literas, & vt nunc loquimur patẽtes omnibus cognoscẽdas ad Patriarcham suum Constantinopolitanum, quibus literis prædicat, se hanc suam fidei confessionem iam an-* A *tè R. Papæ spectandam cognoscendamq́; misisse: tamen hæc nostra l. 8. quæ confessionem illam continet, facit easdem illas literas ad P. Romanum datas, legatosq́; missos anno demùm insequente: nempe D. XXXIIII Iustiniano IIII. Paulino Coss. VII Kal. Aprilis. Superiore inquam anno scribit se iam misisse legatos ad Papam R. At anno vertente, duodecimo denique post mense, scribit, se tum primum, ac tum demum legationem & confessionem illam mittere, &c.*

Respondeo, negando vera esse quæ iste asseuerat. In nullis exemplaribus, & quidem emendatis, illa inueniuntur, quæ iste commemorat, vt meritò ipse mendacij redarguatur, dum alios mendaces esse criminatur, cur non citauit verba legis? quia non extabant. Magis ergo auscultandum est Iacobo Cuiacio d. lib. 5. Parerg. cap. 23. ex Basilicis referenti, quomodo res se habuerit his verbis: *Et omnino res ita procedit. Posuit primùm in eo titulo Iustinianus fidei suæ professionem, quam ediderat* B *statim ipso initio sui imperij, quæ est lex 5. Deinde edictum de fide sua, & hæreticorum condemnatione propositum omnibus populis fidelibus, vt Ioannes ait in sua epistola, Constantinopolitanis scilicet & Ephesiis, & Cæsariẽsibus, Cyzicenis, & Amidenis, & alijs plerisque, quæ est l. 6. Tum ad Epiphanium Archiepiscopum Constantinopoleos, specialiter Epistolam eadem dere, quę est l. 7. Et octauo atque vltimo loco similem aliam, pręterquam quod latinè in res simma verborum serie & consequentia parem, ad Ioannem Archiepiscopum Vrbis Romæ, quam maluit vna confirmationi & approbationi Ioannis iniectam nobis, quam solam exhibere; & probatur hic ordo euidenter libris Basilicon, &c.*

Hæc cùm Hotomanus intelligeret, non diu mansit in prima responsione, sed ita perrexit: *Quam sunt ista, quæso consentanea, aut inter se congruentia? Priore anno edictum promulgare de sua fide & religione, quam & ab illo Patriarcha suo Episcopisq́; Orientis omnibus, & item ab* C *Ephesiis, Cæsariensibus, Cyzicenis, Amidenis alijsq́; populis vniuersis obseruari iubeat, vt ex illius legis inscriptione apparet: anno verò insequente, & duodecim mensibus intersectis, legatos ad Papam R. cum illa eadem confessione mittere, per quos ipsius de illa sua religione sententiam ac iudicium exquirat? vt si ei probetur, tum illam edi atque obseruari iubeat: sin minus eam extinguat; quam tamen, vt dixi, duodecim iam ante mensibus per omnes Orientis Ciuitates, & Ecclesias promulgari ac recipi imperarat? Quid igitur si Romanus Episcopus eam improbasset? nunquid se ipse Iustinianus summæ amentiæ condemnasset, qui eam duodecim ante mensibus per vniuersi Orientis Ecclesias, non modò promulgandam curasset, verùm etiam probari ac recipi imperasset? &c.*

Respondeo, rem ita processisse vti Cuiacius commemorat, & nullam inde repugnantiam oriri, vel absurditatem: quia Iustinianus Imperator optimè nouerat suam fidei professionem conuenire fidei, & professioni D ipsius Pontificis Max. & in eum finem ad eum scripsit, petijtque approbationem, vt alijs omnibus innotesceret, ipsius Imperatoris fidei professionem eandem esse cum professione Romani Pontificis, ac proinde ab omnibus eò facilius reciperetur, præsertim quia à quibusdam prauis Monachis malè & Iudaicè, secundum Nestorij doctrinam, fuerant aliqua negata. Non credas mihi, sed crede verbis ipsius Epistolæ Iustiniani, quæ sic habent: *Omnes ergo Sacerdotes sequentes doctrinam Apostolicæ sedis vestræ, ita credunt, & confitentur, & prædicant. Vnde properauimus hæc ad notitiam deferre vestræ Sanctitatis, per Hypatium & Demetrium beatissimos Episcopos: vt nec vestram Sanctitatem lateant, quæ à quibusdam paucis monachis malè & Iudaicè, secundum Nestorij perfidiam, denegata sunt. Petimus ergo vestrum paternum affectum, vt vestris ad nos destinatis literis, & ad sanctissimum Episcopum huius almæ vrbis, & Patriarcham ve-*

strum fratrem, quoniam & ipse per eosdem scripsit ad vestram Sanctitatem, festinans in omnibus sedem sequi Apostolicam Beatitudinis vestræ, manifestum nobis faciatis, quod omnes qui prædicta rectè confitentur, suscipit vestra Sanctitas: & eorum, qui Iudaicè ausi sunt rectam denegare fidem condemnat perfidiam. Plus enim ita & circa vos omnium amor, & vestræ sedis crescet authoritas: & quæ ad vos est vnitas sanctarum Ecclesiarum inturbata seruabitur, quando per vos didicerint omnes beatissimi Episcopi, eorum quæ ad vos relata sunt, syncerам vestræ Sanctitatis doctrinam.

Vides, vt puto, lector, quam ob causam Imperator scripserit ad Romanum Pontificem, cur petierit approbari suam fidem, & quia erat per omnia conformis Romani Pontificis fidei & doctrinæ, quam semper Apostolicam appellat (ad confusionem sectariorum) vt reuera est, & semper erit, nullum erat periculum, eandem vt reprobaret ac reijceret ipse summus Pontifex: sed eam approbari ac recipi vtilissimum erat, omnibus alijs Episcopis, B & Ecclesijs, vt manerent in vnitate fidei Catholicæ, & contraria dogmata repudiarent.

Quartum argumentum Hotomani. *Nam cùm, inquit, & Iustinianus & superiores Impp. Patriarchæ suo Constantinopolitano, vel maiorem quam alijs omnibus, vel certè parem potentiam atque authoritatem tribuerint; tamen Iustinianus in hac octaua lege, & Latina Epistola fingitur, illum Papæ Romani potestati, & in constituendis religione cognitioni ac iudicio subijcere. Nam vt alia sexcenta testimonia omittamus, neque longius quam ex eodem primo Codicis libro testimonium petamus, exstat eiusdem Imperatoris constitutio in l.24. C. de sacrosanct. Eccl. vbi scriptum ita est. Constantinopolitana Ecclesia omnium aliarum est caput. Extat item altera superioris Imperatoris nomine Zenonis constitutio in l. Decernimus 16. eod. tit. cuius hæc verba sunt: Sacrosanctam huius Constantinopolitanæ religiosissimæ Ciuitatis Ecclesiam, & matrem nostræ pietatis & Christianorum orthodoxæ religionis omnium, & eiusdem* C *Regiæ Vrbis sanctissimam sedem priuilegia & honores omnes super Episcoporum creationibus, & iure ante alios residendi, & cætera omnia quæ ante nostrum Imperium, vel nobis Imperantibus habuisse dignoscitur, habere in perpetuum firmiter regiæ vrbis intuitu iudicamus & sancimus. Hæc ille. Quibus potest intelligi, quàm opere ab illorum temporum institutis abhorreat, quod hoc loco Iustinianus scripsisse fingitur, velle se Constantinopolitanum Patriarcham Romani Papæ iudicio atque potestati subijcere: præsertim cùm in Nouella 131 dilucidè profiteatur, priuilegium illud quod Papa Rom. sibi per ea tempora vindicabat, vt in Synodis Ecclesiasticis primo loco et ante omnes sederet, suo & superiorũ Impp. beneficio illi tributum, & concessum fuisse. Sancimus, inquit, Episcopum Romanum priorem omnibus Episcopis & Patriarchis sedere, & post illum Constantinopolitanæ Ciuitatis Archiepiscopum.*

Respondeo, quod attinet ad l. 24. C. de sacrosanct. Eccles. illam non extare in communibus, & etiam correctis D optimisq; exemplaribus: Et dato quod extaret, semper excipienda est Ecclesia Romana, quæ verè caput est omnium Ecclesiarum, vel ipsomet Iustiniano teste in Nouella 9. Vt Eccles. Rom. cent. anno gaud. præscrip. vbi sic ait: *Vt legum originem anterior Roma sortita est, ita & summi Pontificatus apicem apud eam esse nemo est qui dubitet.*

Quod verò ad l. Decernimus 16. eiusdem tit. attinet, illa extat quidem, sed non statuit quid quam in præiudicium Ecclesiæ Romanæ, vt ibi etiam Accursius notat. Nam cùm Basiliscus, absente Zenone, ac deinde in Isauriam etiam profugiente Acacio Patriarcha atque Archiepiscopo Constantinopolitano complures ademisset prouincias, in quibus antistites constituendi ius antea ei competierat: Zeno expulso Basilisco imperium recepit, & continuò illam legem promulgauit, qua infirmantur ea quæ Basiliscus constituerat, & Acacio cæterisq; Epi-

A scopis suæ sedes restituuntur, sicuti explicat optimè Iacobus Cuiacius lib. 3. obseru. cap. 19. Itaque nihil Zeno ibi statuit de Patriarcha Constantinopolitano, in comparatione Episcopi Romani, qui est summus Pontifex & primum locum obtinet, sed prima sedes restituitur Patriarchæ Constantinopolitano, quoad alios Episcopos. Et vt omnis cesset dubitatio circa Romanum Episcopum & Patriarcham Constantinopolitanum, notum est à Pontifice Romano octo Patriarchas Constantinopolitanos depositos fuisse, quos enumerat Nicolaus I. in Epistola ad Michaelem Imper. inter quos vnus fuit Anthimus, quem Agapetus Papa deposuit, & Menam ordinauit, vt Liberatus scripsit in Breuiario cap. 21. Zonaras in vita Iustiniani, imò huius rei testis est Iustinianus ipse in Nouella 42. Cùm hæc ita sint, liquidò apparet, Constantinopolitanum Patriarcham parem non fuisse Romano Pontifici, quia par in parem non habet imperium.

Quod porrò subiungit Hotomanus ex Nouella 131. B priuilegium, quod Romanus Pontifex obtinet ante omnes sedendi, suo & superiorum Impp. beneficio obtinuisse, mendacium est. Nam fideliter non citauit verba dictæ Nouellæ, quæ sic se habent: *Sacrorum Conciliorum dogmata, sicut sanctas scripturas accipimus, & regulas sicut leges obseruamus, ideoq; sancimus secundum earum definitiones sanctissimum senioris Romæ Papam, primũ esse omnium sacerdotum.* Omisit Hotomanus illa verba: *Secundum earum definitiones*, quibus apparet ita in Concilijs definitum fuisse, non autem à Iustiniano tributum. Sed nec à Concilijs priuilegia hæc donata sunt, verùm ab ipso Deo, vt meritò Nicolaus I. in Epistola ad Michaelem Imperatorem dicat: *Ista priuilegia huic sanctæ Ecclesiæ à Christo sunt data; à Synodis non donata, sed celebrata & honorata, &c.*

Quintum argumentum est: *Quod cùm idem Imperator, inquit, fingatur tum in hac Epistola, tum etiam in alia superiori septima græcè scripta, Papæ Rom. scripsisse nullum* C *se pati velle geri negocium ad religionem pertinens, quantumuis notum sit ac diuulgatum, de quo nõ statim ad illum exquirendæ sententiæ suæ causa deferatur, vtpote caput existens omnium Dei Ecclesiarum, tamen extant Nouellæ cõstit. eiusdem Imp. quamplurimæ in quibus liberè, ac pro suo iure de rebus innumeris ad religionem pertinentibus, sine vlla Papæ Romani mentione decernit, &c.* Hæc Hotomanus, qui posthæc Nouellas constitutiones multas adducit, & alia quæ de rebus Ecclesiasticis Imperator statuit, quæ recensere non est necesse, cùm omnia sint nota.

Respondeo, nullam ex his legibus, quas Hotomanus profert, & quæ extant tum in Codice Iustiniano, tum in Nouellis, pertinere ad fidei & religionis professionem, de qua ipse Imperator ad summum Pontificem in hac de qua loquimur Epistola scripsit. Quare argumentum nullius est momenti: Quod enim in hac Epistola profitetur, quæ ad statum Ecclesiasticum pertinent, se ad Ro- D manum Pontificem delaturum, accipiendum est de ijs, quæ ad fidem pertinent, & fundamentum Ecclesiæ vnitatis & religionis. Nec tamen ideo dico, potius se Imperatorem de rebus Ecclesiasticis, puta Clericis & Monachis, Episcopis & alijs de quibus multa statuit, suo iure decernere, & leges ferre, quia hanc Ecclesiasticam potestatem ad summum Pontificem spectare certum est, sicut habetur in capite secundo, de maioritate, & obedientia, & in cap. Per venerabilem, qui filij sint legit. & alibi, sed quis poterat Imperatorem impedire, quò minus illa statueret, cùm tam potens esset, & summi Pontifices, totaque Ecclesia continuis ferè persecutionibus exagitaretur, & ope indigeret Imperatoris, nec leges iniustas esse constitutas videret?

Postremum argumentum est ex dicendi genere, quo Epistolæ ambæ conscriptæ sunt, quia alienum est ab eo stylo, quo Iustinianus in latinis suis constitutionibus vti consueuit. *Primum omnium, inquit, hæc Epistola*

plena

plena est indecora assentationis, & tanto Imperatore indigna,&c. Nos, inquit, *reddentes honorem Apostolicæ Sedi Romanæ.*

O caput mirabile, atra inuidię ac odij nube coopertũ, quia tu Ecclesiæ Romanæ cum alijs sectarijs hostis es, putas alios quoque esse debere. Nec ferre potes honorẽ sanctæ sedi Apostolicæ deferri, quam omnis antiquitas venerata est, Imperatores tot auxerunt priuilegijs, tot ac tantis bonorum possessionibus, quot notum omnibus est, amplificarunt atque donarunt. Idne alienum à Iustiniano erat, qui alibi eam vocat *patriam legum, fontem sacerdotij, venerandam sedem summi Apostoli Petri?* Vt in Nouella 9. Vt Eccles. Romana centum annor. præscript. gaud. & in Nouella 131. de Eccles. tit. *Sanctam Apostolicam sedem appellat.*

Ex eodem genere, inquit, *illud est, semper nobis in voto fuit, & est, vt decet, honorare vt patrem vestram Beatitudinem.* Sed hoc nullius planè momenti est, vnà cũ alijs, quæ iste adducit ex verbis Epistolarum, quibus Imperator est vsus. Vnde enim didicit hanc argumentandi rationem. Illa verba non sunt in alijs Iustiniani legibus & constitutionibus, aut eis similia; Ergo Epistola conficta est, nec Iustinianus author illius est? Nam, quot sunt verba in aliqua lege, vel constitutione, quæ in alijs non habentur? Si complures Epistolas Iustiniani, in eius Codice haberemus ad Romanum Pontificem scriptas, in quibus nunquam illud orationis genus vsurparetur, sed longè diuersum nonnihil haberet coloris H. calumnia, sed nullæ sunt aliæ similes Epistolæ: quare nec possumus illam, quam is allegat, styli diuersitatem intelligere. Comparatio enim fit in rebus similibus eiusdem generis; nec vnum & idem dicendi genus in omnibus rebus exigendum est.

Sed quõ Alciatum sæpe Hotom. in hac disputatione laudauit, propter Cõstantini donationem, præstat intelligere, quid Alciatus de Romano Pontifice senserit, deque eius authoritate & potestate, quid ex alijs vetustissimis, grauissimis authoribus, testimonijs, monumentis scriptum reliquerit, vt studiosi sciant, & alij, quorum interest, quæ inter Alciatum, quem fatetur Hotom. virum doctissimum fuisse, & ipsum Hotom. differentia sit, imò inter Catholicum scriptorem & hominem hæreticum. Prolixa quidem Alciati annotatio est, sed iucunda, vera, præclara.

Alciatus ad l. Inter claras. C. de summa Trinit. & fide Cathol. *Fuit olim magna controuersia, an Pontifex Romanus principatũ Ecclesiarum de iure diuino haberet. Quod si haberet, an ad eum potius qui Romæ, quam qui Constantinopoli esset, quæ noua Roma est, pertineret: Et Iustinianus hic ad Romanum rem trahit, quod & aliquo post tempore Phocas quoque Imperator constituit, Constantinopolitanoq́; prætulit. Nunquid verò id humanis sanctionibus potius quàm iure diuino probetur, nodus esset haud sanè facilis, nisi veteres & sancti illi primitiuæ Ecclesiæ antistites nobis præiuissent, & iuris diuini id esse demonstrassent. Cùm enim dixisset Christus Dominus noster Petro:* Tu es Petrus, & super hanc petram ædificabo Ecclesiam meam; *apparet per hæc verba ei vniuersalis Ecclesiæ administrationem promissam. Quod autem ab eo promissum est, fatuum esses opinari non & fuisse seruatum; consensuq́; prudentium proditur, tunc verè traditam, cùm post resurrectionem dixit:* Pasce oues meas.

Vt enim caput fidei ipse Christus est, qui gratiam quotidiè in Ecclesiam suam inuisibiliter infundit, ita & loco sui Petrum eiusq́; successores in terris reliquit, qui ea, quibus Ecclesia indiget, visibiliter ipsi conficerent: sic ab his Sacramenta exhibentur, populi in fide instruuntur. Episcopi constituuntur, Concio fidelium legibus, exemplis, monitionibus regitur, mali abominationibus & pœnis corriguntur: quæ si Christus ipse sibi reseruasset, iam fidei merita perderentur, certiq́; eius rei essemus, quam nostræ salutis interest, vt potius ex fide credamus. Sic in Euangelio rogasse se asserit Christus, ne deficiat fides Petri: sic constituit, ne portæ inferi aduersus petram, in qua fundatur Ecclesia, præualeant: sic ei mandatur, vt confirmet fratres suos: sic ipse, tanquam os & caput Apostolorum, Domino nostro respondet: sic semper in fide ardentiorem se præstat: sic a generalitate aliorum honoris gratia eximitur: cùm, dicite, inquit, discipulis & Petro: sic pro eo census soluitur, quæ omnia sancti Antistites, cùm optimè animaduertissent, pro exploratissimo habuerunt, primatum Ecclesiæ Petro, eiusq́; successoribus datum: Sed quid profuit tot Conciliis, id sanctissimos Patres statuisse, tot legibus Imperatores cauisse, Ecclesiæ Doctores tam Græcos quàm Latinos docuisse, si adhuc reperiuntur, qui etiam editis voluminibus id denegare ausint, nosq́; acephalos faciant? vt libeat exclamare, quod vulgò dicitur. Nil intra est oleum, nil extra est in nuce duri. Quid enim vnquam tam apertum fuit, tam dilucidum, vt dicendo inuertí non possit? si singulis horum rationibus respondere operæpretium ducerem, & studiosos multa lectione inuoluerem, & nihil proficerem: qui enim hæc attentant, cancro illo & hydra Platonica pertinaciores sunt, Pontificumq́; monitis minimè resipiscentes, nouas quotidie & scandalo plenas conclusiones cogitant, & in publicum proferunt, vna in re solùm intenti, vt contradictiones cunctis orthodoxis adducant, vt vbique concordiam extinguant, nusquam pietatem adinuenit: (Pingit suis coloribus hæreticos) *quorum sententia, si vera essent, veteres omnes, sanctosq́; Theologos abrogare oporteret, quorumcunque Principum regna subuertere, qui a Pontifice Romano primùm instituti sunt, & imprimis Cæsar ipse exauthorandus, cùm ex decreto Gregorij V. constituti Electores eum designandi ius nullum adepti fuerint: deturbandus Rex Francorum, cùm a Chilperico in Pipinum transferre dominationem sanctione sua Zacharias nequiuerit: deijciendi Siciliæ Reges, qui a sede Apostolica sub fidelitatis iuramento regnum possident: Antistites omnes, qui hactenus fuerunt, & pij & religiosi ceu inuasores, & pseudo episcopi explodendi, cùm a Romano Pontifice instituti fuerint. Sed bene habet, noluit Christus fidem Petri deficere: tot columnis, tot tibicinibus ea fulta est, vt labefactari aliquorum syllogismis nequeat. Extant antiquorum interpretum commentarij, quibus omnes hæreticorum sententiæ confutantur: & vt Anacleti, Pelagij, Innocentij, Nicolai, Leonis decretales Epistolas omittamus, principatum Ecclesiæ celeberrimus quisque veterum Petro ipsi datum consentit & ex Græcis Ioan. Chrysostomus homil. 55. in Matthæũ, nunc Petrum totius Ecclesiæ pastorem constituntum, nunc eius pastorem & caput, nunc vniuerso orbi præpositum asserit & homil. vltima in Ioannem, Iacobum quidem Hierosolymorum accepisse, Petro verò totius orbis curam demandatam affirmat. Theophilus Principem Apostolorum ex confessum Luc. 22. scripsit, cùm illi mandat, vt fratres confirmet. Rursus Ioan. cap. vlt. idcirco ei a Christo dictum, sequere me, quoniam cunctorum fidelium prælaturam ei concesserat. Cyrillus Alexandrinus libro Thesaurorum nos hortatur, vt maneamus in Ecclesia Petri, & in capite nostro, nempe Apostolico Throno Romanorum Pontificum. Maximus Epistolaquadam Orientalibus populis suadet, vt veram fidem approbantes, in Ecclesiam Romanorum, tanquam in solem, respiciant, & ex ipsa lumen Catholicæ & Apostolicæ fidei recipiant.*

Ignatius Constantinopolitanus potestatem Apostolorum principi Petro datam, non in eius persona circumscriptam, sed successoribus quoque senioris Romæ Pontificibus transmissam author est. Ex Latinis Cyprianus super vno Petro fundatam Ecclesiam tradit, idq́; a Christo institutum, vt vnitas eius ostenderetur. Idem lib. 4. Epistolarum ad Pupianum, super Petro ædificatam fuisse Ecclesiam apertissimè fatetur. Ambrosius nunc eum Ecclesiæ petram appellat; nunc fidei firmamẽtum: idcircoq́; petram esse, quoniam primus in nationibus fidei fundamentum posuerit. Idem sermone 11. Hanc, inquit, solam Ecclesiæ nauem ascendit Dominus, in qua Petrus Magister est constitutus. Hieronymus in Matthæum, Petri nomen illi rectè a Christo datum,

quoniam

quoniam per metaphoram ſuper eum ædificaturus erat Eccleſiam ſuam. Idem ad Damaſum: Ego, inquit, Beatitudini tuæ, id eſt, Cathedræ Petri communione conſocior, & ſuper illam petram ædificatam Eccleſiam ſcio.

Auguſtinus ad Paulinum Epiſt. 106. Innocentij literas commendat, quibus ad ſedis ſuæ notitiam pertinere teſtabatur, quicquid vbiq; à Concilijs in fide ſtatuatur, cuius iudicio, vel ſtent, vel cadant, quæ tractata fuerint. Rurſus in libro aduerſus Epiſtolam Donati, in Petro aſſerit tanquam in petra fundatam Eccleſiam. Gregorius cùm varijs in locis, tum maximè Epiſtola ad Mauritium Imperatorem, eandem ſententiam adductis Euangeliorum canonibus clariſſimè defendit: & poſt eum Bernardus eo ſermone, quem in ipſius Apoſtoli vigilia habuit, diffuſiusq; ad Eugenium Papam lib. 11. de Conſideratione: Age, inquit, indagemus quis ſis, quam geras pro tempore perſonam in Eccleſia Dei. Quis es? Sacerdos magnus, ſummus Pontifex, tu Princeps Epiſcoporum, tu heres Apoſtolorum, tu primatu Abel, gubernatu Noe, Patriarchatu Abraham, ordine Melchiſedech, dignitate Aaron, authoritate Moyſes, iudicatu Samuel, poteſtate Petrus, vnitione Chriſtus: tu es cui claues traditæ, & oues creditæ ſunt: Habent alij ſibi aſſignatos greges, ſinguli ſingulos, tibi vniuerſi crediti: Socrates Epiſcopus in hiſtoria Caſſiodori, cùm in varijs locis principatum Romæ ſedi tribuit, tum & lib 4. cap. 9. vbi Eccleſiaſticis regulis mandari aſſerit, ne præter Romani Pontificis ſententiam Concilium celebretur. Rurſus lib. 9. cap. 13. regulam prolatam author eſt, vt Conſtantinopolitanus Epiſcopus haberet honoris priuilegia poſt Pontificem Romanum, iſq; conſenſum ſuum præſtitiſſe Imperatorem Theodoſium: quod & Conſtantinopolitano Concilio cautum reperitur, in quo hæc ad verbum legere eſt: Conſtantinopolitanus Epiſcopus habeat honoris primatum poſt Romanum, propterea quod vrbs ipſa ſit iunior Roma. Sed & Amianus Marcellinus hiſtoriæ lib. 15. author eſt, Conſtantium Cæſarem ſententiam, quà Athanaſium damnabat, petiſſe à Liberio Romano Pontifice pro authoritate, quà potiores ſunt æternæ vrbis Epiſcopi, confirmari: quod minimè obtinere potuit. Sed quid ego hac in re verba vlterius faciam? Et contra vetus prouerbium rem actam rurſus agam? Pluribus enim Concilijs, & nouiſſimè Conſtantienſi res hæc omnis deciſa eſt, quod & Iuſtinianus Imperator hac conſtitutione approbauit, vt ridicula ſit ea hæreticorum concluſio, quæ id introductum ex frigidiſſimis decretis ſolùm à CCC. annis citra aſſeuerant. Sed certè nobis videntur iſti, nõ tam credere, quę aſſerunt, quàm id agere, vt inuidiam aduerſus Pontificem, & pręſules colligant, & contra Chriſtianorum dogmatum ſynceritatem Principibus populi ſui maledicant, cùm tamen Chriſtus quoque ipſe Pontificibus & Sacerdotibus libentiſſimè detulerit, quod annotauit Cyprianus. Paulus quoque in Actis Apoſtolorum cap. 24. Neſciebam, inquit, fratres, quia Princeps eſt. Hactenus Alciatus. Plurima alia poſſem adſerre teſtimonia, pro Romano Pontifice, verùm ſuperſedeo, quia non hæc diſſerui, vt ſummi Pontificis ſummam authoritatem aſſererem, quod alij doctiſſimi Theologi ſatis luculenter fecerunt, ſed vt l. Inter claras. à morſibus Hotomani vindicarem, quod nemo hactenus fecit, quem ſciam. Poſt hæc ſcripta & impreſſa legi tandem diſputationem ferè aduerſus Hotomanum apud Illuſtriſſ. & Reuerendiſſ. D. Cardinalem Baronium VII. Annal. Eccleſiaſt. Tomo, qui longe doctiùs & accuratiùs omnia exequitur. Tu illum conſulito.

CAPVT II.

Defenſio Extrauag Regimini. de empt. & vendit. aduerſus diſputationem Franciſci Hotomani Hæretici, lib. 2. obſeruat. cap. 15.



ANnuos cenſus iuſtè & legitimè emi ac vendi poſſe, ſeruata tamen iuris forma, nemo eſt qui neſciat. Ita enim communi ſententia Doctorum vtriuſque iuris receptum eſt, & res nimis iam inculcata eſt, tranſiuitque in rem iudicatam, vt verbis vtar Tiraquelli de retractu conſanguineorum. §. 1. Gloſſ. 6. num. 15. Ita multis ac varijs ſummorum Pontificum conſtitutionibus ſancitum eſt & Imperij etiam Romani ordinationibus, vt tradit Andreas Gevll. lib. 2. obſeru. 7. Nemo igitur hoc in dubium iam reuocat, excepto Franciſco Hotomano, non vt Iuriſconſultos & Theologos damnaret, aut Cæſarum Conſtitutiones, ſed vt Romanum Pontificem, quem hęreticus homo odio proſequitur, reprehenderet, cuius reprehenſionis facilis eſt reprehenſio. Is lib. 2. obſeru cap. nonnulla profert argumenta aduerſus Extrauag. Regimini, de empt. & vendit. quæ breuiter putaui referenda, atque refellenda, vt impoſturæ ipſius detegantur.

Primùm, inquit, *emptio ex eorum numero eſt, quæ ſolo conſenſu contrahuntur. Hanc autem conuentionem re contrahi, & antequam numerata pecunia ſit, nullam obligationem concipi, nemo, vt opinor, vel mediocriter in libris noſtris verſatus addubitabit. Deinde, in emptione & venditione vltro citroq; obligatio naſcitur: ac propterea bonæ fidei iudicium ex eo contractu conſtituitur: At in hoc negotio, & is ſolus, cui fundus traditur, & reſtrictè ex ijs tantùm, quæ lingua nuncupata ſunt, adſtringitur. Præterea in emptione contrahenda res quanti eſt, in ſolidum æſtimatur, hic autem non fundus, ſed eius tantum annuus prouentus æſtimatur. Reſtat igitur vt conſideremus, an hæc conuentio mutui nomine contineatur, quod dici omnino non poteſt. Nam in mutuo certa obligatio naſcitur de reddenda quandoque pecunia. Hic autem acceptor pecunię non obligatur. Cùm igitur hanc conuentionem inter contractuum genera non reperiamus, & conſtet, eam naturam habere aliarum omnium conuentionum diſsimillimam, videamus ne quid in ea monſtri ſubſit. Et profectò ita eſt, vt eteres occultiſſimas fraudes, quaſi viperas, aut vulpeculas ſub huiuſce conuentionis ſpecie latere animaduertam: quarum prima hæc eſt, quod in ea ſolus fundi prouentus ęſtimatur, atque emitur: fundus autem gratis, ac ſine vllo precio callidè ac ſubdolè aufertur. Cùm enim de illa Decima, Duodecima & Decimaquinta diſſeritur, nequaquam fundi precium exquiritur: ſed eius tantummodò prouentus cum decima, aut duodecima ſortis parte comparatur: vt quia, verbi gratia; duodecima ſortis pars rectè & legitimè pro vſura conſtituitur, quippe quę beſsi legitimo propemodũ reſpondeat: propterea recta vſurę ratio indicetur, ſi pro pecunia numerata, tantundem in fructibus ſoluatur: hoc eſt, fructus qui duodecimæ reſpondeant. Quod quàm iniquum & indignum ſit, nemo non videt. Non enim ex prouentu tantùm & frugibus, ſed etiam multis alijs ex cauſis fundi ęſtimantur. veluti ſalubritate, amœnitate, opportunitate, aut circumluuione fluminis, vicinitate oppidi. l. Competit. 16 ff. quod vi aut clam. l. ſi cui fundus de leg. 2. Et ea de re pulcherrima Epiſtola extat. C. Plinij lib. Epiſtolar. 111. cuius initiũ eſt: Adſumo te. Ex quo intelligi volumus, quàm longè hoc genus contractus à venditione cum pacto redimendi facta diſsideat, in qua verum, æquum, & ſolitum rerum precium æſtimatur.*

His verbis tria cõtinent mendacia. Primũ in illis verbis: *Quod in ea ſolus fundi ꝓuentus ęſtimatur, atq; emitur, fundus aũt gratis ac ſine vllo precio callidè & ſubdolè aufertur.* Falſum eſt, fundum auferri dño, hoc eſt, venditori cenſus. Nã ſic ſe reshẽt in hoc cenſu, qui à Scholaſticis vocatur

vocatur constitutiuus. Venditur certo precio conuento iusto scilicet, annuus reditus certi fundi, eius dominium venditor retinet, & se obligat, & fundum quoque ad annuum censum persoluendũ, itaque fundus non aufertur: sicut in censu reseruatiuo, cùm scilicet fundi dominium in alium transfertur à domino, reseruato sibi annuo censu, iuxta notata in cap. Constitutus. de relig. domibus: sed iste non intellexit vim & naturam horum cõtractuum, vel atra nubes odij in Romanum Pontificem oculorum aciem obtenebrauit eius, vt & aliorum hæreticorum.

Alterum mendacium inest verbis illis: *Cùm enim de illa decima, &c.* Nam *decima, duodecima, &c.* non comparatur, vt ipse putat, cum decima & duodecima sortis parte, quasi vsura cõstituatur palliata, vt nostri loquũtur, sed habetur ratio rei, super qua annui census obligatio cõstituitur, & ipse census annuus emitur ac vẽditur, ita vt precium iustum sit. Verbi gratia, centũ aureis cẽsus annuus venditur super fundo, venditor ex eo cõtractu promittit annua quinque, quia ex illo fundo annuatim percipit idẽ venditor tantundem vtilitatis, quanta est pensio soluẽda statis temporibus: *Nam si res non est talis: dominus res non habet reuera ius recipiendi tantam vtilitatem: Ergo verè non habet id totum, quod vendit. Et consequenter is qui fingeret se emere talem censum, in rei veritate nihil emeret, sed palliaret sic vsuram, qua censuario mutuaret summam soluendam cum vsurario incremento, postea paulatim varijs temporibus.* Verba sunt R.P. Gregorij de Valentia, viri summi, ac Theologorum huius ætatis præcipui in 3. Tomo Comment. Theol. dispu. 5. q. 22. punct. 2. vbi alios citat, & puncto 5. de iustitia precij censuum, latiùs disputat, sed hæc non intellexit Hotomanus.

Tertium mendacium est, cùm ait, in venditione cum pacto redimendi facta, *verum, æquum, & solitum rerum precium æstimari.* Falsum est, quia æstimatur res habita ratione oneris reuendendi, vt ratio ipsa dictat, Nullus dissentit. Itaque res minoris æstimatur, quàm si purè & simpliciter vendatur absque pacto reuendendi. Est enim hoc pactum onus, Hotomane, quod si perpendisses, non dixisses solito precio æstimari.

Pergit Hotomanus: *Sed nunc alteram fraudem*, inquit, *quæ sub hac fucata emptione agitur, detegamus. Neq; enim solum fundi corpus non emitur, sed ne ipsius quidem prouentus: quod paulum attendenti non difficilè erit intelligere. Nam emptio & venditio, vt ex parte venditoris rem certam, sic ex parte emptoris certum definitumq́; preciũ, quod ab emptore verè (& vt loquitur) naturaliter abeat, & in venditorem transferatur, exquirit. l. 1. ff. de contrah. empt. l. penul. C. de rer. permutat. At in hac conuentione nulla precij quantitas pro fundi fructibus constituitur: quæ emptori detrahatur. Imò tantum abest, vt illi aliquid decedat, vt contra potius accedat: vtpotè cùm ipsius pecunia ex fundi fructibus sine vllo impendio suo amplificetur.*

Hominis delirantis verba esse videntur: *Nulla precij quantitas pro fundi fructibus constituitur*, imò constituitur, quia emptor venditori pecuniæ certam quantitatem numerat verè, naturaliter & realiter, illaque ab emptore abest; & transfertur in venditorem. Nemo id ignorat, imò paulò superiùs idem dixit Hotomanus, dum dixit, antequam numerata pecunia sit, nullam contrahi obligationem. Ex fructibus autem pecunia ab emptore soluta non amplificatur, sed emptor annuum censum accipit, donec redimatur census. Sicut is qui cum pacto reuendendi emit, fructus percipit rei emptæ, donec redimatur. l. 2. C. de pactis inter empt. & vendit. sed res est clara nimis: pudet diutiùs immorari.

Tertia fraus ex eo deprehenditur, inquit, *quod hoc genus conuentionis nullius alterius rei quàm exercendæ fænerandæq́; pecuniæ causa institutum est: quemadmodum vel ex illa decima & duodecima ratione intelligi potest, de qua Pontifices in illo extrauagante decreto scribunt, &c.*

O sanctum pectus, timet labem vsuræ. Bonarum mentium est timere peccatũ, vbi non est. Horret Hotomanus

A nomen decimæ, duodecimæ, quasi sonet in fænus illicitum, rem non inspicit, non perpendit contractus substãtiam, pacta, periculum sortis amittendæ, nullam actionẽ competere emptori ad repetendũ pecuniam, sicut creditori qui mutuauit, & alias differentias, quæ ab omnibus hactenus cõsideratæ sunt inter mutuum fæneratitium, & emptionem, & venditionẽ censuum. Prohibent summi Pontifices, nec non Imperatores ac Principes vsuras turpes, easdem omnes boni detestantur. Approbant tamen census. Hotomano sunt vsurarij & fæneratitij, scilicet; *Huic modo cor soli est, reliqui velut vmbra feruntur.* O impudentiam, sed quid mirum? hæretici non obediũt Ecclesiæ, contemnunt Orthodoxos Patres, suas opiniones præferunt omnibus Concilijs, ac receptis ab Ecclesia interpretationibus. Sed bene res habet, quia portę inferi non præualebunt aduersus eam, vt aliàs dixi ex verbis Domini nostri Iesu Christi.

B

CAPVT III.

An fiscus, Principes, Ciuitates & Ecclesia Romana centum annorum præscriptione gaudeant?



Ota est l. vlt. C. de sacrosanct. Eccles. in qua Imperator Iustinianus cẽtum annorum præscriptionem concedit Ecclesijs, Ciuitatibus, redemptioni captiuorum & cæteris pijs locis in rebus venditis, vel donatis, vel legatis, vel per fideicõmissum relictis, nec non etiam in hæreditate relicta. Sed controuersia est, an idem præscriptionis ius fisco etiam competat. Item Principibus, an etiam Ciuitatibus, inspecto iure nouissimo ex nouellis Iustiniani constitutionibus, & denique, an etiam Romanę Ecclesiæ competat consideratis omnibus Iustiniani constitutionibus. Nam iure Canonico certum est competere, & indubitatum. Quatuor hæ sunt cõtrouersiæ dignæ, quæ accuratè à nobis

C bis tractentur atque discutiantur, tum quia nõ exiguam iuris cognitionem secum adferunt, tum quia magnus in praxi forensi earum vsus est.

Fiscum priuilegio gaudere centenariæ præscriptionis, authores sunt Accursius in d. l. vlt. C. de sacrosanct. Eccl. in verbo. centum annorum in 4 solutione argumenti allati ex l. In omnibus. ff. de diuersis & temp. præscr. Bart. ibidem, Baldus, Salicetus, Iason, Marcus Antonius Peregrinus de iure fisci, lib. 6. tit. 8. nu. 2. Fundamẽtum est, quia d. l. vlt. dicit *Vt inter publicum ius & priuata commoda competens sit discrimen, &c.* sed ius fisci publicũ est, nõ autem priuatum, Ergo illa lex ad fiscum quoq; pertinet.

Huc accedat Nouella 160. vbi Imperator dicit, oportere *se ex æquo Ciuitatum & rerum fisci curę studere.* Ergo priuilegium in ea lege tributum Ciuitatatibus, interpretatione extendi debet ad fiscum.

Præsertim quia fiscus maiora habet, quàm Ciuitates priuilegia. Nam ędilitiæ actiones, quæ in venditionibus

D fiscalibus cessant, si quæ Respub. quid vendiderit, locum habẽt. l. 1. § Illud. ff. de ædilit. edi. Rem Ciuitatis sub hasta venditam, licitantique addictam, non licet adiectione precij postea emptori auferre, nisi particulari priuilegio id Reipub. concedatur. At fiscus vendens habet adiectionis tempora, intra quæ quilibet potest aucto precio rem emptori euincere. l. Lucius. 21. in fine. ff. ad Municip. l. 1. C. de vend. reb. Ciuit. l. pen. C. de omni agro deserto. l. 4. C. de iure hastæ fiscalis.

Rursus fiscus ius habet in rebus debitorum. l. Aufertur. 46. §. Fiscus. ff. de iure fisci, & tacitam hypothecam. l. 1. & 2. C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacitè contrah. Ciuitates autem non habent, nisi quæ singulariter id à Principe impetrauerint, vel pacto quæsierint. l. Simile. 10. ff. ad Municip. l. 2. C. de iure reip.

Verùm istis nil morantibus contrariam sententiam amplector, doctrinam Pauli Castrensis secutus in d. l. vlt. num. 7. atque ita contendo, priuilegium centenariæ

præscri-

præscriptionis ea lege tributum, ad fiscum nequaquam pertinere.

Mouet me imprimis, quod in d. l. vlt. Iustinianus tribuit illud ius ac priuilegium Ecclesijs, locis pijs, Ciuitatibus, & captiuis, fisco autem non tribuit.

Deinde, quia iam cautú est specialiter de præscriptionibus aduersus fiscú constitutis in l. In omnibus. 10. ff. de diuer. & tempo. præscript. in l. 1. §. Diuus. & §. Præscript. ff. de iure fisci, in l. 1. C. de quadriennij præscrip. in l. Iampridem. C. comm. de vsucap. in l. Cópetit. C. de præscrip. 30. vel 40. anno. in § Res fisci. instit. de vsucap.

Tertiò, quia textus in l. Omnes. C. de præscrip. 30. vel 40. annor. apertè statuit, 40. annis omnes actiones remoueri, nullumque ius publicum vel priuatum post lapsum annorum 40. moueri posse.

Respondent Doct. excipiendos esse casus, quibus centenaria opus est præscriptione, qui continentur in d. l. vlt. Respondeo, in illa lege nihil tale contineri.

Nec obstant verba illa d. l. vlt. *Vt inter ius publicum & priuata commoda, &c.* quia illis verbis ratio legis continetur, generalis illa quidem, sed postea lex sequitur specialis de Ecclesijs, Ciuitatibus, pijs locis, & redemptione captiuorum, nullum verbum de fisco. Quamobrem illa ratio generalis restringi debet, & aptari ad ea, quæ in lege constituuntur, non ad alia diuersa ac separata, quæ alijs legibus iam rectè sunt constituta; *Quoniam dum nihil omnino super istis innouatum sit, antiquam seruamus figuram,* vt alibi Imperator dixit, Nouella. de administran. officia in sacris appella.

Nec obstat d. Nouell. 160. Non enim bona consequentia est, quia Imperator ibi circa vsuras eandem curam habet fisci & Ciuitatum, idcirco quicquid in Ciuitatibus constitutum est, ad fiscum quoq; pertinere. Quia ex vno singulari casu regula constitui non debet.

Quæ responsio valet ad vltimum etiam argumentum. Nam non si in aliquibus potior causa fisci est, quàm Ciuitatum; idcirco in omnibus potiorem esse oportet, quædam enim sunt causæ, quæ mouere possunt ad aliquid de ciuitatibus statuendum, quæ non habent locum in fisco. Proinde non plus à nobis fauendum fisco est, quam Cæsares authores legum fauere voluerint.

Quod attinet ad Principes, communior sententia est, eis competere idem ius præscriptionis centenariæ in casibus de quibus fit mentio in d. l. vlt. C. de sacrosanct. Eccl. Vide Alexan. in cons. 24. lib. 5. Socinum iun. in cons. 65. nu. 4. lib. 1. Crauettam de antiq tempor. in 4. part. §. Absolutus. nu. 36. 37. Felinum in c. Ad audientiam. nu. 22. de Præscrip. Couuar. in reg. Male fidei possessor. in 2. parte, §. 2. nu. 9. de reg. iur lib. 6. Marcum Antonium Peregrinum de iure fisci lib. 6. tit. 8.

Fundamentum est primò, quia illud priuilegium competit fisco, sed hoc iure non probatur, vt proximè dixi. Deinde, quia Principes non sunt minoribus fauoribus prosequendi, quàm Ciuitates: Sed hoc argumentum parui ponderis videtur, quia nó est bona collectio. Visum est enim Iustiniano Ciuitatibus id tribuere, & alijs in ea lege expressis, non autem sibi ipsi, quare nobis non licet id ad alios porrigere.

Tertiò in authoritate Gloss. in §. Vt autem lex. in vers. Nec multum. in Auth. de non alien. reb. Eccl. quæ Gloss. hoc dicit, authoritate illius textus, in illis verb. *Cùm nec multum differant ab alterutro Sacerdotium, & Imperium, & res sacræ a communibus & publicis, quando omnis sanctissimis Ecclesiis abundantia, & status ex Imperialibus munificentijs perpetuò præbeatur.* Si ergo Ecclesiæ id ius cócessum est, videtur etiam Principi concedendum.

Sed responderi potest, comparationem illam Ecclesiæ & Imperij in eum finem allatam esse, vt appareat Principi permutare licere res suas cum rebus Ecclesiæ, vtilitate publica id exigente, & pragmatica forma præcedéte. Nó est igitur absoluta, & generalis cóparatio Ecclesiæ ac Imperij, alioqui dicendum foret, quicquid de Ecclesijs con-

A stitutum est, id etiam ad Imperatores & Principes pertinere: cum tamen multæ sint differentiæ, vt notum est. Non licet verba legis ita captare, & ex eorum vi quidum inferre atque instituere, quod legibus constitutú non est, facileque constitui, si legum author voluisset, potuisset.

Alij dixerunt, etiam extra casus expressos in d. l. vlt. C. de sacrosanct. Eccles. exceptionem istam centenariæ præscriptionis Principibus competere, sed nullo fundamento; quamobrem eos refellunt Peregrinus & Couuar. locis proximè citatis.

Alij dixerunt Principis res præscribi posse spacio 40. annorum, in casibus d. l. vlt. C. de sacrosanct. Eccl. quia cétum annorum præscriptio, quæ ibi constituta fuit, sublata est Nouella Iustiniani 111. Hæc constit. innouat constitutioné, &c. & reducta ad 40. annos. Vide Boerium decis. 264. nu. 22.

D. Tiberius Decianus ï cós. 124. nu. 44. lib. 5. post alios ab eo citatos, dixit, Principibus obstare præscriptionem

B 40. annorum, quoties possessor titulum habuit ab ipsis.

Ego verò sic statuo. Si de rebus feudalibus sit quæstio, nullam principibus ad directum feudi dominiú auferendum, temporis præscriptionem obstare, ex constitutione Friderici in c. Imperialé. de proh. feud. alien. per Frider. quod præclarè Zasius defendit in cons. 15. lib. 2. & nos superius disputauimus in libro præcedente.

Si agatur de tributorú præstatione præscribenda, nullius quoque temporis longissimi præscriptionem sufficere. l. Competit. C. de Præscript. 30. vel 40. annor.

Si de mero vel mixto Imperio, Iurisdictione, vel regalibus agatur, quid iuris dicam infrà hoc eodem lib.

Si de alijs rebus agatur, existimo præscriptioné longi temporis locum nó habere, quia sic est constitutú in l. 2. & 3. C. Ne dominicæ res vel templor. véd. &c. longissimi autem temporis locum habere, iuxta l. Sicut. & l. Omnes. C. de Præscrip. longiss. tempo. 30. vel 40. annor. si bona fides adsit iuxta canonicas sanctiones, c. vlt. de Præscript.

C Hæc mihi videbantur in hac quæstione controuersa, ex iuris fontibus adferri liquidò potuisse.

Sequitur vt de Ciuitatum iure videamus. Quæritur an Ciuitatibus, nouissimis constitutionibus cósideratis, obijci præscriptio 30. vel 40. annorum possit, an verò centum annorum duntaxat, vt in d. l. vlt. C. de sacrosanct. Eccl. Duæ sunt contrariæ doctorum sententiæ. Vna, centum annorum præscriptionem requiri secundum tenorem d. l. vlt. ita olim docuerunt Pileus & Ioánes, antiqui Glossatores, Castrensis, nu. 8. Bart nu. 8. Iason nu. 21. in Auth. Quas actiones. C. eod. titu. Couuar. alios citans ad Reg. Possessor malæ fidei. de reg. iur. lib. 6. par. 2. §. 2. nu. 9. Iacob. Cuiac. lib. 5. obseru. c. 5.

Fundamentum est, quia in Nouella cóstitutione 111. Hæc constitutio innouat constit. &c. in qua Imperator illam cétum annorum præscriptionem correxit, & ad annos quadraginta reduxit, nulla Ciuitatum mentio habetur, sed Ecclesiarum duntaxat & aliorum piorum loco-

D rum. Quod ergo non corrigitur, cur stare prohibeatur? l. Præcipimus. in fine. C. de Appellat.

Altera est sententia, sublatam esse dictam præscriptionem cétum annorum, & ideo 30. annorum præscriptionem Ciuitatibus obstare, iuxta l. Omnes. & l. Sicut. C. de Præscript. 30. vel 40. annor sic existimarunt olim Placentinus & vltramontani doctores, teste Bartolo, Petrus, Cynus, Saliceus, & Fulgosius in d. Auth. Quas actiones. & in eandem sententiam propendere videtur etiam Baldus, Boerius decis. 264. nu. 22.

Fundaméntú est, quia est eadem, imò maior ratio in Ciuitatibus, quę in Ecclesijs: cùm igitur Ecclesijs, quibus pręscriptio centú annorú concessa fuit principaliter, adépta fuerit ex Nouella 111. absurdú videtur existimare Ciuitatibus adhuc saluam esse: Eandem esse rationé in Ciuitatibus, patet ex eo quod in d. Nouella, ideo sublata dicitur centum annorú præscriptio. *Quoniam per tantum seculis magis, quam temporis spatiú, nec documentis integris*

nec

nec actis fides, nec atas valet testibus suffragari. Hæc ratio A æquè militat in Ciuitatibus, vt in Ecclesijs.

Hanc posteriorem sententiam ego longè probabiliorem esse iudico, atque sic censeo, plus dictum & minus scriptum in dicta Nouella 111. eamque omnino fuisse Iustiniani mentem, vt illud quod de præscriptione centum annorum constituerat in d. l. vlt. C. de sacrosanct. Eccles. immutaret atque corrigeret, substituendo loco centenariæ quadragenariam præscriptionem, nullam fecisse Ciuitatum mentionem, quia non putauerit esse necessariã; cùm Ecclesijs, quibus præcipuè consultum voluit, priuilegium ademisset. Addo ex verbis d. Nouellæ, congrua adhibita interpretatione palam fieri etiam Ciuitatibus, sublatum hoc priuilegium videri: Sic enim ait Imperator. *Et iubemus in negocijs, qua antehac triginta annorum remouebat exceptio, nunc venerabilibus Ecclesijs, Monasterijs, Xenodochijs, &c. 40. annorum protelatio conferatur, saluâ scilicet circa alias personas & causas, virtute quam semper tricennalis sibi prascriptio vendicabat, quoniam hanc* B *decem annorum adiectionem solis, vt dictum est, religiosis locis, eorumq́; iuri & contractibus indulgemus.* Et paulò pòst: *In illis namq́; vt dictum est, negocijs religiosos contractus memorato 40. annorum priuilegio volumus perfrui, in quibus eis centum annorum prarogatiuam cõstitutio nostra contulerat.* Si solis Ecclesijs & religiosis locis vult Iustinianus cõpetere priuilegiũ 40. annorum præscriptionis. Ergo id Ciuitatibus cõpetere non potest. Ergo multò minus Ciuitatibus competet priuilegium cẽtum annorum præscriptionis. Absurdum est autẽ, existimare minus esse consultum Ecclesijs, cui plus cõsultum voluit Imperator. Absurdum est protestari decem annorum adiectionem factam præscriptioni 30 annorum, ob fauorem Ecclesiarum & locorum religiosorũ tantummodo, si Ciuitatibus frui adhuc liceat præscriptione centum annorum.

Quibus tollitur contrariæ sententiæ fundamẽtum, satis enim perspicuum euadit omnibus rectè consideratis ea Nouella 111. ciuitatibus quoque ademptam fuisse cen C tum annorum præscriptionem: licet illud mouerit dubitationem, controuersiamque pepererit, quod non ita expressim de Ciuitatibus, vti de Ecclesijs, ea constitutione cautum à Iustiniano fuerit. Hæc de ciuitatibus.

Restat de Romanæ Ecclesiæ priuilegio, vt breuiter disseramus. Et quidem inter oẽs constat, à Iustiniano Ecclesiæ Romanæ datum esse priuilegium centenariæ præscriptionis. Nouella constitutione 9. tit. Vt Ecclesia Romana centum annorum gaudeat præscriptione, sed controuersia est, an hoc priuilegium alia posteriori Nouella fuerit sublatum. Nam sublatum videri responderunt Hugolinus & Accursius in Auth. Quas actiones; Salicetus ibidem nume. 1. Pinellus in Authen. Nisi tricennal. C. de bonis maternis, numero 57. Iacobus Cuiacius libro 5. obseruat cap. 5.

Sed sublatum non videri responderunt alij ferè omnes in d. Authen. quas actiones. Bartolus, Bald. Castren. Iason & alij, nec non Accurs. in rubr. Nouellæ 111. Hæc D constitutio innouat constitutionem, &c.

Prioris sententiæ fundamentum est primò, quia Nouella 111. generaliter loquitur de Ecclesijs, eisque nulla distinctione adhibita, priuilegium aufert centenariæ præscriptionis, Ergo Romana etiam Ecclesia eadem constitutione continetur.

Non obstat, si dicatur specialiter tributum fuisse Romanæ Ecclesiæ priuilegium dicta Nouella 9. ac proinde alia constitutione speciali tolli debuisse. Nam dicta Nouella 9. concedit priuilegium non Romanæ Ecclesiæ solùm, verùm alijs quoq; Ecclesijs, vt patet ex illis verbis: *Vt ex hac in vniuersas Ecclesias catholicas, qua ad Oceanum vsque posita sunt, saluberrima legis vigor extendatur.*

Secundò, quia ratio quæ mouit Iustinianum ad reuocandum priuilegium centenariæ præscriptionis, & quæ in dicta Nouella 111. prolixè exprimitur, locum habet etiam in Romana Ecclesia.

A Tertiò, in Nouella 131. §. Pro temporalibus. vbi dicit Imperator: *Pro temporalibus autem prescriptionibus decem, viginti, & triginta annorum sacrosanctis Ecclesijs & alijs vniuersis venerabilibus locis solùm prescriptionem 40. annorum opponi precipimus, &c.*

Non obstat, si dicatur Imperatorem ibi non loqui de Romana Ecclesia. Nam principio Nouellæ fit mentio Romani Pontificis.

Fundamentum autem posterioris sententiæ in eo est positum, quòd speciale priuilegium Romanæ Ecclesiæ concessum dicta Nouella 9. abrogatum non fuerit dicta Nouella 111.

Et hæc sententia mihi verissima videtur, non solùm quia iure canonico recepta est. c. Ad audientiam. de Pręscript. & alibi, cui par est viros graues ac prudentes summam fidem adhibere & acquiescere: Verùm etiam quia longè firmiori nititur ratione, quàm contraria sententia.

Etenim sic statuo; nec Iustiniani Nouellam 111. tra- B hi posse ad Romanam Ecclesiam: & Nouellam 9. speciale priuilegium Romanæ Ecclesiæ continere, non autem generale omnium Ecclesiarum: quę duo sic verissima esse ostendo.

Imperator in dicta Nouella 111. reuocat priuilegium centenariæ præscriptionis, quod Ecclesijs & alijs venerabilibus ac religiosis locis concesserat: sic enim expressè verba sonant dictæ Nouellæ. At Ecclesijs & venerabilibus locis centenariæ præscriptionis priuilegium non dedit in d. Nouella 9. Nulla ibi fit mentio Ecclesiarum, *venerabilium locorum, xenodochiorum*, & similiũ; Ergo d. Nouella 111. trahi non potest ad Nouellam 9. sed ad l. vlt. C. de sacrosanct. Eccl. vbi Iustinianus concessit priuilegium centenariæ præscriptionis generatim *Ecclesijs, & venerabilibus ac religiosis locis, Xenodochijs, &c.* Sicuti ex verbis d. l. vlt. perspicuum est. Et hoc est, quod Iustinianus in d. Nouella 111. ait, in illis negocijs perfrui debere 40 annorum præscriptione religiosos contractus, *in* C *quibus eis centum annorum prerogatiuam constitutio sua contulerat.* De contractibus autem nulla fit mentio in d. Nouella 9. sed in d. l. vlt. nimirum de venditione, &c.

Quod autem Nouella 9. singulare contineat priuilegium Romanæ Ecclesiæ, probatur primũ ex verbis Rubricæ, quæ secundum tam veterem quàm nouam translationem sic habent: *Vt Ecclesia Romana centum annorũ prescriptione gaudeat.* Deinde ex illis verbis Nouellæ, quę initio ponuntur: *Vt legum originem anterior Roma sortita est, &c. necessarium duximus patriam legum, fontem sacerdotij speciali numinis nostri lege illustrari.*

Non obstant illa verba sequentia: *Vt ex hac in vniuersas Ecclesias catholicas, quę vsque ad Oceanum positę sunt, saluberrima legis vigor extendatur.* Nam quæ postea sequuntur, hæc declarant in hunc modum: *Quod igitur nostra æternitas ad omnipotentis Dei honorem veneranda sedi summi Apostoli Petri dedicauit, hoc habeant omnes terra, omnes Insula totius Occidentis, qua vsque ad ipsos* D *Oceani recessus extenduntur, nostri Imperij prouidentiam per hoc in aternum reminiscentes. Huiusmodi autem legis prerogatiuam, sicut supra dictum est, non solùm in Occidentalibus partibus Romanę Ecclesia condonamus, sed etiam in Orientalibus partibus, in quibus Ecclesiastica vrbis Roma possessiones sunt, vel postea fuerint.*

Quibus verbis superiora declarantur, vt sensus sit, priuilegium istud pertinere ad Romanam Ecclesiam, quoad oẽs res, possessiones, Ecclesiasque eidem subiectas, vt rectè exponit Glos. in rub. dictæ Nouellæ 111. Ergo priuilegium extenditur ad omnes alias Ecclesias, tã Orientis quàm Occidentis Romanæ Ecclesiæ subiectas.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, Nouella 111. priuilegium speciale Romanæ Ecclesiæ non auferri, quod est in dicta Nouella 9. sed illud generale quod omnibus Ecclesijs, & venerabilibus locis, et causis in quibusdam negocijs fuerat collatum à Iustiniano in d. l. vlt. C. de sacrosanct. Eccles.

Ad

Ad fin rñdeo, dato quod ſit eadem ratio, non licet tamen nobis priores corrigere, & hoc eſt, quod ex hoc loco adferri ſolet. Correctionem legis non eſſe inducendã ex rationis identitate, ſic enim loquuntur doctores.

Ad tertium argũ ex Nouella 131. §. Pro tpalibus, rñdeo, Iuſtinianum loqui de cæteris Eccleſijs, & pijs ac venerabilibus & religioſis locis, ſicut loquitur in d. Nouella 111. non autem de Romana Eccleſia, cui ſpeciale priuilegium dederat Nouella 9. Nec ad propoſitum faciunt verba dictæ Nouellæ 131. in principio, in quibus Romani Pontificis fit mentio: nã illis verbis hoc duntaxat declarat, Papam Romanũ primum eſſe omnium ſacerdotum, ſecundum definitionem quatuor Conciliorum Nicæni, &c. quod nihil ad rem iſtam pertinet. Rectè igitur Irnerius in dic. Auth. Quas actiones dixit: *Solam Romanam Eccleſiam centum annorum præſcriptione gaudere.*

CAPVT IIII.

Vtrum dos filiæ vnius ex ſocijs omnium bonorum, ſoluenda ſit ex bonis communibus, an verò diuiſionis tempore imputanda in partem patris?

DOtem datam filiæ alterius ex ſocijs oium bonorum, imputandã eſſe tpe diuiſionis in portionẽ patris ſui multi exiſtimarunt, apud Antonium Gabrielium lib. 3. commu. cõcluſ. tit. de iure dotium concl. 2. & apud Paulum Granuciũ lib. 3. Theoremat. 1. multi item negarunt, ſed ex cõibus bonis ſolutam videri cenſuerunt Natta conſ. 91. lib. 1. Roland. à Valle conſ. 91. lib. 1. Thobias Nonius cõſ. 64. Menoch. de arbitr. iud. caſu 127. nu. 3. & iſtis magis eſt vt conſentiam. authorit. l. Si ſocietatem vniuerſorum. ff. pro ſocio, in illis verbis: *Si ſocietatem vniuerſarum fortunarum ita coierint, vt quidquid erogaretur, vel acquireretur communis lucri atque impendij eſſet, ea quoque, quæ in honorem alterius liberorum erogata ſunt vtriuſque imputanda.* Idem igitur & in dote ſtatuendum eſt, quæ proculdubio in honorem filię erogatur. Idem probatur in l. Ex parte. §. Filius. ff. fam. herciſ.

Contrariæ ſententiæ fundamentum eſt in l. Si Socius pro filia ff. pro ſocio. ibi. *Quæſitum eſt an ſi pro ſocio ageret, dotis quantitatem percipere deberet, ſi fortè conueniſſet inter ſocios, vt de communi dos conſtitueretur.*

Reſpondeo, nec ibi de ſocijs omnium bonorum quęſtionem eſſe, nec rectè colligi, quia dos ex cõmuni propter pactum deducitur, ideo pacto ceſſante non eſſe deducendam, obſtaret enim natura ſocietatis omnium bonorum, in qua expenſæ omnes ſocietati imputantur, niſi ob delictum fiant. l. Si fratres. & l. Socium vniuerſa. & l. Quod autem, cum l. ſeq. ff eod. tit.

CAPVT V.

Poſſeſſio quotuplex ſit, & an ſit facti vel iuris?

SCholaſtica quæſtio eſt inter doctores ad l. 1. ff. de acq. poſſeſſ. an poſſeſſio ſit vna vel multiplex, & an iuris ſit vel facti: de qua quid ſentiam breuiter ediſſeram.

Prima fuit opinio Placentini & Azonis, quos aliqui ex recentioribus ſecuti ſunt, vnam tãtùm eſſe poſſeſſionem, & plures quę adferuntur poſſeſſionum ſpecies, nõ eius ſubſtantiam, ſed qualitatem reſpicere? Veluti ſi quis dixerit, hominum alios eſſe doctos, alios indoctos, alios nobiles, ignobiles alios, hęc diuiſio non ad ſubſtantiam pertinet, ſed ad accidentia, ac proinde non conſtituit diuerſas ſpecies. Fundamentum eſt in l. 3. §. Genera. ff. de acq. poſſeſſ. vbi dicitur: *Vnum eſſe genus poſſeſſionis, & ſpecies infinitas, veluti pro donato, pro herede, &c.*

Secunda fuit opinio Ioannis, quę & ſuos habuit ſequaces, duplicem eſſe poſſeſſionem, vnã naturalem, alteram ciuilem. Probatur hæc ſententia ex l. 2. §. Quod vulgo. ff. pro hęrede. ibi. *Vt poſſeſſio non ſolùm ciuilis, ſed etiam naturalis intelligatur.* Et in l. 1. §. Deijcitur. ff. de vi & vi armata, ibi *Siue naturaliter ſiue ciuiliter poſſideas.* Ex l. Nemo. C. de acq. poſſ. ibi. *Poſſeſſionis eſſe duplicem rationem, aliam quæ iure conſiſtit, aliam quæ corpore.*

Tertia eſt ſententia Bartoli in l. 1. nu. 8. ff. de acq. poſſ. triplicem eſſe poſſeſſionem, naturalem, ciuilem, & corporalem. De naturali loquitur l. Naturaliter. ff. de acq. poſſ. De ciuili & ſimul etiam de naturali text. in l. 2. §. Quod vulgo. ff. pro hærede. De corporali tex. in l. Si id quod. 25. §. vlt. ff. de acq. poſſeſſ.

Alij dixerunt poſſeſſionem aliam eſſe naturalem, aliã Ciuilem, aliam naturalem ſimul & ciuilem, aliam corporalem, aliam ciuiliſſimã, vt videre licet ex Iaſone, & alijs recentioribus in d. l. 1. de acq. poſſeſſ.

Sed mihi magis placet ea ſententia, quæ duas ſpecies poſſeſſionis ſtatuit naturalem & ciuilem. Probatur enim ſatis clarè ex legibus allegatis, & ex alijs multis quæ paſſim occurrunt: quamobrem quod ad priorem ſententiam attinet, obſeruandum eſt, quod Iuriſconſultus dicit in l. 3. §. Genera. ff. de acq. poſſeſſ. vnum eſſe genus poſſeſſionis, non eò pertinere, vt hæc diuiſio poſſeſſionis in ciuilem & naturalẽ negetur, quæ legibus apertè demonſtratur, ſed hunc ſenſum habet, vnum eſſe genus poſſeſſionis, & ſpecies infinitas, reſpectu cauſarum, ex quibus poſſeſſio acquiritur de quibus textus loquitur cùm ait: *Tot eſſe genera poſſeſſionum, quot ſunt cauſę acquirendę eius, veluti pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro hærede, &c.*

Porrò corporalis poſſeſſio, cuius mentionem faciunt Bartolus, & ante eum Iuriſconſulti, ſæpè non diſtinguitur à naturali, vt fatetur ipſe Bartolus in d. l. nu. 10. ff. de acq. poſſeſſ. Denique, quæ dicuntur de poſſeſſione ciuiliſſima, iure noſtro recepta non ſunt, ſed verbum à noſtris confictum eſt ad deſignandam eam poſſeſſionem, quæ in hæredem vigore ſtatuti continuatur.

Sed & cõtrouerſia eſt quid ſit naturalis & ciuilis poſſeſſio. Nam Bart. in d. l. 1. nu. 8. ff. de acq. poſſeſſ. dicit poſſeſſionem ciuilem ius eſſe inſiſtendi rei non prohibitæ poſſideri aptum, producere ciuiles effectus reſpectu veri dominij, puta vſucapionis & præſcriptionis. Naturalem autem poſſeſſionem eſſe ius inſiſtendi rei non prohibitæ poſſideri aptum, producere ciuiles effectus reſpectu alicuius iuris à dominio ſeparari, & reſpectu naturaliũ acceſſionum, Exemplum inquit Bartolus: *Vſufructuarius poſſidet naturaliter. l. Naturaliter. ff. de acquir. poſſeſſ. habetne effectum ciuilem? Certè ſic; quia præſcribit ius vſusfructus. l. vlt. C. de Præſcript. longi tempo. in fine. Item reſpectu naturalium acceſſionum, quia fructuarius facit fructus ſuos.* Hactenus ille.

Sed vt mihi videtur, potius Bartolus explicat effectus vtriuſq; poſſeſſionis, quàm naturam earum; quamobrem eius doctrina non ſatis ſufficiens videtur.

Franciſcus Conanus lib. 3. cõmentariorum iuris, c. 10. nu 5. exiſtimat, naturalem & ciuilem poſſeſſionẽ in hoc differre, quod ciuilis iuſta ſit, naturalis autem cõtra iuris regulas: adfert l. 1. §. Deijcitur. ff. de vi & vi arm. vbi fit mentio naturalis poſſeſſionis, quam vxor habet rei à marito donatæ. Donatio enim inter virum & vxorem non valet. l. 1. ff. de donat. inter virum & vxorem.

Sed huic ſententiæ aduerſari videtur l. Nemo. C. de acq. poſſeſ. vbi dicitur, vtranque poſſeſſionem legitimam eſſe, verumtamen non aduerſatur, vt inferiùs dicam.

Franciſcus Duarenus in Commentarijs de acq. poſſ. ita hác rem explicat. Naturaliter dicitur poſſidere is, qui corpore incumbit rei, eo animo, vt vel ſuo, vel alieno nomine poſſideat. Ciuiliter verò qui cùm rei non inſiſtat, iuris ciuilis tamen interpretatione eam tenere ac poſſidere intelligitur.

Iacobus Cuiacius lib. 9. obſeruat. cap. 33. hanc rem tractans, ſic ait; Species poſſeſſionis duæ proponuntur, alia quæ iure conſiſtit, id eſt, iure ciuili, alia quæ corpore, illa ciuilis dicitur, & ita definitur detentio, quæ conſtat iure & ani-

& animo domini, puta detentatore credente se esse dominum, & detinēte rem ex causa, qua dominium quæri solet, quæ autem possessio corpore consistit, naturalis dicitur, & est detentio rei citra ius affectionemque domini, non tamen citra aliquod ius, affectionemque, nam vtraque legitima dicitur.

Obseruaui ego triplicem ob causam, naturalem & ciuilem possessionem appellari. Primò, respectu personæ. Secundò, respectu causæ. Tertiò, respectu modi possidendi. Respectu personæ; puta serui. l. Stipulatio ista, §. Hæc quoque. ff. de verb. obl. l. Quod seruus. ff. de acq. posses. si liber homo, esset ciuiliter possideret in illis casibus.

Respectu causæ; nam si causa iure approbata sit, ciuilis dicitur possessio, si non sit approbata, naturalis. l. 1. §. Deijcitur. ff. de vi & vi arm. l. Si cum qui. 22. ff. de aliena. inter vir. & vxorem.

Non obstat lex, Nemo. C. de acq. poss. vbi vtraque possessio appellatur legitima. Nā ideo dicitur legitima, quia legibus ac interdictis possessorijs vtraque possessio defenditur d. l. 1. §. Deijcitur.

Respectu modi possidendi, nam qui corpore insistit possessioni, dicitur naturaliter possidere: qui animo possessionem retinet, ciuiliter. l. Et habet. 15 §. Cùm quis. ff. de precario.

Sed rursus controuertitur, an possessio sit iuris vel facti. Prima est opinio, possessionem postquam acquisita est, iuris esse, dum autem acquiritur, & quantum ad modum quo acquiritur, facti esse, ita Bartolus ad l. 1. num. 6. ff. de acq. posses. Iason alios citat ibidem, nu. 32. Couuar. ad reg. Possessor malæ fidei. de reg. iuris, lib. 6. in 2. partis initio, nu 3.

Fundamentum est primò in l. Nemo. C. de acq. posses. ibi: *Ius possessionis, &c.* Secundò, in l. Non ideo minus. C. de liberali causa. ibi: *Possessionis ius, &c.* Tertiò, in l. Peregrè. ff. de acq. posses. ibi: *Ius possessionis, &c.* Quartò, ex l. Possessio. 49. ff. eod. vbi textus dicit possessionem *plurimum ex iure mutuari*. Et quoniam aliæ sunt leges, quibus dicitur possessionem facti esse, puta l. 1. §. Adipiscimur. ff eod. titul. & in §. Si vir vxori, accipiendæ sunt de possessione nondum acquisita, vel de modo quo illa acquiritur.

Secunda est opinio Ludouici Romani in d. l. 1. ff. de acq. posses. Possessionem facti esse. Fundamentum est in d. l. 1. §. Adipiscimur. & §. Si vir vxori. & in l. Possessionē. 29. ff. eod titu. in l. Denique. ff Ex quib. cau. maio. in l. In bello. 5. Factæ. ff. de Capti. in l. 1. §. Scæuola. ff. Si is qui testam. lib. esse iussus fuerit.

Tertia est sententia Franc. Aretini in d. l. 1. Possessionem esse partim iuris, partim facti. Fundamentum est in d. l. Possessio. 49. in d. l. Denique. sed adstipulatur magis. l. Nemo. C. de acq. poss.

Postrema est sententia Alciati in libello de quinque pedum præscriptione, nu. 113. & Iacobi Cuiacij in paratitlis ad titu. de acq. posses. Possessionem naturalem facti esse, & plurimum ex facto participare. Ciuilem autem iuris esse, & plurimum ex iure mutuari: atque ita conciliandas esse leges, quæ modò iuris, modò facti possessionem dicunt.

Ego quod attinet ad primam sententiam, existimo, eā non satis legibus esse consentaneam. Cùm enim dicitur possessionem iuris vel facti esse, non intelligitur possessio nondū acquisita, vel modus eam acquirendi, sed possessio ipsa iam constituta & acquisita.

Secundæ autem sententiæ haud grauatè assentirer, si non obstarent aliæ leges, quibus probatur possessionem iuris esse.

Tertiam verò sententiam idcirco nō amplector, quoniam non declarat, quam ob causam possessio plurimum ex iure, & cur plurimum facti mutuetur, atque adeò mixtam naturam nanciscatur.

Postrema denique sententia probabilior videtur, sed eam sic explico. In possessione duo sunt cōsideranda. Pri-

A mum detentio ipsa, siue insistētia corporalis, quod videlicet rem quis de facto teneat, ac possideat; Et hoc nomine dico illam facti esse. Alterum, iusta causa possidendi, persona ad possidendum idonea, & ius ipsum possidēdi, quod legibus defenditur atque probatur; & eatenus iuris esse possessionem puto, sed de his hactenus.

CAPVT VI.

Possitne cumulari petitorium & possessorium in eodem iudicio, & de vera interpretatione. l. Naturaliter §. Nihil commune. ff. de acq possess.

Elebris & sæpe agitata quæstio est, possitne petitoriū & possessorium cumulari (vtar enim solius vocabulis) in eodē iudicio, in qua tres sunt doctorum sententiæ. Prima fuit olim Ioannis & Azonis, non posse cumulari, sed prius de posses-
B sione, deinde de proprietate cognoscendum l. Ordinarij. C. de rei vend. l. 3. C. de interd. l. vlt. C. quorum bonor.

Secunda fuit sentētia Martini antiqui Glossatoris, cōcurrere simul posse petitorium & possessorium, excepto tamen possessorio retinendæ. Fundamentū est in l. Cùm fundum. §. vlt. ff. de vi & vi arm. & in cap. Pastoralis. de causa posses. & propriet. Ideo autem excipitur possessorium retinendæ, quia contineret repugnantiam. Nam is qui rem vendicat, fatetur aduersarium possidere. l. Officium. ff. de rei vend. Interdicto autem retinēdæ, se possidere asserit l. 1 ff. vti possid. Hæc autem sunt inuicem repugnātia: Consequēter iure nō permissa. l. 1. C. de furtis.

Tertia fuit sentētia Petri, omne possessorium concurrere posse cum petitorio, & nihil concursum hunc impedire, excepto ordine iudicij, quia nihil commune habet possessio cum proprietate. l. Naturaliter §. Nihil commune. ff. de acq. posses. vbi propterea concursus permittitur. Et hoc est, quod dicitur causam possessionis & proprie-
C tatis apud vnum & eundem iudicem cognoscendam. l. Nulli. C. de iudicijs.

Hanc sententiā Petri Bartolus reprehendit in d. §. Nihil commune. nu. 18. Primò, quia actiones inuicem contrariæ nō possūt simul cumulari. l. 1. C. de furt. sed actiones istæ sunt cōtrariæ, rei vendicatio & interdictum *vti possidetis*, nam illa præsupponit aduersarium possidere, hoc autem actorem possessorem requirit.

Secundò, quia non possunt actiones concurrere, quoties vna electa, altera tollitur. l. vlt. C. de Codicill. sed electa actione in rem, tollitur interdictum retinendæ, quia iam actor fassus est aduersarium possidere.

Tertiò, nam concursus actionum prohibetur, quoties absolutoria lata in vna actione parit exceptionem rei iudicatę in altera. l. Fundum. l. Fundi. ff. de excep. sed actiones istæ sunt huiusmodi: nam aliquando accidit, vt absolutoria lata in petitorio pariat exceptionē rei iudicatæ in possessorio, vt notatur in l. 2. §. Interdum. ff. de interdict.

D Quartò, nam quoties per secundam actionem apparet actorē rem habere, quod petit in prima, concursus actionum non admittitur. §. vlt. in Iustit. de perpetuis & tēp. act. sed in quæstione nostra hoc apparet. Nam in secunda actione, puta in interdicto retinendæ actor dicit se possidere, sed istud est, quod petebat in prima actione. Petebat enim se dominum declarari, & per officium iudicis sibi rem restitui.

Quintò, quia concursus actionū non admittitur, quando actiones diuersæ tendunt ad eundem finem. l. Nemo ex his §. Quoties. de reg iuris, sed in proposito id accidit. Nam actor vtraque actione hoc contendit, vt rem obtineat.

Sextò, nam quoties ordo iudicij hoc postulat, vt vna actio post aliam intentetur, & de vna prius cognoscatur, cumulatio non admittitur. l. 3. C. de interd. l. Ordinarij. C. de rei vend. sed ordo iudicij postulat, vt prius de possessione quàm de proprietate cognoscatur, vt patet ex di-

ctis legibus, igitur cumulatio possessorij & petitorij non A admittitur.

Ad l. Naturaliter. §. Nihil commune. ff. de acq. posses. respondet Bartolus, & alij post eum, illum textum accipiendum esse, vt procedat cùm actor renunciauit petitorio.

Vel intelligendum, quando actor iam succubuit in petitorio.

Vel quando actor post petitorium cœptum possessionem rei acquisiuit.

Vel quando actot ciuiliter possidebat, aduersarius autem naturaliter, hoc est, corpore rem detinebat.

Iacobus Cuiacius lib. 7. obser. cap. 38. illud responsum interpretatur, vt locum habeat, quando nõ constat actorem possidere: *Existimo*, inquit, *& de retinenda possessione per interdictum vti possidetis, simul agi posse & vendicatione, si modò non constet actorem possidere. Ei enim quem possidere constat, vendicatio non datur. Sub incerto igitur, id est, si non conuenit, ex duobus vter possideat, simul* B *agi potest vti possidetis, & in rem speciali actione. Ergo etsi egero vendicatione, ac si non possiderẽ, cur non meo iure melius cognito, licebit mihi tantisper dilato illo iudicio mutare formulã, & vti possidetis experiri? quæ est sententia. l. Naturaliter. §. Nihil commune ff. de acq. possess.* Hactenus Cuiacius.

Antonius Goueanus lib. 1. variarum cap. 3. tractans eundem locum, sic ait: *Qui in possessione turbabatur ignarus iuris ac fori, rei vendicatione agere cœpit, quæ possessori minimè conueniens erat. Resipuit tandem & interdictum vti possidetis à Prætore postulauit, quæsitum est, audiendusne à Prætore esset, Monebat, quod possessione videbatur rem vendicando renunciasse, cùm rei vendicatione non agat is, qui possidet. Officium namque iudicis in hac actione est inspicere, an reus possideat, quemadmodum idem Vlpianus scribit in l. Officium ff. de rei vend. Qui ergo cum interdicto vti possidetis retinendę possessionis causa comparato vti pos*C *set, maluit rei agere vendicatione, quę ad proprietatem pertinet, possessionem repudiasse, atque amisisse videbatur. Liquidi namque iuris est, animo solo amitti possessionem, quẽadmodum idem scribit Vlpianus hoc eodem titulo in l. Si quis. §. Differentia. & Paulus in l. Possideri. §. In amittenda. Non ergo in retinenda possessione adiuuandum à Prætore, quis existimasset eum, qui possessionem amisisse videbatur, sed Vlpianus adiuuandum respondit. Nam neque eiusdem rei duas eum actiones postulare, cùm rei vendicatio ad proprietatem, interdictum vti possidetis ad possessionem conseruandam pertineat, neque videri renunciasse possessioni, qui cœpit agere rei vendicatione: retinere enim possessionem miserum voluisse, sed non satis vidisse, qua id facere ratione posset. Aequum autem non esse ei, qui in actione edenda aberrauerit, aliam à Prętore denegari.*

Hæc sunt quæ alij docuere. Ego sic statuo, Petri sententiam cæteris esse probabiliorem. Nam de possessorio retinendæ, de quo maior disputatio est, quod concurrere D possit cum petitorio, docet Vlpianus in d. l. Naturaliter. §. Nihil commune. *Nihil commune habet proprietas cum possessione, & ideo non denegatur ei interdictum vti possidetis, qui cœpit rem vendicare. Non enim videtur possessioni renunciasse, qui rem vendicaret.* De possessorio recuperandæ testimonium est in l. Cùm fundum. §. vlt. ff. de vi & vi arm. De interdicto adipiscendæ textum non habeo, sed videtur idem respondendum eadem ratione: quia scilicet nihil commune habet proprietas cum possessione.

Non obstat l. 3. C. de interd. l. Ordinarij. C. de rei vẽd. & similes, quibus dr, prius esse cognoscendã causam possessionis quàm proprietatis. Nã si accipiẽdæ sunt, cùm vterque ex litigatoribus contendit se possidere. Vlpianus in l. 1. ff. vti possidetis: *Quoties ergo inter litigatores est proprietatis controuersia, aut cõuenit, vter possessor sit, vter petitor, aut non conuenit, si conuenit, absolutum est, & ille possessoris commodo, quem conuenit possidere, ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur, vter possideat, ad hoc interdictum remittendum erit, &c.*

Ad argumenta Bartoli sic respondeo: Ad primum, nullam esse repugnantiam, quia is qui agit rei vendicatione, non præsupponit necessariò aduersarium possidere. Sufficit enim vt rem detineat quoquo modo. l. Officium in fine. ff. de rei vend. quamobrem nihil prohibet, actorem ipsum rem possidere, scilicet ciuiliter, & aduersarium detinere corpore, sicut dicitur in l. Clam possidere. §. Qui ad nũdinas. ff. de acq. posses. eum retinere possessionem, qui ad nundinas abijt, quæ tamen ab alio fuerat occupata. Ergo nulla est repugnantia; & sic accipiendum est Vlpiani responsum in d. §. Nihil commune, non quia incertum esset, an actor possideret, vt dicebat Cuiacios, non quia aberrauerit in actione edenda, vt dicebat Goueanus, sed quia aduersarius rem tenebat, occupabat corpore, de facto, egisse rei vẽdicatione, & nihilominus interdicto vti possidetis, experiri potuisse, quia scilicet actor rem ciuiliter possideret, iustè, legitimè, licet ab aduersario possessio de facto occuparetur, atque adeò ipse actor in sua possessione turbaretur. Etenim duo possunt insolidum possidere, vnus ciuiliter, alius naturaliter, eandem rem, ex Cassij, Sabini, Papiniani & Vlpiani sententia. l. 3. §. Ex contrario. ff. de acquir. posses. l. 3. ff. vti possidetis. l. Et habet. 15. §. 1. ff. de precario, quam solam huius soluendæ quæstionis rationem esse ait Hotomanus, quem post hæc scripta legi quæstionum illustrium cap. 29. non procul à fine.

Ad secundum argumentum respondeo, negando huiusmodi esse actiones istas, vt vna electa, altera tollantur: nam contrarium docet text. in d. §. Nihil commune. Ad rationem iam responsum est.

Ad tertium, nego absolutoriam latam in vna istarum actionum, parere exceptionem rei iudicatæ in altera. Nã cùm possessio & proprietas differant, non potest esse locus exceptioni rei iudicatæ. l. Cùm quæritur, cum ll. seq. ff. de except. rei iud.

Ad quartum similiter nego, actorem ex vna actione consequi posse, quod ex altera petit: quia vna ad proprietatem pertinet, altera ad possessionem, & hæc nihil commune habent.

Ad quintum, nego idem vtraq; actione peti quia aliud est res, aliud possessio. l. penul. ff. vti possid. & d. §. Nihil commune.

Ad vltimum argumentum ex ordine iudicij, quia scilicet prius cognoscenda sit causa possessionis, &c. iam responsum est superiùs.

Ne dixeris tamen post conclusionem in causa factam in petitorio, posse possessorium intentari, quia repugnat tex. in cap. Pastoralis. de causa posses. & propriet.

CAPVT VIII.

Possitne Princeps rescripto suo causam possessionis & proprietatis simul cognoscendam mandare?

SEd rursus controuertitur. Possitne Princeps mandare rescribendo, vt de possessorio simul, ac de petitorio cognoscatur. Negat Thomas Grammaticus consil. 84. Cui adstipulatur. l. vltim. C. Si contra ius vel vtil. pub. &c. & l. Rescripta. C. de Precibus, & aliæ leges, quibus rescripta contra ius non valere constitutum est. Videntur autem eiusmodi rescripta contra ius, quia iure constitutum est, vt prius de possessione, quàm de proprietate cognoscatur. l. 3. C. de interd. l. Ordinarij. C. de rei vendic.

Contrarium respondent Alexander in consi. 54 lib. 5. Crauetta in consi. pro Genero. nu. 239. & multi alij, quos refert Antonius Tesaurus decis. Pedem. 15. Rationem adferunt istam, quia Principis rescriptum iure subsistit, quoties non aufertur alicui ius suũ, sed tẽporalis quędam exceptio.

exceptio. l. Quoties. C. de precib. Imp. offic. Hoc rescri- A pto autem ius non aufertur, sed illa temporalis exceptio, vt videlicet prius de possessione, quàm de proprietate cognoscatur.

Hanc posteriorem sententiam duobus concurrentibus amplector. Primum, si is qui petit simul causam possessionis & proprietatis cognosci, probationes habeat in promptu. Secundum, si pauper sit vel mediocris fortunæ, alter verò aduersarius sit potens, rixosus & diues. Nã si prius causa possessionis cognoscatur, periculum est ne vnquam proprietatis causa expediatur, ne possit ei possessio auferri, ne cœpta lis nunquam finem, vt dici solet, habeat. Atque huc pertinere videtur, quod ex Symmacho Cuiacius adfert lib. 2. obser. 35. Istis cessantibus non arbitror à iuris regula recedẽdum. Non obstat l. Quoties. C. de precib. Imp. offic. Licet enim dilatoria exceptio remitti possit, puta si debitori exceptio cõpetit, ne intra quinquennium petatur, sicut eam legem verè explicauit Cuiacius libro 2 obseru. cap. 10. & ante eum Accursius ibi- B dem in secunda expositione; id tamen à Principe fieri non oportet, nisi iusta subsit causa. Iusta causa erit, si concurrant facti circumstantiæ, de quibus suprà dixi, aut similis aliqua sit ratio, quæ id suadeat.

CAPVT VIII.

Si de vi illata sit quæstio, & obijciatur eum qui sibi vim factam dicit, non possedisse, an prius de vi, vel de possessione cognoscendum?

TRactat hanc quæstionem D. Menochius de recuperand. possess. Remedio 1. num. 354. & multa disputat contra Nicolaum Boetium decis. 283. Ego ex iuris fontibus hanc rem sic expedio. Tria sunt iuris loca, quæ inuicem pugnare videntur. Nam de vi prius, quàm de pos- C sessione cognoscẽdum esse Martianus respondisse videtur in l. 5. ff. ad leg. Iul. de vi publ. Callistratus cõtrà priùs de possessione, quàm de violentia. l. Si de vi. ff. de iudicijs. Imperator Seuerus: *Prius de possessione pronunciare*, inquit, *& ita crimen violentiæ excutere Præses Prouinciæ debuit, quod cùm non fecerit, iustè ab eo prouocatum est.* l. 1. C. de Appella.

Iacobus Cuiacius lib. 5. obseru. cap. 15. *Existimo*, inquit, *ita quondã decreuisse Imperatorem Antoninum*, vt scilicet prius de violentia quàm de possessione cognosceretur, *idq; tantummodò à Martiano & Callistrato in legibus allatis referri, nihil verò ab ipsis Iurisconsultis ea de re disputari vel concludi. Posteriores autem constitutiones sequendas, quibus mandatur prius de possessione, quàm de violentia cognoscendum. l. 1. C. de appell.*

Ego sic sentio: Prius de possessione cognoscendum. l. 1. C. de appell. quia intelligi non potest, vtrum violentia D facta sit possessori, nisi cognoscatur, an sit possessor nec ne. Huc spectat l. Si quis ad se fundum. C. ad legem Iul. de vi pub. dum ait: *Ante omnia violentiæ causam examinari præcipimus, & in ea requiri, quid ad quem peruenerit possidentem, vt ei, quem constiterit expulsum, amissæ possessionis iura reparentur.*

Ad contrarias leges placet Accursij responsio in l. 1. C. de appella. *Possessionis* verbo apud Martianum proprietatem significari, & ideo hoc Martianum velle. Prius cognoscendum de vi, quàm de proprietate rei, quod & verba eiusdem Martiani indicant: *Si de vi*, inquit, *& possessione vel dominio quæratur, ante cognoscendum de vi, quàm de proprietate rei, D. Pius rescripsit.* Eodem modo locutus est Callistratus in d. l. Si de vi. Porrò verbo *Possessionis* interdum proprietatem significari, testis est Iurisconsultus in l. Interdum. 78. ff. de verb. sig.

CAPVT IX.

Agens interdicto recuperandæ possessionis, quid probare debeat?

DVæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ. Vna, eaq; magis cõis, sufficere, vt duo actor probet, quæ vocari solent extrema, videlicet, suã antiquiorẽ possessionem, & iuniorem rei conuenti. Ita docent Abbas, Panormitan. & cæteri Canonistæ communiter in c. Olim in 3. de restit. spolia. Couuar. ad reg. Possessor malæ fidei. de reg. iur lib. 6. in 2. par. §. 1. nu. 4. Menochius adductis latissimè authoritatibus Doctorum de recup. possess. Remedio 15. quæst. 31. & post eum Mascardus de Probationib. vol. 3. concl. 1321.

Fundamentum est primò in d. c. Olim 3. de restit. spoliat. in illis verbis: *Nec fuerit aliquo modo probatum, quod eo tempore, quo sententiam ipse protulerit, possessionem in ipsis iuris parochialis haberet, vel prius etiã habuisset.* His. n. verbis summus Pontifex, qui de hoc iudicio recuperandæ possessionis ibi loquitur, indicare videtur, actorẽ obtinere non potuisse, quia non probauerat antiquiorem possessionem, & consequenter obtinere potuisse restitutionem, si eam probasset.

Secundò, in cap. Suborta de sent. & re. iud in illis verbis: *Constitit eundem Episcopum, quasi possessionem obedientiæ in eodem monasterio habuisse, ipsum restituendum decreuimus, &c.*

Tertiò, in c. licet causam. de Probation. in illis verbis: *Ex præmissis igitur euidenter apparet, quod Ecclesia per testes &c. ostendit, quod à 60. annis & vltra, loca supradicta possedit, per quod patet, quod si Commune Fauentinorum à 50. annis citra, aliqua seruitia perceperit, illa proculdubio sine iusto titulo percepit, cum duo simul eandem rem & eodem modo possidere non possint.* Ex hoc loco argumentum sumitur probata antiquiore possessione, iuniorem præsumendam esse vitiosam & iniustam, quia summus Pontifex ita videtur argumentari.

Quartò, nam is qui semel possedit, præsumitur possessionem suam continuasse, quia possessio solo animo retinetur. l. Clam possidere. §. Qui ad nundinas. ff. de acquir. possess. Animi autem & voluntatis mutatio non præsumitur. l. Eum qui. ff. de probat. Ergo alterius possessio recentior ac iunior, præsumitur esse vitiosa & iniusta, & consequenter possessor antiquior spoliatus fuisse præsumitur.

Altera est sententia, actorem probare oportere se deiectum fuisse, siue spoliatum sua possessione, quod proinde valet ac si diceretur, probandam esse possessionem & deiectionem, Ita docet Glos. in cap. Cùm ad sedem. de restitut. spoliat. Curtius senior in consil. 71. & multi alij quos commemorant Menochius & Mascardus locis annotatis.

Fundamentum est primò in l. 1. §. Interdictum. ff. de vi & vi arm. vbi textus ita dicit: *Interdictum autem hoc nulli competit, nisi ei, qui tunc cùm deijceretur, possidebat.*

Secundò in c. Consultationibus. de off. deleg. vbi S. Pontifex causam cõmisit possessionis redintegrandæ, et qm̃ Ecclesia, quę dicebat se fuisse spoliatam sua possessione, parata erat ad probãdã suam possessionẽ & deiectionem, quæsitum fuit, an iudex delegatus deberet eam restituere, quia pars aduersa erat absens non per contumaciam, sed studiorum, vel peregrinationis causa, ex quo responso argumentũ sumitur, in hoc iudicio recuperandæ possessionis, probanda hęc duo, nimirũ possessionem & deiectionem. Verba textus ad rem pertinentia hæc sunt: *Quamuis*, inquit, *paratus sit coram iudice delegato testibus idoneis possessionem & deiectionem suam probare.*

Tertiò, nam delictum non præsumitur. l. Meritò. ff. pro socio. Graue autem est delictum, aliquem de sua possessione deijcere. Ergo non est præsumendum. Ergo

A actor probationes adferre debet, nimirum suæ possessionis,& deiectionis.

Hanc posteriorem sententiam & ipse sequor, & addo hoc argumentum. In pari causa potior est conditio possidentis. l. In pari. de reg. iur. sed par est causa actoris & possessoris, nisi probetur deiectio & possessio. Nã etsi actor probet antiquiorem possessionem, nihil tamen plus probat, quàm reus qui nunc possidet; Non obstat, si dicatur, possessionem rei iuniorem, præsumi clandestinam, iniustam & vitiosam, respectu possessionis actoris quæ antiquior est. Nam id negatur, & ratio est, quia delictum nõ præsumitur, consequenter presumendum est potius, possessionem ad reum peruenisse, ex causa iusta, quàm iniusta; Nec reus suæ possessionis titulum cogitur exhibere. l. Cogi. C. de petit. hæred.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, S. Põtificem in d. c Olim, non hoc velle, quod in argumento asseritur, actori sufficere, vt probet antiquioré possessionem, sed hoc dicit, actorem in ea specie obtinere non posse, B quia nõ probauit, se vnquam possedisse. Ex quo res erat clara valde & manifesta, vtrum autem suffecisset actori, antiquiorem possessionem demõstrare, hoc S. Pontifex ibi non decidit.

Ad secundum ex c. Suborta. de sent. & re iud. respondeo, ibi latam fuisse sententiam secundum actorem, quia probauerat se possedisse eo tempore, quo deiectus fuerat, & consequenter probauerat deiectionem & probationem, sic enim illa verba obscura ex alijs locis clarioribus accipienda sunt.

Ad tertium ex c. Licet causam. de Probat. respondeo, nullo modo ex illo textu probari, quod asseritur, nimirũ probata antiquiori possessione iuniorem præsumi clandestinam & vitiosam. Hoc non dicit ibi S. Pontifex, sed sententia eius hæc est. Cùm esset controuersia inter Ecclesiam Rauennæ & Cõmunitatem Fauentiæ, circa possessionem cuiusdam Iurisdictionis, & Ecclesia possessionem 60. annorum probaret iustam ex causis iustis acqui- C sitam. Communitas autem & ipsa possessioné probaret eodem tempore, sed absque titulo iusto; Quia duo insolidum vnam & eandem rem possidere nõ possunt, & possessio Ecclesiæ iusta erat, pronũciauit S. Pontifex contra Communitatem, eamque condemnauit, ne Ecclesiam in possessione dictæ Iurisdictionis amplius molestaret. Erat enim ibi lis ex interdicto, vti possidetis. Ex quo euidenter patet illud summi Pontificis responsum, nec ad rem nostram pertinere, & nullo modo probare propositioné illam, quia antiquior possessio, de qua ibi fit mentio, iusta erat, & iustis ex causis acquisita. Possessio autem alterius nullam iustam causam habebat.

Ad vltimum argumentum respondeo, qui semel possedit, præsumitur continuasse suam possessionem in dubio. Sed in proposita facti specie apparet alium possidere, qui etiam non est præsumendus alterum spoliasse ac deiecisse sua possessione, quia id iniustum est, & ideo nec præsumendum, sed probandum. D

CAPVT X.

Vtrum agenti interdicto recuperandæ possessionis obstet dominij exceptio?

DVo sunt hac de re apud omnes certa exploratáque, & totidem dubia & controuersa. Imprimis certum est, dominij exceptioné obijci spoliato nõ posse ab eo, qui possessionem violenter inuasit ante iudicialem sententiã. Nam dominium inuasor amittit. l. Si quis in tantam. C. Vnde vi. Secundò cõstat inter omnes dominij exceptionem obstare agenti, si consentiat, vt super ea cognoscatur, c. 1. de restit. spoliator.

Dubium autem & cõtrouersum est primò, vtrum spoliator, quem doctores fictũ appellant: (is est qui absentis A possessionem inuasit) exceptioné dominij obijcere possit? Secundò, quid si notorium sit (vtor enim libẽter doctorum verbis) spoliatum prædonem esse, spoliatorem dominum esse, an exceptio hæc agenti obstet, quò minus restituendus sit?

Quod attinet ad primũ duæ sunt cõtrariæ doctorũ sententiæ, vna, opponi posse actori exceptionem dominij, si opponens paratus sit eam incontinenti probare, ita Bartolus in l. Si de vi. ff. de iud. & alij, vt per Menochium de recup. posses. remedio primo, q. 21. vers. Limitatur primo.

Fundamentum est, quatenus mihi diligenter inquirẽti intelligere licuit in Glo. ad l. vlt. C. vnde vi. in verbo ignorantia, quæ Glo. hoc ipsum docet, sumpto argumento, ex l. Si is à quo. ff. vt in posses. legator. vbi textus dicit, si is qui se legatarium vel fideicommissarium prætẽdit, ab hærede petat de legato præstando satisdationem, hæredem ei obijcere posse, legatum non deberi; ac de hoc ipso, si incontinenti id probari possit, cognoscendum esse B prius, quàm de satisdatione.

Sed neminem fore puto, qui nõ animaduertat, quàm isthæc dissimilia sint, quàm aliena ab hac disputatione, de interdicto recuperãdæ possessionis. Quare facilè adducor ad opinandum hanc sententiam, tam infirmo nixam fundamento, non admodum probabilem videri.

Altera est sententia, dominij exceptionem isto in casu non rectè opponi. Ita Augustinus Berous in c. 1. nu. 31. de restit. spoliat. & alij multi apud Menochium, loco proximè citato, qui idem planè sentiunt, quod ego.

Probatur hæc sententia. Nam in l. vlt. C. vnde vi. constitutum est eiusmodi inuasores possessionum, absentiũ, *vt prædones intelligi, & generali Iurisdictione eateneri, quæ restituenda possessione contra eiusmodi personas veteribus declarata sunt legibus.*

Sed veteribus legibus declaratum est, *bonæ fidei possessores* (qui scilicet spoliatus est) *primùm celeri reformatione*, hoc est, restitutione possessionis, *succurri oportere, & tunc* C *originis & proprietatis causam agitari*. l. Si coloni. C. de Agricolis & censitis lib. 11.

Quod ad alteram controuersiam attinet, si notorium sit & manifestum, spoliatum nullam habuisse iustã possidendi causam, atque adeò prædonem esse, & spoliator hæc illi obijciat, & se dominum esse contendat, ac paratũ id incontinenti probare, non debere actorem restitui, atque adeò obstare ei hanc exceptionem docuerunt Antonius Butrius in c. Cùm Ecclesia. de causa posses. & proprie. Couaruuias ad Rub. de Sponsalib. in 2. par. c. 7. §. 5. num. 10. & multi alij, quos refert & sequitur Menochius de recup. posses. Remedio primo, q. 11. nu. 113.

Fundamentum est primò in c. Literas. de restit spolia. vbi vxor à viro suo discesserat, quia dicebat matrimoniũ ob consanguinitatem contrahi non potuisse: Vir autem petebat vxorem sibi prius restitui, & postea cognoscendum de causa consanguinitatis. Vxor offerebat se incontinenti probaturam cõsanguinitatem. Respondit S. Pon- D tifex vxorem restituendam non esse.

Secundò, in c. Significasti. de diuortijs, vbi quidã vxorem suam dimiserat propter adulteriũ, quæ cum peteret se ad matrimonium restitui. Respondit S. Pontifex restituendam non esse, si adulterium notorium fuisset.

Tertiò, in l. 1. §. Qui à me. ff. de vi & vi arm. *Qui à me*, inquit textus, *vi possidebat, si ab alio vi deijciatur, habet interdictum*, quibus verbis à contrario sensu indicari videtur, eum qui à me vi possidet, si à me vi deijciatur, interdictum non habere, quo scilicet restituatur, quia ego exceptione dominij opposita eum repello.

Quartò, in l. Bona fides. ff. depositi, in illis verbis: *Quia non est ex bona fide, rem suam dominum prædoni restituere compelli.*

Quintò, in c. Cùm dilectus. de causa posses. & propriet. vbi dr, causam proprietatis præualere & præferendã esse.

Sextò, in quadam vulgari assertione, licere vnicuique sibi ius dicere aduersus notorium prædonem, vt tradit

Decius

Decius ad l. Qui iurisdictioni, nu. 11. ff. de iurisd. om. iud. arg. cap. Præposuit. de appella. quod argumentum Menochius adsert loco annotato.

Contrariam sentẽtiam amplexi fuere Panormitanus, & Augustinus Berous, nu. 70. in c. In literis. de rest. spol. qui affirmant eiusmodi prædonem restituẽdum esse. Primùm ex l. Si quis in tantam. C. Vnde vi.

Secundò, ex l. 4. §. Si dominus. ff. de Vsucap. ait text. *Si dominus fundi possessorem vi deiecerit*, Cassius ait, *non videri in potestatem eius redisse, quoniam interdicto vnde vi restituturus sit possessionem*. Quibus verbis indicatur, etiã dominum spoliatorem interdicto conueniri posse.

Tertiò, ex l Cùm fundum. ff. de vi & vi arm. illis verbis: *Quæsitum est an emptori succurri debeat, si voluntate venditoris colonum postea vi expulisset, dixi non esse iuuandum, quia mandatum illicitum suscepit.*

Quartò, ex c. In literis. de restit. spolia. ibi. *Quia prædo etiam secundum iuris rigorem est restituendus.*

Postremò, ex c Porrò. de diuor. vbi S. Pontifex respondit, vxorem à viro dimissam absq; Ecclesiæ iudicio, propter affinitatem notoriam restituendam esse.

Tertia est opinio distinguens inter causas beneficiales & prophanas. Si agatur de beneficio Ecclesiastico prædonem spoliatum restituendum non esse, ex c. Ad decimas. de restit. spoliat. lib. 6. & c. Quoniam. & c. Constitutus. de filijs presbyterorũ. Si verò de re prophana agatur, secus: quia prædo secundum iuris rigorem restituendus est d. c. In literis. de restit. spoliat. Ita Io. Imolensis in d. c. in literis. Oldradus in cons. 1. & multi alij quos commemorat Menochius d. remedio primo. de recup. poss. nu. 131.

Hæc sunt quæ alij de hac celeberrima iuris quæstione in medium attulerunt. Nunc quid ipse sentiam paucis declarabo.

Mihi videtur iuri magis consona eorum sententia, qui affirmant, spoliatum esse restituendum, non obstantibus illis exceptionibus, nulla distinctione adhibita inter res Ecclesiasticas & prophanas.

Mouet me tex. in d. c. In literis. de restit. spol. vbi disertè S. Pontifex respondit, etiam prædonem restituendum esse, & loquitur de beneficio Ecclesiastico.

Respondent cõtrariæ sententiæ authores, S. Pontificẽ non loqui de prædone notorio. Item non approbare illũ iuris rigorem, secundum quẽ prædo dicitur esse restituendus, sed mentionem illius rigoris facere, vt appareat tantò magis eum qui prædo non est, restituendum esse.

Sed neutra responsio mihi satisfacit. Non prior quia S. Pontifex præsupponit aliquem esse prædonem, & consequenter constare eum esse prædonem, & dicit esse restituendum. Et in eo fundamentum ponit suæ decisionis, consequenter probare videtur, & sequi dictum rigorem tanquàm iustum: hęc sunt verba tex. *Super illa quæstione, videlicet cùm quis dicit se de possessione violenter eiectum: & aduersarius dicit, eum non fuisse canonicè institutum: respondemus prius de violenta eiectione, quàm de canonica institutione agi debere: quia prædo etiam est, secundum rigorem iuris restituendus.*

Deinde mouet me tex. in d. l. Si quis in tantam. in d. l. 4. §. Si dominus. in d. l. Cùm fundum.

Respondent contrariæ sententiæ authores, dictas leges non loqui de prędone notorio. Sed nihil valet hæc responsio, quia satis est illas leges hoc velle, vt spoliatus restituatur, etiam aduersus dominum rei, nam hoc præsupponunt, cõstare eum dominum esse. Notorium autem id esse vel non esse, non pertinet ad substantiam rei, sed ad probationem, ideo immutare non debet iuris regulas.

Ad argumenta contrariæ sententiæ sic respondeo. Ad primum ex c. Literas. de restit. spoliat. respondeo, contrarium potius probari ex illo textu. Nam licet cõsanguinitas notoria esset, & incontinenti probaretur, respondit tamen summus Pontifex restituendã esse vxorem. Veruntamen propter periculum peccati, iuramentum præstari voluit de abstinendo à coniunctione carnali: *Sola quoad* A *commixtionem*, inquit S. Pontifex, *est restitutio differenda.*

Ad secundum argumentum ex c. Significasti. de diuortijs, respondet Io. Cotasius lib. 2. Miscellaneorum, cap. 2. ideo vxorem in ea facti specie dimissam, restitutam non fuisse, quia vir ipsius potuit iure eam dimittere, propter adulterium. Constat enim ex sacris literis vxorem dimitti posse propter adulterium.

Non rectè, quia vxor ibi non propter adulterium dimissa fuit, sed ob aliam suspicionem falsam; & propterea maritus fuit excommunicatus, quia scilicet iniustè dimisisset eam. Cæterùm, vxor sic iniustè dimissa adulteriũ commiserat, & cùm peteret se restitui, S. Pontifex pronunciauit, non esse restituendam. quod fuiæ nostrę ideo non obstat, quia vxor illa non petebat imprimis se restitui, sed fatebatur adulterium se commisisse, illud excusando, quia scilicet vir suus ei occasionem dedisset, ob iniustam dimissionem. Hanc excusationẽ S. Pontifex non approbauit: & ideo cùm adulterium esset notorium, re-
B spondit, non esse restituendam: quæ circumstantiæ non sunt in quęstione nostra. Reddam verba S. Pontificis ad clariorem huius rei fidem faciendam. *Significasti quod quidam vxore sua sine iudicio Ecclesiæ dimissa, pro eo quod suggestum sibi fuerat, ipsam incestum cum quodam consanguineo suo commisisse, vinculo fuit propter hoc excommunicationis adstrictus: verùm mulier non continuit; sed sobolem de alio viro suscepit; nec minus postulat viro restitui, asserens se ab ipso iniustè dimissam, & eundem sibi materiã adulterandi dedisse. Consult. T. T. R. quod si notorium est, mulierem ipsam adulterium commisisse, ad eam recipiendam prefatus vir cogi non debet, nisi constaret ipsum cum alia adulterium commisisse.* Hactenus S. Pontifex.

Ad tertium argumentum ex l. 1. §. Qui à me. ff. de vi & vi arm. rñdeo, nihil obstare: nam hæc est sentẽtia dictæ legis. Eum qui dominum spoliauit sua possessione, si ab alio fuerit spoliatus, restituendum esse. Ex quo non re-
C ctè colligitur, si à dño spoliatus fuerit, restituendum non esse: nisi dominus incontinenti spoliatus, suum spoliatorem spoliaret: licet enim id incontinenti, quasi quis vim vi repellat, seque potius defendere videatur, non autem ex interuallo. l. 3. §. Eum igitur. ff. de vi & vi arm.

Ad quartum ex l. Bona fides. ff. depos. respondeo, id quod ibi dicitur, locum sibi vendicare, quando rei dominus absque omni vitio & violentia rem suam consequitur. Prædo enim ibi ignoranter apud dominum rem deposuit: nostra disputatio est, quando dominus violenter possessionem inuasit.

Ad quintũ ex c. Cùm dilectus. de causa possess. & propriet. respondeo, causam quidem dominij præualere in iudicio proprietatis & possessionis: sed nil hoc ad rem nostram pertinet, quia loquimur de spoliato restituẽdo, priusquam de proprietate cognoscatur.

Ad sextum argumẽtum, nego verum esse quod in argumento adsertur, licere sibi ius dicere cõtra notorium prædonem, nisi incontinenti id fiat, vt dictum est. l. 3. §.
D Eum igitur. ff. de vi & vi arm. Nec Decius allegatus id cõstanter affirmat, aut vllo modo probat. Quid mirum? repugnat iuris regula. Nemini licet sibi ius dicere. cui inhęrendum, donec de exceptione doceatur.

Ad c. Ad decimas. de restit. spol. lib. 6 respõdeo, id speciali quadam ratione ibi constitutum esse, quia possessores spoliari erant canonici, qui decimas occupauerant in aliena parochia. Nam cum id iure non liceat, c. 1. de Præscript. lib. 6. restitui non debuerunt, ne hæc res in exemplum traheretur, & iura canonica eluderentur, quæ possideri tales decimas prohibent in aliena parochia.

Ad c. Cõstitutus, & c. qm̃ de filijs presbyteror. respondeo, ad rem nostram non pertinere, vt cuilibet intuenti facile est intelligere, nam text. in d. c. Quoniam. de spoliato nullũ verbũ facit, sed hoc vult, vt si quis beneficiũ habeat in Ecclesia, in qua pater antea habuerit, expelli debeat, & ab eo remoueri. Textus aũt in c. Constitutus. de spoliato quidem loquitur, sed hoc tñ dicit, spoliatum

A beneficio Ecclesiastico restituendum esse, si constet patrem suum ad tempus aliquod administrasse, non autem in perpetuum ei concessum fuisse. Et licet à contrario sensu rectè colligatur, restituendum non esse, si beneficium in perpetuum patri concessum fuisset, id tamen nihil mouet: quia meritò restituendus non esset; ne fieret contra canones, quibus prohibetur, filium beneficium habere in ea Ecclesia, in qua pater habuit.

CAPVT XI.

Spoliato agenti contra spoliatorem interdicto recuperandæ, an obijci possit exceptio alterius spoliationis ab ipso factæ?

SI spoliato agenti ad recuperandam possessionē exceptio obijciatur à spoliatore, quod antea ipsum spoliauerit, ita iure ciuili distinguitur, B vt siquidem actor qui se spoliatū sua possessione dicit, incontinenti à reo cōuento spoliatus fuisset, id est, statim atque ipse reus conuentus spoliatus esset ab actore ipsum actorem spoliasset, idonea sit ac sufficiens exceptio ad actoris restitutionem impediendam, secus si ex interuallo tpis. Ita. n. constitutum est, vt ei qui spoliatus est, liceat incontinenti spoliare suum spoliatorem, ex interuallo temporis non liceat: Et hoc est quod vulgò dicitur, vltimum spolium purgandum esse. l. 3. §. Eum igitur. l. Qui possessionem. l. Cùm fundum. ff. de vi & vi armat. l. Si quis ad se fundum. C. ad l. Iul. de vi pub.

Cæterum, iure canonico inspecto, nō tam res clara atque explorata esse videtur. Nam S. Pont. Gregorius IX. in cap. vlt. de ordin. cogn. indistinctè respōdit exceptione spoliationis à spoliatore opposita, spoliatum agentem ad restitutionem repelli. vt patet ex illis verbis: *Quanquam ab agendo spoliatione ab eis opposita repellatur.*

Respondetur Panormitanus & alij in d. c. vlt. & Ale- C xander in cōs. 94. lib. 5. S. Pontificem loqui de exceptione spoliationis alterius rei. Exempli causa, tu me deiecisti castro, ego te deieci fundo: Agis ad restitutionem fundi, ego te ista exceptione repello, quòd castro me spoliaueris. Antequam mihi castrum restituas, non rectè agis, non iustè petis tibi fundum restitui.

Verùm Iacobus Menoch. de recup. possess. remedio 1. q. 34. non procul à fine reprehendit hanc sententiam, dicens text. in d. c. vlt. de ordin. cognit. duas partes cōtinere, in prima S. Pontificem loqui de reconuentione, & hoc velle; spoliatum agētem ad restitutionem possessionis reconueniri non posse, nisi super spoliatione: Et in hac parte interpretationem illam optimè conuenire, vt scilicet textus loquatur de reconuentione super spoliatione alterius rei, & hæc sit Pontificis Maximi sententia. Titius castro spoliatus fuit à Caio, petit sibi castrum restitui, poterit Caius eum reconuenire ob spoliationem alterius rei, qua ipse spoliatus à Titio fuerat.

D In secunda verò parte ait, Gregorium exceptione loqui, atq; istud velle; Spoliatum agentem repelli ab agendo posse, exceptione spoliationis opposita: & ideo in hac parte illam interpretationem idoneam non videri, qua dicebatur exceptionem spoliationis accipiendam esse, scilicet alterius rei, quia exceptio debet esse super eodem, non autem super re diuersa. Nam si actio super vna re sit instituta, & exceptio super alia diuersa opponatur, nihil obstabit, quia se inuicem non contingunt.

Ego cōem sniam verissimam esse puto, si rectè intelligatur, reique nōnihil obscuræ lucem aliquam conabor adferre. Hæc sunt verba Gregorij in d. cap. vlt. de ordin. cogn. *Super spoliatione conuentus, aduersus restitutionē petentem, non est, nisi super quæstione spoliatoris, si eum reconueniat, audiendus. Cum restitutionis petitio in hoc priuilegiata nascatur, vt ipsam intentans non cogatur ante restitutionem spoliatoribus respondere. Quanquam ab agendo, spoliatione ab eis in modum exceptionis opposita repellatur.*

Sciendum igitur est Ecclesiasticis constitutionibus ita olim cautū fuisse, vt si Clericus ab aliquo bonis suis spoliatus esset, non posset in iudicio conueniri, neque ciuili actione, neque criminali accusatione, antequam ad suam possessionem restitutus esset, ne Clerici pauperes & nudi in iudicijs contendere deberent, & malis hominibus occasio præberetur eos exuendi suis bonis, deinde accusandi, vel cōueniendi, vt propterea nec se defendere possent, nec res suas recuperare: *Oportet*, inquit Stephanus Papa, *vt primum nos tam de inuasis ciuitatibus & monasterijs, quam de reliquis generalibus rebus redintegrari faciatis, quia nec nudi cōtendere, nec inermes nos inimicis debemus opponere*. c. Oportet. 3. q. 2. & c. Cùm Ecclesia. eadem causa & quæst. ibi: *Aliquid nō debet a quocunque ante redintegrationem omnium suarum rerum obijci.* Idem in alijs capitulis multis dicitur eadem causa & quæst. & in capitulis causæ 3. q. 1.

Quia vero Clerici hac constitutione siue priuilegio nonnunquam abutebantur, nam conuenti quacunque actione, dicebant se non teneri actori vel accusatori respondere, nisi prius bona sua eis restituerentur, quibus spoliati erant, cum id falsum esset: idcirco Innocentius 4. in c. 1. de restit. spoliat. lib. 6. statuit, primò, vt non liceret Clericis ciuili actione conuentis hac exceptione vti, præterquam aduersus spoliatorem. Secundò, vt tam ciuili actione cōuenti, quàm de crimine accusati, si spoliationis exceptionem opponerent, tenerentur eam probare intra spatium quindecim dierū. Tertiò, vt si de crimine essent accusati, ita demùm eis exceptio ista spoliationis prodesset, si esset spoliatio omniū bonorum, vel maioris partis.

De hoc igitur veteri Clericorum priuilegio loquitur S. Pōtifex Gregorius in d. c. vlt. de ord. cogn. vt patet ex illis verbis: *Cùm restitutionis petitio in hoc priuilegiata noscatur, vt ipsam intentans, non cogatur ante restitutionem spoliatoribus respondere.* Et ideo subdit textus, exceptione opposita à spoliatore conuento, spoliationis factæ à spoliato agente, ipsum spoliatum agentem repelli ab agēdo. Ergo hæc est S. Pontificis sententia. Si, verbi gratia, Titius spoliatus castro agat contra Sempronium spoliatorem, & petat castrum sibi restitui, poterit Sempronius actorem ab agendo repellere, opposita illi hac exceptione, videlicet se prius ab ipso Titio actore spoliatum fuisse suis bonis, & hoc ex antiquo priuilegio ac iure in fauorem Clericorum constituto, vt nulla actione conueniri possent priusquā restituti essent ad bona, quibus spoliati fuissent, ne nudi ac suis bonis exuti contendere deberēt: Nam si nulla actione conueniri poterant ante restitutionem bonorum eis factam, sequitur eos neque actione illa ex interdicto, Vnde vi, siue recuperandæ possessionis, conueniri potuisse.

Ex quibus, nisi fallor, tria sunt pespicua. Primum, Gregorij responsum in d. c. vlt. de ord. cogn. iuri ciuili nō aduersari: sed ad rem potius diuersam iure ciuili antea non constitutam pertinere. Secundum, communem interpretationem superiùs relatam, sic intellectam verissimam esse. Tertium, illud responsum S. Pontificis de Clericorum spoliationibus accipiendum esse.

CAPVT XII.

An contra tertium possessorem, qui bonam fidem ac iustum titulum habet, competat aliquod remedium recuperandæ possessionis.

NOn puto recuperādæ possessionis interdicto remediove aliquo posse conueniri eum possessorem, qui bonam fidem, ac iustum titulum habet, siue spectemus iuris ciuilis, ex quo potissimùm fonte manarūt interdicta, siue iuris Canonici, quo illa approbata & declarata sunt, constitutiones ac præcepta. Paulus: *Cùm à re vi deiectus sum, si quis eandem possessionem ceperit, non possum cum alio*

quam

quam tecum interdicto experiri. l.7.ff.de vi & vi arm. Ergo multò minus interdicto quis experiri poterit cum eo, qui bona fide & iusto titulo rem possidere cœperit.

Huc accedit iuris ratio euidens. Nam interdicta sunt personales actiones: *Licet in rem videantur cocepta, vt tamen ipsa, personalia sunt*, inquit text. in l.1.ff.de interd. Actio autem personalis non sequitur fundum, hoc est, possessorem rei, l 1 §. Si heres.ff.ad Trebell.

Quod si ius canonicum spectemus, occurrit statim Innocentij III. constitutio, sic dicens: *Sępe contingit, quod spoliatus per spoliatorem in alium re translata (dum aduersus possessorem non subuenitur per restitutionis beneficium spoliato) commodo possessionis amisso, propter difficultatem probationum iuris proprietatis amittit effectum. Vnde non obstante iuris ciuilis rigore, sancimus, vt si quis de cętero scienter rem talem receperit, cum spoliatori quasi succedat in vitium (eò quòd non multum intersit, quoad periculum animę, iniustè detinere, ac inuadere alienum) contra possessorem huiusmodi spoliato per restitutionis beneficium succurratur.* c 18.de restit.spoliat.

Spoliato igitur Innocentius succurrit aduersus possessorem, qui spoliatori scienter quasi succedit in vitium, qui sciens prudensque eam rem à spoliatore recepit, quia iniustè detinet alienum, & non procul ab inuasore & spoliato ipso distat.

Ergo qui bonam fidem & iustum titulum habet, non tenetur hac Innocentij constitutione, nec vlla alia. Nam si alia extaret, quæ bonæ fidei possessores etiam comprehenderet, non fuisset opus constitutione illa contra malæ fidei successores. Si bonæ fidei possessores restituere tenerentur, multò magis malæ fidei.

Sed ratio peccati & periculum animæ non erat in bonæ fidei successoribus, ideo nec recedendum fuit à iuris ciuilis rigore.

Atque ita mihi videtur rectè sensisse Menochius de recup.possess remedio 15.q.13.

Contrarium docuerunt Innocen. Hostiensis, Panormitanus, cęterique Canonistę in d.c.Sæpe, de restit.spol. quos Legistæ etiam secuti sunt Iason, Ripa, Socinus & alij plurimi ad l Rem quæ nobis ff.de acq possess.

Fundamentum est primò in c. Episcopi 3. q. 1. in illis verbis: Ab æmulis & quibuscunque detineantur.

Secundò, in c. Redintegranda, eadem causa, & quęst. vbi S.Pontifex nulla distinctione adhibita mandat Episcopos eiectos & spoliatos restitui.

Tertiò, quia spoliatus, etiam prędo restituēdus in cap. In literis, de restit. spoliat. etiam aduersus ipsum dominum rei. l Si quis in tantam. C. Vnde vi l.Si coloni C.de Agricolis & Censitis. lib.10. Ergo multò magis aduersus alios.

Quartò, nam probata antiquiori possessione, iunior præsumitur vitiosa & iniusta, c. Licet causam, de probat. Ergo iunior possessio, quam habet singularis successor reus conuentus præsumitur iniusta.

Sed ad hæc argumenta respondere non est difficile. Ad primum, verba illa, A quibuscunque detineantur, nō esse accipienda de iustis possessoribus, qui nec spoliarūt, nec scienter à spoliatore acceperunt. Sed omnes cuiuscunque gradus, dignitatis, conditionis possessores & detentores significare.

Ad secundum, illud generale responsum S.Pontificis non esse trahendum ad istos qui bona fide & iusto titulo res acceperunt. Isti enim interdictis compelli non possunt ad restitutionem.

Ad tertium respondeo, interdicto conueniri posse dominum qui spoliauit, meritissimo iure, quia non sibi ius dicere debuit, sed per iudicē exposcere, at noster hic singularis successor nullum delictum admisit. Non eiecit quenquam, non sibi ius dixit, non est prædo, quia bona fide rem accepit, putans dominum fuisse qui tradidit.

Ad quartum, nego illam propositionem probata antiquiori possessione iuniorem præsumi vitiosam. Non est

A vera, vt docui suprà hoc eod. lib.c.9. sed & nego consecutionem illam, nam cùm de possessore bonæ fidei, & iustum titulum habente nostra disputatio loquatur: non est locus coniecturis, quibus vitiosa ac iniusta possessio redarguitur.

Alij distinguunt, vtrum successor singularis titulum consecutus fuerit ab authore vitioso, & hunc putant conueniri posse, an verò ab authore non vitioso, & hunc negant conueniri posse remedijs possessorijs ad restitutionem rei. Ita Bartolus ad legem Rem quæ nobis: non procul ab initio.ff.de acq possess. Andreas Geyll.lib.2.obseru.75.num.11.

Fundamētum est, quia talis possessor, qui causam habet ab authore vitioso, non posset se præscriptione tueri, si conueniretur à domino, quia mala fides authoris nocet bonæ fidei successori, iuxta Authen. Malæ fidei C.de præscript. longi temp. Ergo nec se tueri poterit aduersus eum qui spoliatus est, & interdicto agit ad restitutionē.

B Respondeo, negando consequentiam Nam hunc possessorem posse se tueri aliqua exceptione, aduersus eum qui dominus non est, illud argumento esse potest, quòd cùm bonam fidem habeat illi publiciana actio, si possessionem amiserit, competit. l. Eum qui §. Prætor ait.ff.de publiciana. Nam cui damus actionem, multò magis exceptionem concedere debemus. l. Cui damus, de reg.iur.

CAPVT XIII.

Vtrum agenti remedio recuperandæ possessionis, exceptio præscriptionis obijci possit.

Ontrouersia est inter Doctores, vtrum exceptio præscriptionis 30.annorū, obstet agenti interdicto recuperandę possessionis, qui se spoliatum esse dicit, cùm possessor est in bona fide, & se tuetur eiusmodi præscriptione C ne longissimi temporis. Nam Glos. in c. Sollicitè, de rest. spol. in fine existimant, præscriptionē non obstare agenti ex c. Redintegranda. 3.q.1. Eandem sententiam plurimi alij secuti sunt, quos commemorat Cæsar Contardus in commentarijs, l.1. C. Si de moment possess fuerit appel limit. 2. in verb. ratione mixturæ. §.4.

Fundamentum est in d.c. Redintegranda, in illis verbis: *Quacunque conditione temporis, &c.*

Contrarium respondit Paulus Castrensis in cōsi. 105. lib.1. quem secuti sunt multi alij à Contardo relati, loco annotato, & Menochius de recup. possess. Remedio 15. quæst.33. nec non Franciscus Sarmientus de reditibus Ecclesiasticis, par 1.c.4. quos & ipse sequor.

Et quoniam omnis difficultas in d c. Redintegranda consistit; Alioqui enim eorum est, longissimi temporis spatio omnes actiones extingui l. Sicut. l. Omnes. C.de præscrip.longiss. temp 30.vel 40.annor. idcirco breuiter ostendam non probari priorem sententiam eo responso.

D Eius verba hæc sunt: *Redintegranda sunt omnia spoliatis, & eiectis Episcopis, &c. quacunque conditione temporis, aut captiuitate, aut dolo, aut violentia maiorum, & per quascunque iniustas causas res Ecclesiæ, vel proprias, id est, suas substantias perdidisse noscuntur.*

His verbis nihil dicitur de longissimi temporis præscriptione. Non tollitur ea præscriptio legibus antiquis, & iure quoque canonico recepta, nec expressè neque tacitè. Et nullus ignorat, ad tollendas leges non coniecturas sufficere, sed oratione diserta, & clara opus esse. Non sine præfatione & alio apparatu, vt videre licet ex c. vlt. de pręscript. ex c. Sæpe, de restitut. spol. & ex alijs locis quamplutibus, quibus canones iuris ciuilis rigorē emendant propter animæ periculum, cuius meritò præcipua habenda ratio est.

Nil morantur verba illa, *quacunque conditione temporis*, non obstante. Nam de pręscriptione non sunt accipienda. Aliud est conditio temporis, aliud pręscriptio.

Paulus

Paulus Castrensis exponit, *quacunque conditione temporis*, hoc est, siue propter negligentiam, siue ob aliã causam Episcopi fuerint spoliati & eiecti. Non rectè, quia aliud est conditio temporis, aliud negligentia.

Franciscus Sarmientus loco annotato sic exponit illa verba, *nulla conditione temporis* obstante, scilicet præscriptione decem annorum inter præsentes, & viginti inter absentes, vel etiam 30. & 40. annorum, si agatur contra ipsos spoliatores, qui sunt in mala fide.

Sed magis est, vt putem, illa verba ex sequentibus declarari, Episcopos restituendos nulla *temporis conditione obstante*, hoc est, siue sit tempus belli, siue pacis, captiuitatis aut violentiæ, aut quodcunque aliud, sicut verba sequentia declarant. Hoc enim modo, nisi fallor, conditionem temporum accipimus pro qualitate. Sic conditiones agrorum appellamus, id est, qualitates. l. 1. §. Denique. ff. de aqua plu. arcen. Conditionem personarum, id est, qualitatem. l. penul. ff. quibus ad libertatem proclamare non licet.

CAPVT XIIII.

Ad l. Vn. C. Vti possidetis, quis illorum verborum sensus sit: Satisdationis vel transferendæ possessionis, &c.

Dioclet. & Maxim. ita scribunt in l. Vn. C. Vti possidetis: *Vti possidetis fundum, de quo agitur, Dùm ab altero, nec vi, nec clam, nec precario possidetis, Rector Prouinciæ vim fieri prohibebit, ac satisdationis, vel transferendæ possessionis edicti perpetui forma seruata, de proprietate cognoscet.*

Quæritur quis sit sensus illorum verborum, *satisdationis vel transferendæ possessionis.* Reiectis duabus expositionibus Accursij quarum altera de vsufructuario, altera de satisdatione iudicatum solui, verba illa accipiẽda esse docet. Neque enim ad fructuarium ea lex pertinet, nec ad satisdationem iudicatum solui.

Bartolus existimauit eũ sensum habere, vt qui victus est interdicto illo, Vti possidetis, cauere debeat se nõ amplius molestiã exhibiturum possessori, nec eum impediturum, quò minus illa re liberè vtatur, donec de iure suo docuerit. Eandem sententiam secuti sunt Duarenus lib. 1. Anniuersariarum disputationum, c. 21. & alij quos refert Menoch. de retinenda possess. remedio 3. q. 95.

Fundamentum est in l. penul. ff. de aqua quot. & æstiua, vbi textus ita dicit: *Si de via, itinere, actu, aquaductu agatur, eiusmodi cautio præstanda est, quamdiu quis de iure suo doceat se non impediturum agentem, & aquam ducentem, & iter facientem.*

Sed in primis nihil dicitur ibi de transferenda possessione, deinde adhuc duo obstare videntur huic expositioni. Alterum, quod illa lex penult. loquitur de seruitutibus. Diocletianus autem loquitur de fundo. Cùm agitur de seruitutibus, cautio magnoperè spectatur, & multum valet l. Harum. l. Egi. ff. si seruit. vẽd. l. pen. ff. de seruitut. ibi: *Cauendum putat Labeo, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset, &c.*

Alterum, quoniam illa verba, *satisdationis vel transferendæ possessionis* accommodari non possunt ad eum qui est victus in interdicto, Vti possidetis. Quomodo enim is qui eo interdicto superatus est, ac proinde non possidet, hanc pœnam sustinebit, vt si nolit satisdare, transferatur ab eo in victorem possessio? Victor enim possidet. Victus non possidet. Ergo possessio ab illo transferri in alterum nequit.

At occurrit Duarenus his verbis: *Quod ita accipiendũ est, si aduersarium duntaxat inquietauerit, non etiam, si spoliauerit eum sua possessione. Nam si deiecerit (quo casu potest aliquando interdictum competere aduersario, scilicet animo retinente eiusdem possessionem) curabit iudex in eum qui deiectus est possessionem transferri. Quod cùm perfectũ fuerit, de proprietate cognoscetur.*

Hoc puto Duarenum velle, illud verbum satisdationis hoc significare, satisdationem esse præstandã, vt suprà dictũ est, illa autẽ verba, vel transferendæ possessionis, indicare, si fortè is qui satisdedit, nõ seruet promissa, imò molestiã exhibeat possessori, eumq; possessione deijciat, tũc p iudicẽ possessionẽ ab eo trãsferri in eũ qui deiectus est.

Sed certè parum probabilis hæc expositio est. Primò, quia si hoc vellet Imperator, nõ ita diceret, sed alijs verbis vteretur, quibus demonstraret effectũ eiusmodi cautionis hunc esse, vt si possessor deijciatur ei possessio restituatur. Deinde, quia Imperator dicit, satisdationẽ esse præstandam, vel possessionem transferendam ex forma edicti perpetui. Ergo si non satisdatio præstetur, transferretur possessio: illa dictio, *Vel*, hoc indicare vr̃, vt alterutrũ fieri oporteat. Tertiò, qa eodẽ tẽpore eodẽq; cõtextu hæc fieri debẽt, nimirũ satisdatio pſtãda est, vel possessio trãsferẽda. Nõ aũt diuerso tpe, nimirũ sic vt pſtãda sit satisdatio, deinde, si contingat possessionẽ auferri, ea transferenda sit, & auferẽda deijcienti, ac restituẽda deiecto.

Ego sic sentio, eã expositionẽ verã esse, quæ docet, illa verba accipiẽda esse de satisdatione, quã possessor pſtare debet de re conseruanda illæsa, donec causa proprietatis cognita fuerit: *Vel possessionis trãsferendæ*, quia si possessor satisdare nolit, transfertur ab eo in aduersariũ possessio. De hac satisdatione fit mentio in l. 5. ff. de peti. hæred. in l. De bonis. §. vlt. ff. de Carbon. edi. in l. Ex liberto §. Eum qui. ff. de quæstion. & apud Paulũ lib. 1. sententiarũ, tit. 11.

Nihil habet incommodi hæc expositio, verbis legis & rationi cõsentanea est, nihil deniq; ei obstare video: retinenda igitur est. Authores habet Eguinarium Baronẽ lib. 6 Manual. tit. 17. Cuiac. in li. 1. sentẽtiarũ Pauli tit. 11. Robertũ Aurelianũ li. 3. sent. iuris, c. 21. Baldũ in cõment. d. l. vn. C. vti possidetis. Menochiũ loco superi⁹ annotato.

Porrò non assentior Roberto Aureliano dicenti, satisdemr possessionem in sequestrum transferendam esse. argum. l. Si fideiussor. §. vlt. ff. qui satisd. cog. & aliarum legum, quæ de hac re non loquuntur. Magis assentior Paulo lib. 1. sentent. tit. 11. sic dicenti: Si satisdatio non detur, hæreditas in petitorem transfertur, & Iurisconsulto in d. l. De bonis. §. vlt. ff. de Carbon. edicto, Possessio transfertur, aduersario satis offerente, &c.

CAPVT XV.

De duplici possessorio retinendæ summario & summarijssimo; & quis sit iudex competens in causa possessorij rei Ecclesiasticæ.



Ommunis Doctorũ schola statuit duplex interdictum retinẽdæ possessionis. Alterũ ordinarium, quod & plenarium dicitur. Alterum summariũ, vel potius summarijssimũ. Plenarium siue ordinarium vocant, quando plena causæ cognitio adhibetur, iudiciorum solennia obseruantur, pleneq; discutitur ac examinatur, vtrum actor possideat rẽ, de qua agitur, nõ vi, non clàm, nõ precario ab aduersario suo, vt colligitur ex l. 1. ff. vti possidetis. Summarium vel summarijssimum illud dicitur, in quo summatim iudex cognoscit, vter ex litigatoribus possideat tempore litis motæ ad eum finem, vt ille tanquã possessor constituatur, & alter sit petitor, ita vt alteri ius suum saluum sit tam circa petitoriũ, quàm circa plenarium possessorium: Et huic summarijssimo tunc locus esse solet, cùm vterque ex litigatoribus ita contendit se possidere, vt nec libellum offerre velit, & periculum sit ne veniatur ad arma. Iudex enim re summatim cognita, sine præiudicio partium, declarat interim alterum ex litigatoribus possessorem esse, donec plenè de possessione cognoscatur. Hispani vocant iudicis decretum, siue interlocutionem istam, *Interim*. Galli nouam prouisionem.

nem Germani prouisionale decretũ. Vide Couuar. pract. quæst. c. 17. Menochium de retinenda possess. remedio vlt. non procul ab initio. Andr. Geyll. lib. 1. obseru. 7.

Verùm Franciscus Sarmientus lib. 2. select. c. 13. hanc distinctionem à Doctoribus confictam esse conqueritur, nulla iuris authoritate.

Et verum scribit Sarmientus, si verba tantùm spectes. Sunt enim à Doctoribus inuenta: sed si rem intueamur, hæc distinctio iuris rationi magnoperè conuenire videtur. Nam Vlpianus in d. l. 1. ff. vti possidetis, sic scribit: *Sed si inter ipsos contendatur, vter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tunc si res soli sit de cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittentur.* Rectè, sed quid si periculum sit donec cognoscit' vter possideat, ne rixæ, tumultus, cædes oriantur, nonnè iudex prudenter fecerit re summatim cognita confestim alterum ex litigatoribus possessorem declarare interim, donec plenius res cognoscatur? *Cur enim, inquit Iulianus, ad arma & rixam procedere patiatur Prætor, quos potest iurisdictione sua componere?* l. Si vsusfruct. §. Sed si inter duos aliàs incipit l. Æquissimum. ff. de Vsusfruct.

Moneo studiosos pro eo quo in eorũ vtilitatem feror desiderio, vt de vocabulis à doctoribus cõfictis, si modò res intelligantur, nec à iuris rationibus aliena sit, non sint adeò solliciti, vt hoc nomine veteres doctores abijciant. Præclarè enim eruditissimus Muretus ad Epistolam Senecæ 58. *Idem accidit,* inquit, *iis qui possibile & impossibile dicere, saltem in disputationibus philosophicis reformidant: Cùm Plato, Aristoteles, Epicurus, Zeno, in lingua infinitis partibus copiosiore innumerabilia tamen vocabula fingere necesse habuerint. Equidem vt de meo sensu liberè atque ingenuè fatear, multa puto ab istis delicatis in S. Thoma, in Ioan. Scoto, alijsq́; eiusmodi eruditissimis hominibus irrideri, quę & necessaria sunt, & talia, vt si quis ea vetustis illis temporibus protulisset, magnam ei gratiam omnes philosophiæ studiosi habituri fuisse videantur. Nos dum teneris auribus videri volumus, tenera nobis ac puerilia esse ingenia, neque verę ac solidæ eruditionis capacia ostendimus.* Sic ille.

Venio ad alteram controuersiam, de possessorio rei Ecclesiasticæ, quis sit iudex competens. Tres sunt doctorum sententiæ. Prima iudicem laicum esse competentẽ, qui scilicet ordinarius est loci iudex, vt nunc loquimur, in quo res est posita, de qua agitur. Ita Guido Papæ decis. 1. decis. 71. & decis. 85. Alciatus responso 24. nu. 1. Andr. Geyll. lib. 1. obseru. 37. nu. 5. & multi alij quos refert Menochius, de retinenda possess. remedio 3. quæst. 52. & de recuperan. remedio 15. quæst. 18.

Altera, iudicem Ecclesiasticum scilicet ordinarium loci competentem esse. Ita Ant. Butrius in c. vlt. de iud. Augustinus Berous ad rub. de iudicijs, nu. 55. Couuar. pract. quæst. cap. 35. nu. 1. vers. Secunda conclusio.

Tertia est senteotia, si lis vertatur inter clericos, Ecclesiasticum esse iudicem competentem, si verò ioter clericum qui actor sit, & laicũ, tunc iudicem laicum esse competentem. Ita Menochius docet locis proximè citatis.

Prioris sententiæ argumenta hæc sunt. Primùm, quia possessio quæ in iudicium deducitur, nõ videtur esse res spiritualis, sed potius profana ac temporalis, & potius in facto, quàm in iure consistere. Ergo nihil prohibet, quò minus iudex laicus de ea cognoscere possit.

Secundum est ex c. 7. Qui filij sint legitimi in illis verbis: *Non attendentes quod ad Regem pertinet, non ad Ecclesiam de talibus possessionibus iudicare, &c.*

Tertium ex c. Petimus 11. quęst. j. *Petimus,* inquit tex. *vt digneminí dare fiduciam, qua necessitate ipsa cogente liberum nobis sit, rectorem Prouinciæ secundum statuta gloriosissimorum Principum aduersus illum adire, qui plebem quam inuaserat, vsque hodie communitus secundum quod statutum fuerat, relinquere contemnit.* Quibus verbis S. Pontifex iodicare vr̃, prouinciæ rectorẽ adeundũ esse in causa possessionis rei Ecclesiasticæ, q̃ aliquis inuaserit.

A Quartum est ex c. vlt. de iud vbi magistratus Florentinus causam possessionis cognouit tanquam iudex quæ vertebatur inter Abbatem & Monachos S. Mariæ, & Communitatem cuiusdam castri, & tamen S. Pontifex ibi non improbat illud iudicium, imò potius confirmat, quod non est verisimile facturũ fuisse, si iudex non fuisset competens.

Alterius autem sententiæ, quæ Ecclesiasticum iudicẽ constituit huius controuersiæ possessoriæ, fundamentũ est in Clem. 1. de causa posses. & proprie. & in Clem. 1. de sequestr. possess. & fructuum; quibus in locis habetur, tã possessorium, quàm petitorium causæ Ecclesiasticæ tractãdum esse apud Sedem Apostolicam, & in c. 2. de iud: vbi dicitur, negotia Ecclesiastica tractanda esse apud Ecclesiasticos iudices.

Tertia denique sententia eo nititur argumento, quòd cùm laicus conuenitur interdicto possessorio, tunc clericus est actor, ergo sequi debet forum rei, c. Si clericus. c.
B Cùm sit generale. de foro competen. Cùm verò inter clericos iudicium agitur, ideo nõ potest secularis iudex cognoscere, quia nullam in clericos iurisdictionem habet, c. 1. & 2. de foro competen. Etsi enim de rebus agatur nõ de personis, necesse tamen est, vt iudex possit litigatores compellere ad compareodum in iudicio, clerici autem compelli nequeunt à laicis iudicibus.

Hæc sunt quæ alij attulerant. Ego sic statuo, si inter clericos res agatur, vel clericus à laico conueoiatur, adeundum esse iudicem Ecclesiasticum: is. n. solus in clericos habet iurisdictionem, & eos citare, coercere, ac iudicare potest, vt rectè admonuit Menochius. Si verò laicus conueniatur à clerico, puto & iudicem Ecclesiasticũ competeotem ac idoneũ esse, & etiam iudicem laicum, si clericus eum apud iudicẽ laicum conuenire voluerit; si tamen certum sit, & laicus non neget rem, de qualis est, ad Ecclesiam pertinere: si verò id neget, & suam esse cõtẽdat, idoneum esse laicum duntaxat iudicem existimo.
C Quod primò dixi, probo ex c. Cùm sit generale. de foro competenti. vbi textus ita dicit: *Verùm quia seculares iudices in exhibenda iustitia personis Ecclesiasticis, sępè in iudicio sunt remissi, in fauorẽ Ecclesiæ est introductũ, vt malefactores suos, qui sacrilegi sunt censendi, venerabilium locorum rectores possint, sub quo maluerint iudice conuenire.*

Igit' si laicus rẽ Ecclesiasticã occupauerit, iniustè detinuerit, vim fecerit, spoliauerit Ecclesiã, poterit conueniri interdictis possessorijs, tam apud Ecclesiasticos, quàm seculares iudices, ex illo generali priuilegio, quod Ecclesijs cõcessum est. Nihil. n. ꝓhibet, qn & hoc in casu, quo de possessorio interdicto agit', locum sibi vẽdicare possit.

Alterum, quod dixi, probo ex cap. Si clericus. de foro competen. vbi S. Pontifex ita scribit: *Si clericus laicum de rebus suis, vel Ecclesiæ impedierit: & laicus res ipsas nõ Ecclesiæ esse, aut clerici, sed proprias asseueret: debet laicus de rigore iuris ad forensem iudicem trahi, cùm actor forum rẽi sequi debeat.* Eadem ratio est cùm laicus asseuerat pos-
D sessionem ad se pertinere.

Ad primum argumentum prioris sententiæ respondeo, possessionis causam, temporalem quidem esse, sed quia cum persona Ecclesiastica agendum est, illa non debet trahi ad iudicem forensem, sed ad Ecclesiasticum, qui in clericos imperium habeat. Iurisdictio enim necessaria est, hoc est, potestas iuris dicendi. Illa verò sine modica coercitione nulla est. l. 2. ff. de iuris. omn. iud. Talem coercitionem in clericos non habent laici, sed Ecclesiastici iudices.

Ad secundum respondeo, cap. 7. qui filij sint legit. loqui de rebus temporalibus & possessionibus laicorum, non autem clericorum.

Ad tertium respondeo, in allegato capitulo hoc tantùm cõtineri, personas Ecclesiasticas subsidium ac opem implorare posse magistratus secularis, pro defensione ac recuperatione rerum suarum (brachium seculare vulgò dicitur) quod nihil facit ad propositum nostrum.

Ad

Ad vltimum respondeo, in d.c.vlt. iudicium agitatum fuisse inter Ecclesiasticos & seculares, & idcirco iudicé secularem cognoscere potuisse, hoc enim & nos quoque dicimus, scilicet quando Ecclesiasticæ personæ seculares ad iudicium trahunt, quia actor forum rei sequitur. Licet in fauorem Ecclesiæ constitutum sit, vt & Ecclesiastici iudices cognoscant, vt dictum est suprà ex d.c. Cùm sit, de foro competenti. Et tantum de hac quæstione.

CAPVT XVI.

Quod sit probanda in interdicto vti posidetis *possessio, non per vnum duntaxat testem. Et quid iuris, si vterque ex litigatoribus probauerit se possidere.*

ERrepsit vulgaris quędam opinio, possessionem probari posse vnico teste, quia modici præiudicij est, ex traditis per Bartolum ad l.1.C.quorum bonor. de qua confutanda non tam laborandum videtur, quàm metuendum, ne illam sequamur, ob multitudiné authorũ. Non est modici pręiudicij possessio, imò magnum cómodum adfert. §. Cómodũ. inst. de interdict. Nec testimonio vnius eredendũ est, *etiamsi præclaro curiæ honore præfulgeat.* l.8.C.de Testib. Præclarè S.Pontifex in c.Licet, de testib. *Licet quedam sint causa, quæ plures quam duos exigant testes, nulla tamē est causa, quæ vnius testimonio, quamuis legitimo, terminetur.*

Authorum multitudini alios authores objicio, qui negant vnius testimonium sufficere ad probádam possessionem. Afflict.decis.364.nu.5. Pontanus de spolio lib.2. nu.100. Andr. Geyll lib.1. obseru.7. Mascardus alios citans de Probationib.vol.3.concl.1189. Non ingredior illam disputationem, quam latè prosequitur ibi Maschardus, an plena requirat probatio, vel semiplena in iudicijs possessorijs. Frustrà. n. hac de re disputari cótẽdo, cùm nihil iure definitum constitutumq; sit, & iudicis arbitrio id committatur. Callistratus, *Quæ argumenta ad quẽ modum probandæ cuique rei sufficiant, nullo certo modo definiri potest. Sicut non semper, ita sæpè sine publicis monumentis, cuiusque rei veritas deprehenditur. Aliàs numerus testium, aliàs dignitas & authoritas, aliàs veluti consentiens fama confirmat rei, de qua quæritur, fidem. Hoc ergo solùm tibi rescribere possum summatim: non vtique ad vnam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui, te existimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi, opineris.* l.3.§.ff.de Testibus.

Maior difficultas est, quid statuẽdum cùm vterque ex litigatoribus possessionem probat. Respondent Doctores multi, eum esse potiorem, qui ex iusta causa se possidere demonstrauerit, Menoch. de retinen. remed.2.q.87. vers. Tertius est casus.

Sed obstat. l.3.ff.vti possidetis. Vlpianus. *Si duo possideant in solidum, videamus quid sit dicendum, quod qualiter procedat tractemus: Si quis proponeret possessionem iustã & iniustam; ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam, si à me, possides superior sum interdicto, si verò non à me, neuter nostrum vincet.* Sentẽtia Vlpiani hæc est, si duo possideãt, alter ex iusta causa, alter ex iniusta, neutrũ fore superioré ac victorem, nisi alter ab altero vi aut clam possideat.

Verùm Vlpiano obstare videtur, quod ait, duos in solidum possidere, & id non potest fieri. l. Si vt certo. ff. Si duobus. ff. commod. l.3.§. Ex contrario. ff. de acq. possess. l. Duo insolidum. 19. ff. de Precario.

Iacobus Cuiacius lib.9. obseru. cap.32. existimat, Vlpianum id dixisse non ex sua sed Sabini & Trebatij sententia, qui existimabant duos insolidũ possidere posse, quosque refert ac refellit Paulus in d l.3.§. Ex contrario. ff. de acq. possess. & ad hoc confirmandum perpendit illa Vlpiani verba in d.l.3.ff. vti possideris, *si quis proponeret possessionem iustam & iniustam, &c. In ea lege,* inquit Cuiacius, *hac verba magnoperè expendi velim, si quis proponeret, & Sabini & Trebatij sentẽtia scilicet, quibus neq; Proculiani, neque nos credimus.*

Sed nil respondet Cuiacius ad priorem difficultatem, & certè nullam video responsionem, nam si proponatur fieri posse, vt duo insolidũ possideãt, vel possessioné probent, rectè dicit Vlpianus, neutrum vincere posse, licet alter iustã, alter verò iniustam possessioné probaret, nisi ab altero vi aut clam possideret: *Quoniam in summa possessionis nõ multum interfit, iustè quis an iniustè possideat,* vt inquit Paulus in l.3.§. Ex contrario ff. de acquir. possess.

Quod Vlpiani respõsum, si rectè fuisset cósideratum, & simul quod alij Iurisconsulti responderunt, duos in solidum possidere non posse, vt in l.3. Ex contrario. ff. de acquir possess. & in alijs legibus superiùs annotatis, non ita sollicitι fuissent de illa facti specie, quia proponeretur, in iudicio isto possessorio vtriusque ex litigatoribus probationes circa possessionem ęquales esse per omnia, quid à iudice pronunciandum esset. Alij enim dixerunt pronunciandum. Vti possidetis ita possideatis. Alij diuisione facta in æquales partes controuersiam dirimendam, ad exemplum l. Et hoc Tyberius Cęsar. ff. de hæred. instit. Alij possessionem apud sequestrum collocandam, ne partes veniunt ad arma: Alij sorte rem dirimendam. argum. l. vlt. C. comm. de leg. Alij pronunciandum à iudice, de causa non liquere, arg. l. Idem Pomponius 14.§. vlt. ff. de recep arb. Alij reum absoluendum. l. Fauorabiliores, de reg iur. Alij iudicem cui maluerit gratificari posse. Alij denique consulendum esse Principem, vt diligenter hęc omnia explicat Menochius de retinen. possess. remed.3. quæstione 87.

Frustrà, inquam, tam acriter concertatum est. Primò; quia accidere nõ potest, vt duo insolidũ possideãt vnam & eandem ré, vt dixi, & cósequenter, vt probationes vtriusq; sint per omnia æquales: Si enim res esse non potest, nec certè ꝓbari pót Nõ entis nullæ sunt qualitates.

Secũdò, quia posito casu, claram habemus Vlpiani decisionem, neutrum videlicet vincere posse, vt in d.l.3.ff. vti possideris.

Porrò, vt vnus ciuiliter possideat, alter naturaliter, fieri potest, veluti si quis precariò rogauit, vt possideret: *Placet enim penes vtrumque esse eum hominem, qui precariò datus esset: penes eum qui rogasset, quia possideret corpore: penes dominũ, qui non discesserit animo à possessione.* l. Et habet, 15.§.1.ff. de precario. Objicitur l.6.ff. eod. tit. Sed præclaram solutionem indicauit mihi Simon Endellius, auditor meus, nobilis Austriacus, eruditus adolescens & doctus, non obstare, quia textus dicit, non possidere eum qui rogauit, *vt precariò in fundo moretur.* Aliud est enim rogare, vt precariò quis possideat, sicut loquitur lex 15. Aliud, *vt in fundo moretur,* sicut aliud rogare, vt in possessione quis maneat. l.10. ff. de acquir. possess ibi. *Precariò autem rogauit, nõ vt possideret, sed vt in possessione esset, &c.*

CAPVT XVII.

Agenti ex interdicto retinendæ, an obstet exceptio dominij.

IN interdicto retinendæ possessionis, obstaré dominij exceptionem, cuius probatio statim offertur, credidit Accursius in l. Si de vi, in fine. ff. de iudicijs. Bart. ad l. Si coloni. C. de agricolis & Censitis, & multi alij quos refert, sed non probat Menochius de retinenda possess. remed.3. quęst.79.

Fundamẽtum est in regula, Dolo facit, qui petit quod restituere oportet eũdem. l Dolo. ff. de doli mali & męt. except. Et in l.3.§. Causæ. ff. de Carboniano edicto, cuius hæc sunt verba: *Causæ cognitio in eo vertitur, vt si manifesta calumnia appareat eorum, qui infantibus bonorum possessionem peterent, non daretur bonorum possessio.*

Postremò,

Postremò, quia cum probationes incontinenti offerũtur, multa concedi solent, quæ aliàs non concederentur. l. Si is à quo. ff. vt in possess. leg. l. Ille à quo. §. Si testamento. ff. ad Trebell.

Contrarium docuerunt idem Bartolus in d. l. Si de vi. ff. de iudicijs, & multi alij quos refert & sequitur Menochius loco proximè citato, quibus me lubens sociũ adiungo. Principio enim certũ est, causam possessionis & proprietatis separatam esse, vt ait Vlpianus in l. 1. ff. Vti possidetis. Deinde, nulla alia exceptio idonea est, quàm si vi aut clam, aut precariò alter ab altero possideat. l. 1. C. eo. tit. l. 1. in fi. ff. eod. Tertiò, nihil interest in summa possessionis, an sit iusta vel iniusta. l. 3. §. Ex contrario. ff. de acquir. possess. l. 3. ff. Vti possidetis. Denique, si exceptio dominij esset impedimẽto, daretur occasio rerum dominis vim faciendi, turbandi, inquietandi possessores rerũ suarum, etenim illis ad interdictum confugientibus, statim dominij exceptionem obijcerent, eosq; repellerent. Hoc autem iure prohibitum est l. Si quis in tantam. C. Vnde B vi. l. Non est singulis, de reg. iuris.

Ad primum argumentum respondeo, regulam illam, dolo facit, &c. non habere locum in possessorijs, alioquin liceret dominis authoritate propria possessionem auferre, & postea allegare, dolo possessorem facere, qui petat quod restituere debet. Hoc autem absurdum est.

Ad alterum argumentum respondeo, illud in illis casibus sibi locum vendicare, quibus res agitur coram iudice, & nihil violentiæ committitur, non de facto quis turbatur in sua possessione. His. n. in casibus nõ licet allegare dominiũ, aut possessoris calumniã, quamuis probationes incontinenti adferãtur circa dominiũ rei, quia vt maximè quis dñs existat, non potest tamen sibi ius dicere, aut vim vllam inferre, nec dominij causam deducere, quia illa cum possessionis causa nihil habet commune.

Maneat igitur hæc sententia, non obstare dominij exceptionem in hoc iudicio, quam Menochius loco proximè citato, quæst. 80. intelligit cũ exceptione, nisi de do- C minio constaret ex sentẽtia lata in petitorio iudicio. Nullo sanè satis firmo fundamento. Nam quod scribit de notorio, hoc est, ex sententia notorium esse dominium, nihil mouet, nec enim quicquam facit hic quòd dominiũ sit notorium vel non sit, cùm proprietatis causa distincta sit à possessionis causa, sicut & suprà disputaui hoc eodẽ libro cap. 10.

Illa magis placet exceptio, nisi possessor, qui interdicto experitur, consentiat, vt de proprietate cognoscatur, argum. cap. 11. de restit. spoliat.

CAPVT XVIII.

Vsufructuarius vtrum naturaliter possideat?



IVris nostri authores variè respondisse vidẽtur hac de re. Nam Vlpianus in l. Naturaliter 12. ff. de acquir. possess. *Naturaliter*, inquit, *mihi videtur vsufructuarius possidere.* Idem rñdit Papinianus in l. Possessio 49. ff. eod. Quamobrẽ interdictũ de vi, vsufructuario cõpetere, idem Vlpianus respondit in l. 3. §. vlt. ff. de vi & vi arm.

Sed contrarium rñdit Caius in l. Acquiritur. 10. in fin. ff. de acquit. rer. dom. *Vsufructuarius autem*, inquit, *vsucapere seruum non potest primò, quia nõ possidet, sed habet ius vtendi & fruendi, &c.* Idem rñdit Macer in l. Sciendũ. § Possessor. ff. qui satisd. cogan. sic dicens, *eum qui tantùm vsumfructum habet, possessorem non esse Vlpianus scripsit*, imò verò idem Vlpianus, tribus in locis negat vsufructuarium possidere in l. Certè. §. Is qui rogauit. ff. de Precario. *Nam & fructuarius*, inquit, *& colonus, & inquilinus sunt in prædio, & tamen non possident.* In l. 1. §. Quod ait Prætor. ff. quor. legator. *Mouet*, inquit, *quod neque vsusfructus, neque vsus possidetur, sed magis tenetur.* In l. Celsus. §. Iulianus, ad exhiben. *Sed & eum*, inquit *qui vsusfru-* A *ctus nomine rem teneat, quamuis nec hic vtique possideat.*

Accursius in d. l. Naturaliter, & in d. l. Acquiritur, quatuor adfert solutiones. Prima est, fructuarium non possidere ꝓpriè, & ideo Vlpianus vsus est illo verbo, *videtur*. Secunda, nõ possidere, sed detinere. Tertia, possidere fructuarium naturaliter, sed non ciuiliter, quę solutio cõmuniter recepta est teste Iasone in d. l. Naturaliter, nu. 5.

Baldus autem, Cumanus, Romanus & Aretinus, tertiam solutionem secuti fuere, fructuarium scilicet nõ sibi sed domino possidere. Eandem sententiam amplexus est Iacobus Cuiacius libro 9. obseru. cap. 33. *Fructuarius*, inquit, *est tantummodo in naturali possessione, non etiã verè naturaliter possidet. Solus enim dominus possessor est, & possidet per fructuarium, nec alia ratione dicitur retentionẽ vsusfructus esse speciem traditionis, quam quod qui retinet vsumfructum, desinat sibi & incipiat alij possidere: Et in l. Naturaliter, Vlpianus ait. Naturaliter videtur possidere & possidet.* Et paulò post, *verum*, inquit, *licet fructuarius non possideat, tamen quia res emolumentum ad eum pertinet, interdicta possessoria ei accommodantur, quæ cęteris qui sunt in possessione, non accommodantur.*

Hæc sententia videtur sanè probabilior, atque vno verbo possumus hãc rem ita explicare. Fructuarium possessionẽ illam habere quæ corpore, non autem quæ iure cõsistit. Et ideo non potest vsucapere, quia non possidet ciuiliter, animo domini, & ita loquitur d. l. Acquiritur.

Quod verò attinet ad l. Sciendum. §. Possess. ff. qui satisd. cogant. illa loquitur quantum ad satisdationem de iudicio sisti. Qui immobilia possidet, non tenetur satisdare. Talis non est fructuarius, quia non est dominus rei, nec aliud habet ius quàm vtendi & fruendi, quamobrẽ alia cautione opus est.

Cæteræ quoque leges, quibus negatur fructuariũ possidere, ita sunt accipiendæ, vt possessionem hanc naturalem corporalemq; non excludant. Sic enim promptum erit leges legibus concordare.

CAPVT XIX.

Quomodo acquiratur possessio rerum corporalium, & an infanti etiam acquiratur.



ACcursius in l. 1. ff. de acquir. possess. distinguit inter res animatas, & inanimatas, & ait possessionem rerum animatarum acquiri illis modis, qui habentur in l. Naturalem, & in l. In laqueum. ff. de acquir. rer. dom. rerum autem inanimatarum hoc modo: Aut possessio vacans est, aut ab aliquo occupata. Posteriore casu possessio acquiritur absq; traditione & corporali apprehensione, vt patet ex l. Quod meo. §. Si venditorem. ff. de acq. possess. Priori autem casu acquiritur possessio, duntaxat per apprehensionem l. 3. §. Neratius ad finem. ff. eodem tit.

Bartolus autẽ distinctione omissa rerum animatarum D & inanimatarum sic docet, possessionem acquiri per apprehensionem, si sit vacans, si verò sit ab aliquo occupata, sine apprehensione acquiri, si concurrat animus tradentis. l. Quod meo. §. vlt. ff. de acq. possess. Si verò animus tradentis non concurrat, apprehensionem requiri.

Ego verò sic statuo, possessionem animo & corpore acquiri, si traditio vera vel facta interueniat, Paulus in l. 3. ff. eod. *Adipiscimur*, inquit, *possessionem corpore & animo, neque per se animo, aut per se corpore, &c.* De corporali apprehensione loquitur l. 1. ff. eod. De traditione vera textus in l. 3. C. eod. De ficta. l. 1. §. Si iusserim. l. Quarundam. ff. eodem.

Sed oritur difficultas, vtrum infans possit acquirere possessionem. Nam Paulus in l. Quamuis. §. Infans. ff. eodem, *nullus sensus est*, inquit, infantis acquirendi possessionem. At Imper. Decius in l. 3. C. eodem. *Donatarum rerum*, inquit, *à quacunque persona infantis vacua possessio tradita corpore quæritur.*

Accursius

Accurſius multas adfert ſolutiones. Prima eſt, Iuriſconſulti reſponſum ab Imperatore correctum eſſe, quæ ſolutio meritò cæteris diſplicuit.

Altera ſolutio eſt, Imperatorem loqui de infante, qui aliquod iudicium habet. Non rectè, quia nec Imperator hoc dicit, nec dicere poteſt, quia infantes omni carent iudicio.

Tertia ſolutio eſt, Imperatorem loqui de rebus donatis, & ideo ſingulari iure ſic de eis conſtitutum fuiſſe, de alijs ſecus, & in his Pauli reſpõſum locum habere poſſe. Idem docuit Conanus lib. 3. comment. iuris, cap. 8. num. 5.

Mihi non placet, quia repugnat ratio Pauli dicentis, nullum ſenſum infantis eſſe acquirendi poſſeſſionem: licet enim animus donantis cõcurrat in transferenda poſſeſſione, ex perſona tamen infantis obſtat, quòd non habet animum, ſenſumque acquirendi poſſeſſionem.

Quartam ſolutionem aſſerebat Azo, quæ ab omnibus exploſa eſt, Imperatorem accipiendum, cùm res donata ſerui infantis tradita eſt. Nulla enim huius rei mentio eſt in d. l. 3.

Quintæ ſolutionis Bartolus author eſt, Imperatoris reſcriptum accipiendum eſſe de re mobili donata infanti, cuius acquirendæ aliquem animũ & affectum infans habeat, veluti ſunt, inquit Bart. iocalia, latinè crepundia dicuntur, munera ſcilicet puerorum.

Verùm, ſi hæc erat Imperatoris mens, æquum fuiſſet id exprimere, nõ de rebus donatis generaliter, nulla ſcilicet adhibita diſtinctione, ita reſcribere.

Sexta ſolutio Ioannis antiqui Gloſſarij eſt, Imperatoris legem accipiendam eſſe, cùm tutoris authoritas interuenit: & hanc ſententiam multi alij ex antiquis ſecuti fuere, quos refert & ſequitur Alciatus ad l. 1. §. Adipiſcimur. ff. de acquir. poſſeſſ. Et mihi veriſſima videtur: Licet enim alij nullam adferant coniecturam, ego tamẽ hãc adſero: Etenim idem Imperator poſtquam dixit rerum donatarum poſſeſſionem infanti acquiri, ſubijcit C hæc verba: *Alioqui ex ſententia conſultiſſimi viri Papiniani, nec quidem per tutorem poſſeſſio acquiri poſſet infanti*. Hæc Imperatoris ratio locum habere poteſt, ſi ſuperior ſententia accipiatur de rebus donatis infanti, tutoris authoritate interueniente, ſi verò aliter accipiatur, inepta ratio erit. Id verum eſſe, ita demonſtro. Sic argumentatur Imperator: Si non acquiratur infanti poſſeſſio rerum donatarum & traditarũ, nec poſſeſſio eidem infanti acquiri poterit per tutorem. Hoc argumentum valet, ſi prior ſententia ſic accipiatur, vt dixi. Nam hæc eſt bona collectio. Si non acquiritur poſſeſſio infanti, cùm tutore authore res donatæ ſunt ac traditæ, conſequens eſt, nec per tutorem acquiri poſſe infanti poſſeſſionem. Sed conſequens eſt falſum, quia Papiniani ſententiæ repugnat, ergo & antecedens. Verùm ſi non ita prior ſententia accipiatur, nulla eſt hęc collectio; non acquiritur infanti poſſeſſio rei donatæ ac traditæ, Ergo nec per tutorem poſſeſſio acquiri poſſit. Negatur conſequentia. Licet enim infanti non acquiratur, quia nullum habet ſenſum, nullum animum poſſidendi, nihil tamen proponitur, cur non poſſit vtilitatis cauſa per tutorem poſſeſſio infanti acquiri.

CAPVT XX.

Quomodo rerum incorporalium quaſi poſſeſſio acquiratur.



Es incorporales poſſideri non dicuntur, ſed corporales. l. 3. ff. de acquir. poſſeſ. l. Seruus. §. Res incorporales. ff. de acquir. rer. dom. l. Sequitur. §. Si viam. ff. de vſucap. Veruntamen quaſi poſſideri dicuntur, & vulgò dicimus, quaſi poſſeſſionem rerũ incorporalium. Sed quęſtio eſt admodum celebris, quomodo acquiratur quaſi poſſeſſio rerum incorporalium. Communis ſentẽtia eſt

A vſu acquiri, quum iure proprio quis, non iure familiaritatis exercet, cum ſcientia & patientia aduerſarij. Vide Couuar. in cap. Poſſeſſor malæ fidei in 2. parte in initio, num. 8. de reg. iur. lib. 6. Menochium de Arbitrarijs iud. caſu 160. & ſeq.

Fundamẽtum eſt in l. 2. C. de ſeruit. & aqua in l. Quoties. ff. de ſeruit. in l. Si à te emero. ff. ſi ſeruitus vend. l. Si ego §. 1. ff. de publiciana. iuncta. l. 1. ff. de ſer. ruſt. præd.

Contrariam ſententiam amplexus eſt Ioan. Longouallius ad l. Imperium in 4. parte in 2. articulo. ff. de iuriſdict. om. iud. Exiſtimat enim ſcientiam & patientiam non requiri. Mouetur ex l. Quoties 20. ff de ſeruit. l. 1. §. 1. ff. de itinere actuque priuato. ex l. vlt. C. de præſcript. longi tempor.

Ego hanc rem duabus propoſitis concluſionibus commodius explicari poſſe iudicaui. Prima concluſio. Ad acquirendam quaſi poſſeſſionem rerum incorporalium nõ requiritur ſcientia & patientia aduerſarij, ſi de poſſeſſio-
B ne abſolutè agatur, ita vt tam iuſta, quàm iniuſta poſſeſſio intelligatur, ſed quia de iuſta tantùm poſſeſſione loquimur & ciuili, ſcientia ac patientia aduerſarij non requiritur, ſi adſit titulus & bona fides. Probatur hęc concluſio ex l. vlt. C. de præſcript. longi temp. ibi: *Nulla ſcientia vel ignorantia expectanda, &c.* Et paulò pòſt: *Eodem obſeruando & ſi res non ſoli ſint, ſed incorporales, &c.* Nam ſi præſcriptio longi temporis locum habet in rebus incorporalibus, abſque ſcientia aduerſarij, conſequens eſt, poſſeſſionem quoque acquiri abſque ſcientia poſſe, quia ſine poſſeſſione non procedit vſucapio, ſiue præſcriptio.

Secunda concluſio. Cum titulus iuſtus deeſt ad acquirendam quaſi poſſeſſionem rerum incorporalium, neceſſaria eſt ſcientia & patientia aduerſarij, Illa enim ſubit vicem tituli. l. 2. C. de ſerui. & aqua. l. 1. ff. de ſeruit. ruſtic. prædio. l. Si ego, § 1. ff. de publiciana. Hac igitur diſtinctione adhibita, contrariæ ac diſſidentes ſententiæ facilè conciliantur.

CAPVT XXI.

Quomodo amittatur poſſeſſio.



Ritur controuerſia hac de re, quoniam Paulus ſcribit: Quemadmodum nulla poſſeſſio acquiritur, niſi animo & corpore, ita etiam nullam amitti, niſi in qua vtrunque in contrarium actum eſt. l. Quemadmodũ. ff. de acq. poſſeſſ. l. Ferè quibuſcunque. de reg. iur. Idem verò Paulus contrarium reſpondit in l. 2. §. In amittenda. ff. eod. tit. *In amittenda*, inquit, *poſſeſſione affectio eius qui poſſidet intuenda eſt, itaque ſi in fundo ſis, & nolis eum poſſidere, protinus amittes poſſeſſionem. Igitur amitti animo ſolo poteſt, quamuis acquiri non poteſt.* Sic ille.

Dicebat Ioannes antiquus interpres, cuius ſententia communiter recepta eſt, aut amiſſio poſſeſſionis à corpo-
D re incipit, aut ab animo, ſi à corpore incipiat, tunc etiam animus acquiritur. Exemplum. Is qui fundum poſſidet, egreditur ex fundo, dicitur amittere poſſeſſionem, & amiſſio incipit a corpore, quia ſcilicet ex fundo egreditur. Hoc in caſu animus etiam requiritur: quamobrem neceſſe eſt, vt eo animo egrediatur, quia illum poſſidere nolit, ita accipiendæ ſunt leges, quibus dicitur, poſſeſſionem non amitti, niſi vtrumque in contrarium actum ſit. Si verò amiſſio incipiat ab animo, tunc ſolo animo poſſeſſio amittitur. Exemplum eſt. Si quis in fundo exiſtens eum nolit poſſidere; protinus enim poſſeſſionem amittit: & ita accipiendus eſt text. in d §. In amittenda.

Sed huic ſolutioni duo videntur obſtare. Vnum eſt, quia leges, quæ vtrunque requirunt, nullam adhibent diſtinctionem. Alterum eſt, quòd intelligi non poteſt, quomodo quis in fundo exiſtens poſſeſſionem eius amittat, ob eam cauſam, quod eum poſſidere nolit, niſi etiam corpore diſcedat ex fundo.

Fran-

Franciscus Conanus lib. 3. commẽtariorum iuris c. 9. num. 4. ita hanc rem explicat: Leges quibus dicitur possessionem non amitti, nisi vtrunque in contrarium actũ sit, accipiendas esse eo in casu, quo quis inuitus possessionem amittit: Exempli causa. Possessor vi deijcitur, possessionem non amittit, nisi & animum possidendi abiecerit. l. Clam possidere. § Qui ad nundinas. ff. de acq. possess. Si quis autem non inuitus possessionem amittat, Conanus putat solum animum sufficere.

Sed & huic sententiæ obstare videtur, quòd generale est Pauli responsum, quo requiritur in amittenda possessione vtrunque in contrarium actum esse. Quamobrem non videtur commodè restringi posse ad eũ casum duntaxat, quo quis inuitus possessione deijcitur.

Petrus Faber ad l. Nihil tam naturale, num. 12. de reg. iuris, sensit hanc difficultatem, sed non prorsus explicauit. Hoc autem vult Pauli responsum, in quo dicitur, ad amittendam possessionem vtrunq; requiri, non esse perpetuò ac indistinctè verum: & possessionem, quæ solo animo retinetur, solo quoque animo amitti, quæ solutio est eadem, quam primo loco posuit, & refutauit Accursius in dicto §. In amittenda.

Ego igitur sic statuo, quod Paulus respondit in d. §. In amittenda. possessionem solo animo amitti, non ita accipiendum esse, quasi necesse nõ sit corpore etiam aliquid in contrarium fieri. Etenim necesse est, vt qui animum possidendi non habet, ex fundo etiam egrediatur, sicuti præclarè docuit Papinianus in l. Peregrè. §. vlt. ff. de acq. possess. illis verbis: *Nam eius quod corpore nostro teneremus possessionem amitti, vel animo, vel etiam corpore, si modò eo animo inde degressi fuissemus, ne possideremus.* Sed hæc est Pauli sententia in d. §. In amittenda. affectionem solam in possessione amittenda spectandam esse; & eum qui in fundo existens possidendi animum non habet, protinus possessionem amittere: *protinus*, id est, statim, ex ea hora, qua quis possidere noluerit, & possidendi animum abiecerit, non autem ex eo tempore, quo egressus fuerit ex fundo, eo tamen præsupposito, quod ex fundo postea egrediatur. Videbatur enim dicendum, protinus possessionem non amitti tunc, sed primùm, cùm possessor egressus esset ex fundo, quia sicut possessio nõ acquiritur, nisi animo & corpore, videbatur etiam non amitti, nisi cùm animum quis possidendi abijceret, & simul corpore à possessione discederet. Hoc enim est, quod Paulus alibi dixit: *Nisi in contrarium vtrunque actum sit.* Sed aliter respondit idem Paulus in d. §. In amittenda, nimirum protinus possessionem amitti, cùm quis possidere nolit, scilicet si postea ex fundo discesserit, sed amisisse possessionem dicitur, non ex eo die & tempore, quo ex fundo discesserit, sed ex eo temporis articulo, quo possidere noluerit: quoniam animus & affectio spectanda sit præcipuè. Atque ita mihi videtur.

CAPVT XXII.

De præscriptione seruitutum realium.



Vm de præscribendis seruitutibus agitur, in promptu est communis veterum Doctorũ distinctio. Aut seruitus habet causam perpetuam, vel quasi, quia scilicet ad eam non requiritur semper factum hominis continuum, veluti seruitus aquæductus, item seruitus altius tollendi, stillicidium, vel ductus aquæ ex cœlo cadentis, & præscribitur decem annis inter præsentes, & viginti inter absentes. Aut non habet causam perpetuam, vel quasi, quia scilicet requiritur semper factũ hominis continuũ & successiuum, veluti seruitus itineris, viæ, actus, & similes, & præscribitur per tempus, cuius initij memoria non extat. Veruntamen si quis longo tempore, scienteque & patiente aduersario, vsus fuerit seruitute, licet quæ causam habeat non continuam, præsumitur ex titu-

A lo qui allegatur seruitus rectè constituta. Vide Accurs. et alios in l. Seruitus 14. ff. de seruitutib. Franciscum Balbũ de præscript. 2. parte, 3. partis principalis, q. 1. Couuar. qui de seruitute iuris pascendi loquitur, lib. 1. variar. resol. c. 17. num. 11. 12 Mynsingerum cent. 4. obseru. 63. cæteros sciens prætereo.

Fundamentum huius distinctionis est, quia variè ab authoribus nostris hac de re respõsum est; nec videtur tam varia diuersaque responsa meliori facilioríque ratione conciliari posse, quàm si prædicta distinctio adhibeatur.

Imprimis Paulus in d. l. 14. ff. de seruit. ita respondit ad Sabinum: *Seruitutes prædiorum rusticorum, etsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, & idcirco vsu non capiuntur, vel ideo quia tales sunt seruitutes, vt non habeant certã, continuamq; possessionem. Nemo enim tam perpetuò, tamq; continenter ire potest, vt nullo momento possessio eius interpellari videatur.*

B Ex hoc colligunt seruitutem itineris, quia causam perpetuam non habet, vsucapi non posse longo tempore. Veruntamen tempore memoriam hominum excedente vsucapi poterit ex l. Hoc iure. §. Ductus aquæ. ff. de aqua quotid. & æstiua, ait enim Pomponius ibi: *Ductus aquæ, cuius origo memoriam excesserit, iure constituti loco habetur.* Sicut enim in aquæductu tantum tempus iure constituti loco habetur, ita etiam haberi oportet in alijs seruitutibus, licet perpetuam causam non habeant.

Deinde Vlpianus in l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arcenda, sic ait: *Sanè enim & in seruitutibus hoc idem sequimur, vt vbi seruitus non inuenitur imposita, qui diu vsus est seruitute, neque vi, neque clam, neque precariò habuisse longa consuetudine, velut iure impositam seruitutem videatur.*

Ex hoc responso colligunt id quod supra dixi. Si quis longo tempore vsus fuerit seruitute aduersario sciente et patiente, & dicat se ex titulo præcedente vsum fuisse, præsumi titulum allegatum. Addunt pro confirmatione
C l. Cùm de in rem verso. ff. de vsuris.

Tertiò, Vlpianus in l. 10. ff. si seruitus vendicetur, sic respondit: *Si quis diuturno vsu, & longa quasi possessionè ius aquæ ducendæ nactus sit: non ei necesse est, docere de iure, quo aqua constituta est, &c. sed vtilem habet actionem, vt ostendat per annos fortè tot vsum se non vi, non clam, non precariò possedisse.*

Ex hac lege sumunt argumentum, seruitutem aquæductus acquiri longo tempore, quia perpetuam causam habet, & idem probatur in l. 1. & 2. C. de serui. & aqua, & de stillicidio, in l. Foramen. ff. de serui. vrbano. prædio. maximeque illa verba perpendunt: *Neque enim perpetuã causam habet, quod manu fit, at quod ex cœlo cadit, etsi nõ assiduè fit, ex naturali tamen ex causa fit, & ideo perpetuò fieri existimatur. Omnes autem seruitutes prædiorum perpetuas causas habere debent,* &c. quasi hæc sit ratio, cur talis seruitus præscriptione temporis acquiri possit, quia scilicet perpetuam causam habet. Si igitur non habeat per-
D petuam causam, consequens est, ex eorum sententia præscriptionem cessare.

Ego veterum interpretum scripta ac sententias semper magnifeci, nec ab eis vnquam discedo, nisi veritas, cuius studium mihi est omnibus antiquius, aliò me impellat, vt in hac, de qua agitur, quæstione: tot enim errores, salua reuerentia, esse video antiquorum interpretũ, quot penè sunt responsa Iurisconsultorum, quibus in hac quæstione decidenda, suaque distinctione stabilienda, vtuntur.

Imprimis circa Pauli responsum, quod est in l. 14. ff. de seruit. peccari video, primum, quod generale cùm sit de omnibus seruitutibus responsum, nõ posse videlicet vsucapi, ipsi tamen restringunt ad seruitutes, quæ ab eis dicuntur non habere causam perpetuam.

Deinde, quoniã rationem adfert generalem, cur seruitutes vsucapi non possint, quia scilicet incorporales sunt, vel quia tales sunt seruitutes, vt non habeant certã

Vu conti-

continuamq; possessionem, & tamen ipsi aliquas constituunt seruitutes, quas dicunt habere cõtinuam, siue perpetuam causam: Etsi enim exemplum adferat ibi Paulus seruitutis itineris, non tamen erat inde colligendũ, seruitutes aliquas reperiri, quæ possessionem continuam habeant, & proinde seruitutem itineris separãdam ab alijs seruitutibus rusticorum prędiorum. Quid enim esset absurdius, quàm rationem adferre generalem, seruitutes ideo non vsucapi, quia non habeant perpetuam continuamq; possessionem, si excepta seruitute itineris, & viæ, aliæ ferè omnes haberent? imò, si vlla erat seruitus rusticorũ prædiorum, quæ perpetuam possessionem haberet, illa erat à generali regula & ratione eximenda.

Secundò adducunt l. Hoc iure. §. Ductus aquæ. ff. de aqua quotidiana & æstiua, quæ nec de præscriptione vllum verbum facit, & loquitur de aqua, quæ ex flumine publico ducitur. Ex flumine enim publico, vt liceat nobis aquam ducere, non possumus diuturno vsu obtinere, sicut cæteras seruitutes obtinemus, ideo requiritur tantùm tempus, vt memoriam hominum excedat. Causam diuersitatis eleganter adfert Conanus lib. 4. commentario. iuris, c. 12. nu. 17.

Tertiò, ex l. 1. § vlt. ff. de aqua plu. arcen. inferunt ex diuturno vsu seruitutis titulum allegatum præsumi, cùm textus dicat: *Qui diu vsus est seruitute, neq; vi, neq; clam, neq; precariò, habuisse longa consuetudine velut iure impositam seruitutem videatur*, quibus verbis hoc vult Iurisconsultus diuturnum seruitutis vsum, perinde valere, ac si legitimè imposita seruitus fuerit, vt crassius dicam, vim habere tituli legitimi, quo seruitutes constituuntur rectè & legitimè.

Quartò, l. Si quis diuturno ff. si serui. vind. afferunt ad probandum seruitutes, quæ habent causam continuam vsucapi posse longo tempore, veluti aquæductus & similes, quod repugnat prorsus l. 14. ff. de seruitu. Deinde cũ omnibus seruitutibus commune est; vt patet ex d. l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arcen. vbi dicit textus. *Et sanè in seruitutibus hos sequimur, vt vbi seruitus non inuenitur imposita, qui diu vsus est*, &c. ibi non loquitur de aquæductu tantùm, sed de omnibus seruitutibus, ac proinde non ad aquæductus tantùm seruitutem & cætera id genus pertinet, sed ad omnes.

Quintò, perperam intellexerunt l. Foramen. ff. de seruitutib. vrba. prædior. ex quo errore etiam existimo sumptam esse illam distinctionem inter seruitutes, quæ habent causam perpetuam, & quæ non habent. Verba legis hęc sunt: *Foramẽ in pariete conclauis, vel triclinij, quod esset proluendi pauimenti causa, id neq; flumen esse, neq; tempore adquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum, nihil ex cælo aquæ veniat, neq; enim perpetuam causam habet, quod manu fit. At quod ex cælo cadit, & si non assiduè fit, ex naturali tamen causa fit, & ideo perpetuò fieri existimatur. Omnes autem seruitutes prædiorum perpetuas causas habere debent. Et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquęductus potest. Stillicidij quoq; immittendi naturalis, & perpetua causa esse debet.*

Peccatũ est igitur primò, quia hæc sunt diuersa inter se, seruitutes habere causam perpetuam; Itẽ habere certã continuamq; possessionem. Nulla seruitus rusticorum prædiorũ habet perpetuam siue continuã possessionem, siue factũ hominis requiratur, siue nõ requiratur. Et hęc est sententia l. 14. ff. de seruitutib. Omnes seruitutes habẽt, siue habere debent causam perpetuã, & hæc est sententia d. l. Foramen. Declaro. Seruitutes prędiorũ hãc cõditionẽ ac naturã habere debẽt, vt possint esse perpetuę, hoc est, vt ei cui illæ debentur, perpetuò eis vti liceat. Et ideo neq; ex lacu, neq; ex stagno potest seruitus consistere: Similiter causam perpetuã non habet foramẽ proluendi pauimẽti gratia, si manu fiat, & nihil ex cęlo aquę veniat, ideo seruitus esse non potest. Quod si de cœlo aqua cadat, perpetuã causam habere videtur, quia naturalis est causa. Quod enim naturaliter fit, videtur etiã esse A perpetuum, tametsi assiduè non fiat, vt tradit Aristoteles lib. 1. Posterior. c. 7. quia naturæ causa certa & perpetua est, idcircò aqua pluuia perpetua causa est stillicidij, etiãsi non pluat assiduè, quia hoc ex natura pẽdet. Ea q̃ manu nostra fiunt, non videntur perpetuò fieri, quia eorũ lex, neq; certa est, neq; perpetua. Ideoque vt ex imo pariete conclauis mei mihi liceat proluuiẽ pauimenti, per foramen in ædes vicini immittere, licet hoc ius personę quidẽ concedi possit, prędio tamen hęc seruitus imponi vel acquiri nõ potest; quia eius causa cõstans & naturalis nõ est. Sic & aquæductus ex stagno cõstitui non potest, nec ex lacu, quod stagni aqua statiua & collectitia sit, nõ naturalis, mortua, non viua. Lacus, aqua viua non sit & perpetua: secus si lacus sit perpetuus. l. Via. ff. de ser. rust. pd.

Secundò, erratũ est in eo, quod existimatũ à veteribus est, si seruitutes perpetuam causam habeant, hoc est, non manu, opera, siue facto hominis indigeant, veluti iter, via, & similes, sed ex causa naturali prouenient, veluti a- B quæductus & similes eas vsucapi posse, secus si facto hominis indigeant. Et hoc existimarunt, quia textus ibi dicit, tempore non acquiri foramen, quod manu & opera hominis eget, secus autem si aqua de cœlo cadat, atque adeò perpetuam causam habeat. Peccatum, inquam, est, ideo, quia non dicit tex. vsucapi posse talem seruitutem, sed tempore acquiri, quæ longè differunt. Omnes enim seruitutes tempore acquiri possunt, vt postea patebit, licet vsucapi non possint. Ideo autem seruitus acquiri tempore potest, quando causam habet perpetuam & naturalẽ, quia ex ea seruitus rectè consistere potest. Omnes enim seruitutes, vt subdit textus, perpetuas causas habere debẽt. Si nõ habẽt causas perpetuas, nõ sunt seruitutes, consequenter non acquiruntur tempore, vt ex tẽpore seruitus acquiratur, præsupponendum est imponi & constitui eam posse, quia tempus hoc operatur, vt rectè imposita seruitus videatur. l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arcen. Si non possit imponi seruitus pactionibus, stipulationi- C bus, & alijs legitimis modis, quia scilicet res non est seruituti accommodata, quemadmodum foramen illud, & aquęductus ex lacu & stagno, nec tempore acquiri poterit: hæc est sententia d. l. Foramen.

Cùm igitur hæc ita sint, non rectè antiquiores docuerunt, valere iussa eorum distinctione, amplecti iuuat sententiam recentiorum Longouallij ad l. Imperium. ff. de iurisd. omn. iud. Cuiacij ad l. Sequitur. 4. §. Libertatem. ff. de Vsucapio. Corasij ad d. l. Seruitutes. 14. ff. de seruitut. Duareni ad l. Si quis diuturno. ff. si seruitus vendicetur. Conani lib. 4. commentar. iuris, cap. 12. nu. 14. cum sequentib. cuius sententiæ hæc est summa. Rusticorũ prędiorum seruitutes vsucapi non possunt, & idem in vrbanis seruari. l. 14. ff de seruitut. l. 4. §. Libertatem ibi: *Vsucapionem sustulit lex Scribonia, quæ seruitutem constituit.* l. Si aliena. §. Hoc iure. ff. de vsucap. quibus in locis disertè id expressum est. Vtilitatis tamen causa receptum est, vt diuturno vsu acquirãtur, si nec vi, nec clam, nec precariò D q̃s vsus fuerit seruitute. Huius rei hęc sunt testimonia. l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arcen. l. 5. §. vlt. ff de itinere actuq; priuato. l. Si quis diuturno. ff. si seruit. vend. l. 1 & 2. C. de seruit. & aqua. Nõ requirit sciẽtia aduersarij in legib. proximè citatis. Ideo autẽ Imperator in l 2. C. de seru. & aqua refert Martialem sciente domino aquam duxisse, vt intelligeremus clam ab eo minimè aquam deductã esse, vt in l. 5. §. Sed & seruitus. ff. quod vi aut clam, ibi. *Quanquam etiam illud sufficiat celandi animum non habere.* Itaq; sufficiet nõ habere animum celandi dñm, licet eo ignorante quis aquam duxerit, & seruitute vsus fuerit.

Non est hæc vsucapio siue p̃scriptio propriè, nec ex tẽpore acquisitio seruitutis, sed hoc operatur diuturni temporis vsus, vt rectè imposita seruitus videatur, vt credat vere seruitus fuisse cõstituta. Patientia enim domini certum præbet argumentum impositæ aliquãdo seruitutis. Itaque seruitus longo vsu cõpetit, non iure præscriptionis, sed tãquã cõstituta sit & imposita. Ideo Vlpianus in

d. l.

A d l. Si quis diuturno, ait ei qui longo tempore nactus sit ius aquę ducendæ, non esse necesse docere de iure quo constituta sit, & in l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arcen. tex. ait: *Habuisse longa consuetudine velut iure impositam seruitutem videatur.*

Malè Duarenus loco proximè citato, & lib. 1. anniuersar. disputat. cap. 34. titulum requirit, quia titulus requiritur in vsucapione: ista non est vsucapio, ideo sufficit vsus longi temporis, nulla fit mentio tituli in dictis legibus, imò vsus temporis longi vim habet tituli, vt ibi dicitur. Et rectè monet Conanus ad hoc propositum loco annotato, nu. 16.

Longissimo autem tempore 30. vel 40. annorum, & seruitutes præscribūtur. l. Sicut. l. Omnes. C. de Pręscrip. longiss. tempor. 30. vel 40 annor.

Vnus restat scrupulus ex l. vlt. C. de Præscript. longi tempor. Videtur enim intētari posse, seruitutes præscribi posse longo tempore, propter illa verba: *Eodem obseruando & si res non soli sint, sed incorporales, quæ in iure consistunt, velut vsusfructus, & cæteræ seruitutes.* B Sed nihil moueor, quia non id agit ibi Iustinianus, vt seruitutes præscribi posse decernat contra veterum Iurisconsultorum authoritatem, quorum responsa, non nisi seria præfatione corrigere solitus est, & magno cum apparatu. Sed hoc decernit quæ sit causa inter absentes, & inter præsentes. Et dum in fine dixit, *eodem obseruando, & si res non soli sint,* alludere voluit ad præscriptionem rerum incorporalium & seruitutum, quæ longo tempore amittuntur non vtendo, scilicet decem annis inter præsentes, & viginti inter absentes. l. Sicut. C. de seruitutibus. Quare & in illis locum habebit ea constitutio, quę declarat quando inter pręsentes, vel inter absentes causa agi videatur, sicut & Accursius rectè explicauit in d. l. vltima.

CAPVT XXIII.

De præscriptione meri & mixti Imperij.

INuestiganti mihi veterum sententias, circa pręscriptionem meri & mixti imperij, quinque pręcipuè videntur. Vna pręscribi non posse. Altera posse. Tertia posse quidem, sed tempore hominum memoriam excedente. Quarta, ordinario tempore 10. annorum inter pręsentes, & 20. inter absentes, cum aliqua tamen distinctione. Postrema, quadraginta annorum spatio præscribi posse, si possessor titulum habuerit, si verò non habuerit, tantum tempus requiri, quod memoriam hominum excedat. Vide Doctores, præsertim Iasonem ad l. Imperium nu. 20. ff. de iurisd. om. iud. Baldum de præscriptionib. 2. parte, 5. partis principalis, quęst. 3. Couarruu. ad c. Possessor malę fidei, de reg. iur. lib. 6. 2. parte, §. 3.

D Ipse opinor, consideratis iuribus, quibus nunc vtimur, pręscribi posse spatio quadraginta annorum cum bona fide. Moueor ex l. Omnes, C. de pręscriptionib. longiss. tempo. 30. vel 40. annor. vbi Imperator: *Nullum ius publicum, vel priuatum inquacunque causa, vel persona, quod quadraginta annorum extinctum est iugi silentio,* moueri prohibet. Publicę res vsucapionem non recipiunt longi temporis. l. Vsucapionem. 9. ff. de vsucap. Ergo nec iurisdictio merumq; ac mixtum imperium, quia publici & non priuati iuris sunt.

Dixi cum bona fide, quia alioqui præscriptioni derogatum est, & meritò, à Pontifice maximo in cap. vlt. de præscriptionib. & alibi.

Non de rebus feudalibus hic disputo, sed de mero & mixto imperio, per se consideratis, id est, separatis à feudo. Nō hoc volo, vt pscribi possint aduersus Imperatorē, ea quę ipse vetat disertè in l. Cōperit. C. de Præscript. longiss. tempo. Non hic etiam loquor de reseruatis Principi, puta iure vectigalium imponendorū, nec de his q pedagia, guidagia, salinaria summo Pōtifici dicuntur, & meritò prohibita esse dicit, *quæ non apparent Imperatoris, vel Regū, vel Lateranensis Concilij largitione cōcessa, vel ex antiqua cōsuetudine à tempore, cuius non extat memoria, introducta,* in c. Super quibusdā. §. Pręterea, de verb. sign. Non sunt hęc miscenda, confundendaq; cum mero & mixto imperio.

Ergo extricatus cùm sim ijs obiectionibus, cęteras sic diluo. Primum, hoc adfertur, priuatos homines, si pro potestate, vel magistratu se gesserint, lege Iulia Maiestatis teneri. l. 3. in fi. ff. ad legem Iul. Maiestatis.

Respondeo, me bonam fidem exigere in possessore, non prauam hominum priuatorum vsurpationem, ac imposturam, quę per legem Iuliam meritò coercetur.

Secundum argumentum. Merum imperium transferri in alium non potest. l. 1. ff. de off. eius cui mand. est iurisd. Ergo neque vsucapi. l. 2. C. de vsucap. pro empto.

Nihil moueor, quia merū imperium transferri potest à Principe, non ab eis quibus specialiter mandatum est, nec mādata iurisdictione transfertur. Nihil pterea ad rē facit l. 2. hoc. n. vult, quę testator seruari mandauit, vendi non posse, & si vendantur, nō vsucapi. Rectè, quia titulus iustus requiritur in lōgi temporis vsucapione. Nullus autem est titulus, quia testator seruari voluit non vendi.

Brocardicum denique est hoc, quę in alium transferri nequeunt, non possunt vsucapi. Cōtrarium alij multi docuerunt apud Gabrielium lib. 5. comm. concl. tit. Pręscr. concl. 13. Alij quos ibi refert pręscribi posse dixerunt 30. annis, non autem longo tempore 10. annorum.

Maius facessere videtur negotium, quod respondit S. Pontifex in c. 1. de Pręscript. lib. 6. vbi *possessori ius cōmune contrarium est, vel habetur præsumptio contra ipsum, bona fides non sufficit, sed est necessarius titulus, qui possessori causam tribuat præscribēdi: Nisi tanti temporis allegetur pręscriptio, cuius contrarij memoria non existat.*

C Sic in proposito videtur, nam ei qui merum & mixtū Imperium pręscribit, ius commune aduersatur, quo omnis potestas penes principem est. l. 1. ff. de constit. princ. Pręsumptio igitur pugnat contra eū, quasi videatur iniustè possidere, iuraq; Principis sibi vsurpare.

Respondeo, illud responsum Pontificis Maximi ad pscriptionem decimarum, & rerum Ecclesiasticarū pertinere, quod nemo negabit: quia de his loquitur, nō igitur ad alias res longè diuersas, ac profanas porrigendum est, contra expressam iuris ciuilis cōstitutionem, quę spatio quadraginta annorum omnem pręscriptionem, tam priuatarum, quàm publicarum rerum (inter quas rectè numerabis merū & mixtū imperiū) includit in d. l. Omnes. C. de Pręscript. 30. vel 40. annor. Turpè est, res Ecclesiasticas quem possidere sine titulo, cùm ius cōmune repugnat, eique aduersatur pręsumptio: puta cùm decimas exigit in diœcesi aliena, prębet scandalum, murmurationem generat, aut certè prauam quandam opinionem. At in rebus profanis si bona fides adsit (nam sine ea ruit omnis pręscriptio) cessant hęc incommoda, & publicè interest possessorem tanti temporis authoritate munitum, omni prorsus lite inquietationeq; liberari.

CAPVT XXIIII.

De iuris patronatus Ecclesiastici præscriptione, an laicis sit concessa.

EGregia disputatio est, de pręscriptione iuris patronatus Ecclesiastici, quę nec prętermittenda erat, & dignissima visa est, quę singulari studio ac diligentia inter alias proponeretur, tractareturque.

Existimo laicos pscriptione temporis acquirere non posse ius patronatus, nisi iustus adsit titulus, bona fides, & spatiū annorū quadraginta, vel tantum tempus quod memoriam hominum excedat, arg. c. 1. de Pręscrip. lib. 6.

Licet enim olim fuerit, & nunc etiam sit cótrouersia inter Doctores hac de re, & in eam distinctionem multi consenserint, vt si Ecclesia libera sit & non patronata, præscriptio locum non habeat, si verò patronata sit, locú habeat, vt diligenter explicat Couuarru. ad reg. Possessor malæ fidei, de regulis iuris, lib. 6. 2. parte Relectionis. §. 10. Magis tamen probo Archidiaconi sententiam in cap. Hortamur 71. distinct. simpliciter negantis, laicos præscriptione temporis ius patronatus acquirere posse. quam secutus est Abbas Panormit. in c. Querelam, de Elect. & in disputatione incipiente Augerius, & in consi. 106. li. 2. Felinus in c. Causam 7. nu. 7. de Præscript. Nisi præscriptio sit temporis hominum memoriam excedétis, vt dictum est, quia illa vim habet tituli, arg. d. c. 1. de Præscrip. lib. 6. c. Super quibusdam. §. Praterea, de verb. sign. l. Hoc iure. §. Ductus aquæ. ff. de aq. quot. & æstiua. vti docent Couuarru. loco annotato, nu. 2. vers. Posset tamen is. Rota Romana in nouissimis decisionib. par. 3. decis. 243. Mascardus de Probationib. vol. 2. concl. 958. nu 3. & Concilium Tridétinum sess. 25. de Reformatione cap. 9.

Non ignoro plurimos ex recentioribus, nónullos etiá ex veteribus contrarium respondisse, nimirum ordinaria temporis 40. annorum præscriptione, vt cętera iura Ecclesiastica acquiruntur, ita acquiri etiam ius patronatus Ecclesiasticum, vt videre licet ex Federico Senensi, cósi. 234. ex Couuarru. loco annotato. Rolando à Valle consi. 47. nu. 41. lib. 1. Menoch. consi. 241. nu. 6. lib. 3. Sed hoc ipse vrgeo, hoc contendo, superiorem sententiam, quam probaui probabiliorem esse, & iuri canonico magis consentaneam, quod non difficulter me persuadere posse confido, si confirmata hac sententia, quæ negat pręscriptionem ordinariam locum habere, argumenta contrariæ sententiæ confutauero.

Laicus iura spiritualia possidere non potest, nisi quatenus iustas ob causas eidem specialiter iure canonico permissum est, c. Sacrosancta, c. Messana, de elect. c. 1. c. Laicis, c. Per laicos. 16. q. 7. & ferè per totam.

Sed ius patronatus, quo de agitur, spirituale est, vel iuri spirituali annexum c. 3. de iud. c. De iure verò, de iure patronatus.

Ergo laicus illud extra casus iure permissos possidere non potest. Igitur nec præscriptione téporis acquirere, c. Causam, de præscript. c. Sine possessione, de reg. iur. lib. 6.

Cùm itaque duas ob causas laicis concessum sit ius patronatus habere, nimirum fundationis Ecclesiæ, vel dotationis, vt ad hęc pia opera exercenda facilius inducantur, c. 3. c. Consultationis, de iure patronatus, c. Piæ mentis. 16. q. 7. consequens est, cessantibus istis, laicis interdici eiusmodi iuris Ecclesiastici possessionem.

Respondent aliqui, hoc argumentú non obstare, quoniam ex hoc apparet, laicos absolutè incapaces non esse iuris patronatus, quod ad præscribendi potestatem sufficere videtur.

Nego consequentiam, sufficit enim vt pręscribere nó possint, eos non esse capaces iuris patronatus, nisi ob certas causas, ob quas dispensatum cum illis est. Nam sic dicimus, laicos incapaces esse decimarum, & ideo eas pręscriptione temporis acquirere non posse, c. Causam quæ de præscript. licet ante Concilium Lateranense, ex quadam dispensatione, certas ob causas eas possiderent, c. 2. §. Sanè, de decimis, lib. 6.

Alij sic respondent, licet habita ratione antiquorú canonum fundatori Ecclesiæ ius patronatus non acquireretur, c. Decretum. c. Nouerint. 10. quæst. 1. & idcircò ex gratia concessum postea videatur, tamen habita ratione nouissimi iuris, quo laicis fundatoribus ius patronatus acquiritur, non videri ex gratia, sed iure communi concessum, c. 3. de iure patrona.

Hęc omnia vera esse concedo, sed non inde efficitur, laicos obtinere ius patronatus posse, extra causas illas, fundationis & donationis.

Tertio loco respondet Decius in consi. 134. num. 4. Ius A patronatus etiam ad hæredes transferri, c. 1. de iure patronat. Item cum vniuersitate transire, cap. Ex literis, eo. tit. Et existenti in possessione ius pręsentandi competere, c. Consultationibus, eod. tit. Et consequenter à laicis obtineri, ac possideri posse, etiam extra dictas causas fundationis ac dotationis.

Replicant, hęc omnia venire in consequentiam eius, quod laicis concessum est. Nam cùm laicis concessum sit ius patronatus, ex dictis causis, fundationis, & dotationis Ecclesiæ, consequens est vt illud ius ad suos transmittat hæredes, & vt cum vniuersitate bonorum transmittant in emptorem. Nostra autem disputatio non in ijs terminis accipienda est, sed an quis per se absque iusto titulo possidere possit, & longissimo 40. annorum spatio illud acquirere.

Fateor ius præsentandi competere existenti in possessione iuris patronatus, sed nego, quépiam possidere posse ius patronatus, nisi Ecclesię fundatione, vel dotatione B illud acquisierit, vel fundatoribus aut dotantibus hæres extiterit, vel iusto titulo illud acquisierit, puta si ius patronatus cum vniuersitate bonorum fuerit alienatum.

Sed iam contrariæ sententiæ argumenta dissoluenda sunt. Primum est ex c. Quærelam, de Election. qué textú omnes vrgent, illis verbis: *Cùm nobis constiterit quod populus in quasi possessione præsentandi clericum existebat, quando ipsum presbyterum ad illam elegit, &c.*

Respondeo, S. Pontificem eo in casu loqui, quo ex cósuetudine loci clerici præsentatio ad populum spectabat. Id patet ex verbis præcedentibus, ibi. *Sed ipse per electionem populi, ad quem de antiqua consuetudine pertinet electio, &c.* Aliud autem est consuetudo, aliud præscriptio, illa vim habet legis, c. Consuetudo. 1. dist. l. De quib. ff. de legib. Potuit autem sic accidere, vt populus construxisset in eo loco Ecclesiam, vel dotasset, aut aliam iustam ob causam ius pręsentandi obtinuisset.

Secundum argumentum est ex c. Generali, de Elect. C lib 6. ibi. *Qui autem ab ipsarum Ecclesiarum cæterorumq́, locorum fundatione, vel ex antiqua consuetudine iura sibi vendicant, &c.*

Respondeo eodem modo quo ad primum argumentum. Neque enim text dicit, laicos possidere posse iura Ecclesiastica, sed de illis laicis loquitur, quibus vel ex antiqua consuetudine, vel ab ipsa Ecclesiarum fundatione tale ius competit, quæ ideo non obstant, quia antiqua consuetudo vim legis habet vt dixi, & qui statim post Ecclesiæ fundationem regalia, titulumq́ue aduocationis & defensionis in monasterijs habuerunt, iustas ob causas habuisse iudicandi sunt, ideo monentur ibi à S. Pontifice, ne illis iuribus abutantur.

Tertium argumentum est ex cap. Cura. de iure patronatus, ibi. *Nisi legitima fuerit præscriptione munitus, &c.* Respondeo, non inde colligi, laicum præscribere Ecclesiam posse, vel ius patronatus, sed clericos ex laicorum donatione Ecclesias vendicare non posse, nisi legitima D fuerint præscriptione muniti. Verba textus hæc sunt. *Mandamus quatenus ex donatione laicorum, nisi authoritate diœcesani Episcopi & consensus adsit, nullus vestrum aliquas sibi Ecclesias vendicare præsumat, vel retinere taliter acquisitas, nisi legitima fuerit præscriptione munitus.*

Dices, si laicus præscribere non potest Ecclesiam, ergo neque clericus, qui ab eo causam habet, præscribere poterit. Respondeo, ideo clericum præscribere posse, quia possidere potest, & bonam fidem habere potest, credendo laicum ex aliqua iusta causa donare potuisse, laicus verò extra dictas iustas causas, quib. Ecclesiasticæ iura obtinere permittitur, nec possidere, nec pręscribere potest.

Quartum argumentú est Federici Senensis, in d. cósi. 234. *Ius eligendi quoad clericos in Ecclesia collegiata* (sunt verba ipsius) *& ius præsentandi, quoad patronum sunt paria, vt sicut vnus habet eligere, ita alter præsentare, cap. 1. de Elect. 16. q. vlt. c. Congregatio, & c. Nobis, de iure patronatus.*

natus. Sed ius eligendi poteſt pręſcribi per clericum, qui non eſt de collegio illius Eccleſię, de cuius electione agitur etiam ſine titulo, c. Cum Eccleſia, de cauſa poſſeſ. & propriet. Ergo eodem modo ius pręſentandi poterit pręſcribi per laicum, etiam ſine titulo, dummodo adſit bona fides.

Reſpondeo, maiorem propoſitionem, quæ in argumẽto adfertur, nec probari ijs quæ adſeruntur teſtimonijs, nec iuri conſonam videri. Certè in c. 1. de elect. in d. cap. Congregatio. in d. c. Nobis. nulla fit mentio comparationis illius clerici & laici, de qua in argumento.

Non videtur autem iuri conſona illa comparatio, quia clericus capax eſt iurium Eccleſiaſticorum et ſpiritualiũ, laicus verò nequaquam abſolutè capax eſt, ſed in certis quibuſdam caſibus duntaxat ex gratia ac d.ſpenſatione Eccleſiæ, quæ id ſuſtinet iuſtas ob cauſas. Et ideo non ſi clericus ius eligẽdi in aliena Eccleſia pręſcribere poteſt, idcirco laicus ius præſentandi præſcribere poterit.

Quintum argumentum eiuſdem Federici Senenſis eſt loco annotato. Ius conſerendi Eccleſias vel præbendas præſcribere quis poteſt, vt notatur in c. Cùm Eccleſia Volaterana. de Elect. & in c. vlt. de ſupplen. negl prælator. Ergo & ius præſentandi. Nam plus eſt conſerre, quàm præſentare, vel eligere.

Reſpondeo, præſcribi hęc quidem poſſe, ſed non à laicis. Nec contrarium probant teſtimonia in argumento allata, quia nullum hac de re verbum continent.

Poſtremum argumentum eſt, qoia 40. annorum præſcriptio regulariter ſufficit, exceptis ijs, quæ Gloſſ commemorat in c. Cùm non liceat. de Præſcript. Sed ius patronatus exceptum non reperitur. Ergo præſcribi poteſt.

Reſpondeo, ſatis exceptum videri ius patronatus in quęſtione noſtra, cùm ſit ſpitituale ius, ſiue annexum iuri ſpirituali, ac proinde à Laicis poſſideri non poſſit, niſi ex cauſis iam dictis. Si enim poſſideri non poteſt, ergo nec præſcribi, vt alibi S. Pontifex argumentatur in cap. Cauſam, quæſt. 7. de præſcript.

CAPVT XXV.

De præſcriptione Ciuitatis, hoc eſt, an Ciuitas præſcribere poſſit rem alienam, quando Ciues ab initio ſunt in mala fide, ſi illis mortuis alij Ciues bonam fidem habeant?

DOnec viuunt Ciues, qui malam fidem habẽt, Cioitas vſucapere nõ poteſt, cæterùm eis defunctis, ſi alij ſucceſſores ſint in bona fide, vſucapere poteſt, ita docet Bald. de pręſcriptionibus in 2. par. 3. partis principalis, quæſt. 17. ex notatis per Innocentium in c. Cura. de iure patronat. per Bart. in l. Poteſt. in fine. ff. de vſucapio. per Socinum ſeniorem in conſ. 187. col. vlt. verſ. Præterea, lib. 2. Alios citat Gabrielius lib. 6. comm. concluſ. tit. Quod cuiuſque vniuerſitatis nomine, concl. 1. num. 14.

Sed iſtis ego non aſſentior, quia licet mortui ſint priores illi Ciues, qui malam fidem habuerunt, & alij in locum eorum ſucceſſerint bonæ fidei poſſeſſores, eadem tamẽ Ciuitas eſſe dicitur. l. Proponebatur. ff. de iudicijs, & conſequenter dicitur, ſemper eſſe in mala fide, ita rectè reſponderunt Corneus in conſ. 22. nu. 12. lib. 1. Hippolytus Riminaldus in conſ. 6. nu. 102. lib. 1. Citaturque ab omnibus eiuſdem ſententiæ Bald. ad l. Imperium. ff. de iuriſd. om. iud. ſed fortaſſe hoc dixit, in antiqua Lectura, ſicut eum citauit Socinus ſenior, quæ non habetur, nã in exemplaribus, quæ extant, non inueni.

Non obſtat Bart. authoritas, quæ in contrarium adfertur in d. l. Poteſt. Nam Bart. nititur authoritate Innocentij in d. c. Cura. de iure patronat. vbi Innocentius id non affirmat, imò diſputando in contrariam potiùs ſententiam inclinat, quod & Corneus animaduertit loco proximè citato.

Hęc admonenda putaui, ne quis re non diligenter cõſiderata, Baldi authoritate deciperetur.

A

CAPVT XXVI.

An bona fides in præſcriptione immemoriali neceſſaria ſit?

NOn eſſe neceſſariam bonam fidem in præſcriptione temporis immemorialis, quia vim habet tituli, priuilegij iuris conſtituti, legis, veritatis, exiſtimarunt Salic. ad l. 2. C. de ſeruit. & aqua. Bald. conſ. 352. nu. 3. lib. 1. Decius ad l. Traditionib. nu. 12. C. de pactis, & in conſ. 496. nu. 5. conſ. 638. nu. 4. Boerius deciſ. 39. nu. 7. Iaſ. conſ. 209. lib. 2. alios citat Gabrielius tit. de Præſumptionibus, concl. 1. num. 57.

Sed horum ſententia explodenda eſt, ſiue ratione, ſiue iure, ſiue authoritate certandum ſit. Nam ratio eſt in promptu. Omne quod non eſt ex fide, peccatum eſt, vt ait Apoſtolus: Tantoque ſunt grauiora peccata, quantò diutius infelicem animam detinent alligatam, vt dicebat Gregorius Pontifex in c. vlt. de conſuetud. Ergo qni B eſt in mala fide, rem alienam detinens, peccat, nec poterat abſq; peccato legis beneficium obtinere, præſcriptionem inducentis. Omni enim cõſtitutioni derogandum eſt, quæ abſque peccato ſeruari non poteſt, vt inquit S. Pontifex in c. vlt. de Pręſcript.

Ius eſt etiam perſpicuum hac in re. Nam nullam præſcriptionem abſque bona fide valere declarat S. Pontifex in c. Vigilanti. & in cap. vlt. de pręſcript. ſi nulla præſcriptio valet. Igitur nec immemorialis.

Nec deſunt authoritates Doctorum, quæ contrarijs opponantur authoritatibus. Nam ſententiam hanc, qua dicimus, non valere præſcriptionem etiam immemorialem abſque bona fide, amplectuntur Gloſ. in c. 1. in verſ. Niſi. de pręſcript. lib. 6. & ibid. Philippus Francus, Angelus Aretinus in §. Furtinæ, inſt. de vſucap. Crauetta in cõſil. 146. Baldus de Præſcript. 2. par. 3. partis princip. q. 6. Afflictus deciſ. 368. nu. 10. Abbas Panormitanus in d. c. vlt. de pręſcript. Couuar. alios citans ad reg. Poſſeſſor ma C lę fidei. de reg. iur. lib. 6. 2. parte. §. 8. num. 4. Guido Papę conſ. 91. num. 5. Zaſius conſ. 16. num. 51. lib. 2. alios citat Antonius Gabrielius d. conſ. 1. de Pręſcriptionibus, nu. 57. verſ. Contrarium. & num. 59.

CAPVT XXVII.

An mala fides defuncti noceat hæredi, quò minus, licet in bona fide ſit, præſcribat? & quid ſi hæres inuentarium confecerit?

VItia poſſeſſionum à maioribus contracta perdurãt, & ſucceſſorem authoris ſui culpa comitatur, inquit textus in l. Vitia. C. de acquir. poſſeſſ. Hæres perſonam defuncti refert omnibus in rebus, adeò vt quam fidem defunctus habuit, eandem hæres habere videatur. Nec mirum, cùm vna & eadẽ perſona videant hæres & defunctus, vt dicit Imperator in No D uella. de iureiurando, à moriente præſtito. Quare nõ diſcedo ab ea ſnĩa, quam amplexus ſum in prima parte cõtrouerſiarũ, lib. 1. c. 66. Hæredi in bona fide exiſtenti nocere malam fidem defuncti, atque impedimento eſſe, ne præſcribere poſſit, licet non velit acceſſione tpis vti ex defuncti perſona, ſed à ſe ipſo præſcriptionem inchoare, mala fides. n. defuncti tranſit in ipſum. Nulla aũt pręſcriptio valet ſine bona fide. c. vlt. c. Vigilanti. de Pręſcript. Ergo hæres pręſcribere non poteſt, quod defunctus non potuit. l. Cùm hæres. ff. de diuerſ. & temp. præſcript.

Nec me diuellũt ab hac ſnĩa, quæ adfert Vaſquius lib. 2. controuerſiarum Illuſtrium, c. 73. Summa. n. eorũ quæ ipſe adfert, ad tria capita reuocari poteſt. Primum eſt, qđ leges dicunt, vitia poſſeſſorum tranſire in ſucceſſores & hæredes, accipiendum eſſe, quando ſucceſſores hæredes vti volunt acceſſione temporis ex perſona defuncti. Secundum, id valere ad impediendam longi temporis præſcriptionem, nõ autem longiſſimi temporis 30.

vel 40. annorum, quæ tunc non erat introducta nec cognita Tertium, hanc esse malam fidem, non veram, sed fictam, quæ à defuncto transit in hæredem. Prouenit enim ex eo, quod hæres videtur eadem persona cum defuncto, & ipsum referre. Ius Canonicũ autem toties impedimento præscriptioni 30. annorum esse, ob malam fidem, quoties mala fides vera est, certa, indubitata, non etiam cùm ficta est.

Respondeo ad primum, ei qui dicit, probationem incumbere. Probationem peto istius expositionis, vel ex lege, vel ex ratione aliqua. Nullam profert legem. Rationē profert admodum infirmam: *Verùm cum hæres*, inquit, *vult à se inchoare præscriptionem, non sibi impedimento est. Nam inutilis possessio defuncti, non potest hæredi magis nocere, quam si nulla omnino foret, arg. l. Vnica in princ. C. de rei vxor. act.* Ratio hæc infirma est, & nullius planè momenti. Nam cui dubium, quin hæres præscribere posset, ex se bonam fidem habens, si non obstaret ei mala fides defuncti? Nego igitur consequentiam illam. Si nulla esset defuncti possessio, non id hæredi obstaret, quò minus præscriberet. Ergo neque obstare potest vitiosa defuncti possessio. Vbi enim nulla est possessio defuncti, non potest in hæredem vlla culpa vitiumue vllum possessionis transire, quia non entis nullæ sunt qualitates: sed vbi aliqua est possessio defuncti, eaque vitiosa, trāsire potest in hæredem vitium eius. Hæc ratio non est in specie. l. Vnica. C de rei vxo. act. ideo inutilis stipulatio interposita non nocet vxori, nec impedit tacitam à lege inductā stipulationem. Nullum vitium ex inutili stipulatione expressa transfundi potest in tacitam illam, ideo nō est impedimento tacitæ stipulationi.

Ad secundum respondeo, si ius ciuile dumtaxat spectemus, quo præscriptio 30 annorum valet, etiam cum mala fide argumētum militare: nam etsi vitia defuncti in hæredem transeant, nihil tamen ea res obstare potest longissimi temporis præscriptioni, cùm & hæres ipse præscribere possit, etiam cum mala fide, quā ex persona propria contraxerit, multò magis ergo si ex persona defuncti sit in mala fide. Verùm si ius Canonicum spectemus, quod spectandum esse in hac materia peccati, etiam in foro Cæsaris inter omnes conuenit, quamuis de præscriptione longissimi temporis agatur ex c. vlt. de præscrip. alia ratio ineunda erit. Nam cùm bona fides necessaria sit, & nulla procedere possit absq; bona fide præscriptio, vt in d. c. vlt. Hæres autem fit in mala fide propter defuncti vitium, quod transit in ipsum, non intelligo, quomodo præscribere possit. Res enim redit ad antiquum statum, scilicet longi temporis præscriptionis, quæ bonam fidem requirebat, siquidem iam illa requiritur in omni præscriptione longissimi temporis. Ergo sicut olim defuncti culpa vitium, præscriptioni hæredis impedimento fuerat in lōgi temporis præscriptione, ita nunc impedimento esse oportet in longissimi temporis præscriptione.

Ad tertium argumentum respondeo, negando præscriptionem valere cum mala fide ficta secundùm ius Canonicum. Nam ius Canonicum disertè requirit bonam fidem: Synodali iudicio definimus vt nulla valeat absq; bona fide præscriptio, inquit Innocentius in d. c. vlt. de præscript. Nemo autem dixerit malam hanc fidem fictam, bonam fidem esse, nō magis quàm bonum esse id, quod malum est.

Nec obstant Doctores allegati à Vasquio ad hoc probandum, nimirum ex iure Canonico fictam malam fidē, non nocere præscriptioni, sed veram tantùm. Nam Doctores non ita loquuntur, sed hoc dicunt, si defunctus fuerit in mala fide ficta, seu præsumpta, non autem vera, id hæredi nō nocere, quia cum ex fictione legis hoc inductum sit, vt mala fides defuncti noceat hæredi, quia videtur esse eadem persona cum defuncto, id accipiendum est de vera mala fide defuncti, nō de ficta & præsumpta, ne duę fictiones in præiudicium hæredis, quoad vnam & eandem rem contra æquitatem concurrant. Non mihi credatur, sed ijs Doctoribus, quos ipse citat, inter quos Couuar. est loco omnium in c. Possessor malæ fidei, in 2. parte, §. 9. nu. 6. de reg. iur. lib. 6.

CAPVT XXVIII.

Error iuris an prosit ad præscriptionem longissimi temporis.



Ertum est, errorē iuris non prodesse ad vsucapionem & præscriptionem longi temporis ex l. 4. ff. de iuris & facti igno. ex l. Nunquam. 31. ff. de vsucap. ex l. 1. §. Si à pupillo. ff. pro emptore. Cęterùm, an saltem prosiciat ad longissimi temporis præscriptionem, controuersia est. Nam tres sunt Doctorum sententiæ. Vna, prodesse, ita docet Paulus Castrensis in l. Celsus, non procul ab initio. ff. de vsucap. & alij multi à Couuaruuia citati in reg. Possessor malæ fidei, par. 2. § 7. num. 5. vers. Secunda conclusio, de reg. iur. lib. 6.

Fundamentum est primò in cap. Peruenit, de empt. & vend. vbi nihil de errore iuris dicitur. Secundò, quia in præscriptione longissimi temporis titulus non requiritur, sed bona fides sufficit ex iure Canonico necessaria. Error autem iuris bonam fidem non impedit l. Sed & si lege. §. Scite. ff. de petit. hæred. quem textum ideo non rectè allatum existimo, quia non dicit errantem in iure bonam fidem habere, sed prędonem non esse. Ius autem Canonicum requirit bonam fidem positiuè, vt loquuntur nostri. c. Si diligenti. c. vlt. de præscriptio. Ergo nō sufficit malam fidem abesse.

Secunda est sententia, distinguendum esse inter errorem iuris resistentis, & errorem iuris non assistentis, neque resistentis. Priore casu præscriptioni longissimi temporis non prodesse, posteriori autē prodesse, ita Couuar. qui alios citat loco proximè citato, nu. 5. vers. Hæc autē secunda conclusio. Ratio est, nam si ius resistat possessori, dicitur esse in mala fide, quia contra iura mercatur. l. Quemadmodū. C. de agricolis & censitis. Mala fides verò præscriptioni est impedimento, quia de agitur ex iure Canonico, vt dictum est. Si verò non resistat, nīc possessor non est in mala fide, consequēter præscribere potest.

Sed negari potest consequentia ista, Licet enim possessor non sit in mala fide, non tamen dicitur esse in bona fide. Ius autem Canonicum, vt dixi, requirit bonam fidem, ideo non sufficit malam fidem non esse.

Tertia est sententia, non prodesse simpliciter errorem iuris ad huiusmodi præscriptionem, ita multi docuerūt, quos refert & sequitur Felinus in c. De quarta, nu. 34. & seq. de præscript.

Fundamentum est primò in l. 7. ff. de iuris & fact. ign. vbi Papinianus respondit: Iuris ignorantiam non prodesse acquirere volentibus. Et rursus in l. 8. Errorem iuris in compendijs non prodesse.

Secundò, quia iuris error non prodest in vsucapionibus. l. 4 ff. eod. tit. cum alijs initio huius capitis adductis. Et licet de longi temporis pręscriptione dictæ leges loquantur, tamen eadem ratio est in præscriptione longissimi temporis, ne iuris error prosit ad acquirendum, contra iuris regulas, & quia bonam fidem non inducit, licet interdum a mala fide excuset.

Huic sententiæ magis est vt acquiescā, Licet n. maior sit numerus eorum, qui faueant sniæ secundo loco suprà relatæ: Rationibus tamen certandum est, nō fautoribus.

CAPVT XXIX.

Error iuris, an prosit ad fructuum acquisitionem?



Nferam hoc loco aliam controuersiam de errore iuris, an videlicet prosit ad acquisitionem fructuum, deinde ad præscriptionem reuertar: Tres sunt Doctorum sententiæ. Prima errorem hūc prodesse ad acquisitionem fructuū, ita

ita docent Ancaranus, Cardinalis & Imolensis in c. Ad A nostram. de reb. Eccl. non alienan. Couuar. lib. 1. variar. resol. c. 3. nu. 8.

Fundamentum est in l. Sed & si lege. §. Scire. ff. de petitione hæreditatis, vbi Vlpianus: *Et non puto, inquit, hunc esse prædonem, qui dolo caret, quamuis in iure erranit.*

Altera est sententia, distinguendum esse inter errorem iuris, neque resistentis, neque assistentis, & errorem iuris resistentis. Priore casu locus est acquisitioni fructuũ, posteriori nequaquam. Ita Bart. in d. l. Sed etsi leg. §. Scire. Felinus in c. De quarta. nu. 3. de præscript. Abbas Panormi. & Iason. Butrius in c. ad nostram. de reb. Eccles. non alienan. Baldus ad l. Celsus. ff. de vsucap. 4. not.

Fundamentum est, quod ad primũ distinctionis membrum attinet in d. §. Scire. quod autem ad posterius attinet, in l. Quemadmodum. C. de agrico. & censi. in l. 1. C. de fide instrum. & iure hastæ fiscalis, libro 10 in c. Si quis presbyteror. de reb. Eccl. nõ alien. quibus probatur, eum qui contra iura mereatur, esse in mala fide, ac proinde cõ B demnandum ad restituẽdos fructus; nec distinguitur, an iuris error interuenerit, necne.

Tertia est sententia Pinelli ad l. 2. C. de rescind. vend. part. 2. c. 4. num. 34. 35 36. errorem iuris indistinctè non prodesse ad acquisitionem fructuum.

Fundamentum est in l. 7. ff. de iuris & facti ign. vbi Papinianus respondit: *Iuris ignorantiam non prodesse acquirere volentibus*, & idem Papinianus in l. 8. eod. tit. ait: *Error iuris, nec fœminis in compendijs prodest.*

Hæc sententia mihi verissima videtur: nec dubito quin contrariæ sententiæ causam præbuerit praua interpretatio tex. in d. §. Scire. Nam non dicit ibi textus, errorem iuris prodesse ad acquisitionem fructuum sed à mala fide excusare possessorem, propter quam malam fidem, non sicut prædo tenetur eo iudicio petitionis hæreditatis ad fructus, qui percipi potuerunt. Tenetur tamen ad restituendos fructus perceptos, in quantum factus est locupletior, sicut cæteri bonæ fidei possessores. Singula sic vera C esse demonstro. In l. Et non tantum. 21. §. Præter hæc ff. eodem titu. verba Senatusconsulti referuntur, quod ad rem nostram attinet huiusmodi: *Item eos qui bona inuasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent. Eos autem qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, vsque eò duntaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent.*

Vlpianus ergo in l. Sed & si lege, quæ est 28. verba Senatusconsulti interpretatur, & in §. Quòd autem. sic ait: *Quod autem ait Senatus eos, qui bona inuasissent, loquitur de prædonibus, id est, de ijs, qui cum scirent ad se non pertinere hæreditatem, inuaserunt bona, scilicet cum nullam haberent causam possidendi, sed & fructus non quos perceperunt, inquit, sed quos percipere debuerunt, eos præstaturos.*

Postea pergit Vlpianus in d. §. Scire. declarans quis dicatur possessor scire, bona ad se non pertinere; ad hunc D effectum, scilicet, vt tanquam prædo condemnetur secundùm formam Senatusconsulti, & ita dicit: *Scire ad se non pertinere, vtrum is tantummodo videtur qui factum scit, an & is qui in iure errauit. Putauit enim rectè factum testamentum, cum inutile erat, vel cum eum alius præcederet agnatus sibi potius deferri. Et non puto hunc esse prædonem qui dolo caret, quamuis in iure erranit.* Hactenus Vlpianus.

Porrò talem in iure errãtem possessorem fructus præstaturum, in quantum factus est locupletior, dubitari nõ potest. Nam & ipsi bonæ fidei possessores hoc iudicio petitionis hæreditatis fructus reddere cogendi sunt, si facti sint locupletiores. l. 1. C. de petitione hæred. conuenienter Senatusconsulto, de quo in d. l. Et non tantum. §. Eos autem. ff. eod. tit.

CAPVT XXX.

An titulus ad præscriptionem necessarius, ex longi temporis possessione sit præsumendus.

REdeo ad præscriptionem. Longi tẽpis præscriptio requirit bonam fidem, iustũ titulum, & continuatam possessionẽ, vt habemus ex ipsis iuris elementis Iustiniani in Instit. de vsucap. Titulus non præsumitur, imò probandus est. l. Nullo. C. de rei vend. l. Diutina. C. de longi tẽp. præscript. Sed quõniam proponit Vasquius controuersiarum illustrium, lib. 2. c. 61. cum aliquot sequentibus, an ex diutina possessione titulus ad præscriptionẽ idoneus præsumendus sit, si allegetur: & vltra quinquaginta argumenta adfert ad probandum eiusmodi titulum præsumendum esse. Eiusdem sniæ authores complures laudat, & contrariæ quoque sniæ commemorat authores, oia fideliter mutuatus ex Tiraq. de præscript. §. 1. Glos. 4. quod falsum non accuso. Illud improbo, quòd viri doctissimi non sat iuri consona sententia est; nec argumentis nititur satis ad rem hãc idoneis, & Doctorum testimonijs multis abutitur. Singula ordine demonstrabo.

Non est iuri consentanea doctrina, quia si ex diutina possessione titulus præsumeretur, frustrà Diocletianus diceret: *Nullo iusto titulo præcedente possidentes, iuris ratio quærere dominium prohibet, idcirco cum etiam vsucapio cesset, intentio dominij nunquam absumitur.* l. Nullo. C. de rei vend. Nam possessor diceret se titulum iustum probare ex eo, quod possedit longo tpe, quia ex longa tẽporis possessione præsumitur titulus, quod est absurdum, et contra legem eiusdem Diocletiani: *Diutina possessio tantum iure successionis sine iusto titulo obtenta, prodesse ad præscriptionem, hac sola ratione non potest.* l. Diutina. C. de præscript. longi temp. Deberet igitur actor opposita ei longi temporis præscriptione, probare possessorem iustum titulum non habuisse, quo nihil est absurdius. Nam negantis, per rerum naturam nulla est probatio l. Adsceratio. C. de non num. pecunia. Nec ei qui negat incumbit probatio, sed qui dicit l. 2 ff. de probation.

Præclarè Celsus ad Sabinũ: *Errare eos, ait, qui existimarẽt, cuius rei quisque bona fide possessionem adeptus sit, pro sua vsucapere eum posse, & nihil referre emerit necne, donatum sit necne, si modo emptum, vel donatum sibi existimauerit, quia neque pro legato, neque pro donato, neq; pro dote vsucapio valet, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit.* l. Celsus. ff. de vsucap. Ab hoc nõ procul distare is vr, qui afferit se iusto titulo possedisse ac possidere, si nullum ostendat titulũ. Probandus ergo titulus iustus est, non allegandus solùm. Malè itaque Vasquius, eruditissimus licet Iurisconsultus.

Dixi secundò, Vasquij argumenta nõ pertinere ad hãc quæstionem, & probo. Nam huc ferè oia tendunt, titulũ præsumi ex diutina vsitatarum præstatione. l. Cùm de in rem verso. ff. de Vsuris. ex diuturno vsu seruitutis. l. Hoc iure. §. Ductus aquæ. ff. de aqua quotid & æstiua. l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arcen. Item titulum beneficij Ecclesiastici ex possessione diuturna præsumi, emãcipationemq; filij si diu se pro emancipato gessit. l. 1. C. de patria potest. Itẽ in aditione hæreditatis. l. Si filius. C. de pet. hæred. l. Qui aliena. ff. de acq. hæred. Item legitimum matrimonium, c. Illud. de præsumpt. Titulum quoq, libertinitatis. l. Circa. ff. de probation. Item consensum in alienatione requisitum à lege vel statuto. Ratificationem quoque necessariam. Donationem quoque ex l. Procula. ff. de probation. Temporisq; diuturnitatem aliàs multum operari. l. Qui in prouinciali. §. 1 1. ff. de ritu nupt. c. Licet. de coniugio seruor. Domicilij constitutionem præsumi ex longa habitatione. Transactionem quoque sustineri, cap. Contingit. de Transact. Votum continentiæ præsumi, c. Neque viduas. 27. quæst. 1. Initiatum quem sacris esse, vnionem

vnionem etiam præſumi. Conſenſumque Epiſcopi in tali vnione. Conſenſum, vt alter ex coniugib. ingrediatur monaſterium ac religionem. Diuiſionem quoque præſumi. Emphyteuſim ac feudum. Mutationem voluntatis. Conſecrationem Eccleſiæ. Iuramentum. Tabellionatũ. Priuilegium. Mandatum. Acta iudicialia. Executionem ſententiæ ritè factam. Solennia alienationis rerum Eccleſiaſticarum. Citationem pactis in inſtrumenti exemplo ſumpto ſolennitatem. Præterea tempus eſſe veritatis patrem, & magnam vim habere. Scientiamq; & patientiam, vim habere cõſenſus. l. Si ego. §. 1. ff. de publiciana. l. Alienationis verbum. ff. de verb. ſig. l. Si quis diuturno. ff. ſi ſer. vend.

Denique obliuionem ex longo tempore induci ac præſumi, ac proinde teſtes haud facilè inueniri poſſe, qui de titulo teſtificari valeant: meritò ſolam tituli allegationem ſufficere.

Retuli ſingulatim hæc argumenta, quoniam ea retuliſſe, confutaſſe eſt. Status noſtræ quæſtionis eſt. Si probauero, me rem tuam longo tẽpore poſſediſſe, ſiue te ignorante, ſiue ſciente (neque enim lex diſtinguit inter ſcientiam & ignorantiam. l. vlt. C. de longi tẽporis præſcript.) an titulus, quem allegauero ex diutina poſſeſſione præſumendus ſit, titulus, inquam, iuſtus, quem acquiſiuerim ab alio non domino, quem dominum eſſe credebam bona fide, non dico, quem à te domino rei acquiſiuerim. Nam ſi à te cauſam habuero ad transferendum dominium idoneam, dominus effectus ſum. l. Exempto. ff. de act. empt. nec indigeo præſcriptione. Titulus ergo iuſtus ab alio acquiſitus non præſumitur: quia argumenta relata probant, in caſibus illis expreſſis titulum præſumi habitum & acquiſitum, ex longo tempore non ab alio quodam tertio, vt ita dicam, ſed ab eo qui ſoluit, qui paſſus eſt, qui aliquid fecit. Ex quo ſequitur, ſi argumenta valerent, id ex eis probari poſſe; ſi te ſciente & patiente longo tempore rem tuam poſſedero, videri te cõſenſum accommodaſſe, iuſtamque mihi poſſidendi cauſam tribuiſſe; quod non pertinet ad præſcriptionem, vt dixi. Nam præſcriptio non requirit titulum & cauſam ab eo qui rei dominus eſt; ſed ab alio non domino, quem dominum eſſe credebat is qui præſcribit.

Et quidem in ſeruitutibus, quia vſus poſſeſſionis pro traditione accipitur. l. Quoties. ff. de ſeruitut. & patientia vicem obtinet traditionis. l. Si ego. §. 1. ff. de publiciana, obtinuit, vt qui longo tempore vſus fuerit ſeruitute, *non vi, non clam, non precariò*, habuiſſe velut iure impoſitam ſeruitutẽ videatur. l. 1. §. vlt. ff. de aqua plu. arcen. l. Si quis diuturno. ff. ſi ſeruitus vend. In alijs rebus corporalibus quia vera traditio locum habere poteſt, non idem obtinuit. Nec mouet l. Alienationis. de verb. ſign. quia non hoc probat, eum qui patitur rem ſuam vſucapi, videri titulum tribuere vſucapiẽti, quia iam illum habet iuſtum, alioqui vſucapere non poſſet, ſed hoc vult, videri alienare, qui patitur rem ſuam vſucapi: ratio eſt, quia cùm eam vendicare poſſit, & id negligat, videtur conſentire, vt in alium transferatur. Idem iuris eſt in annuis vſuris, ac præſtationibus, de quibus loquitur l. Cùm de in rem verſo. ff. de Vſuris.

Verùm & ſi ſcientia & patientia vnà cum diuturna poſſeſſione idem in rebus corporalibus efficeret, quod efficit in ſupradictis, nõ tamen inde efficeretur, titulum ab alio quàm à ſciente & patiente præſumendum eſſe. Id Paulus Caſtrenſis rectè annotauit in l. Seruitutes. ff. de ſeruitutibus his verbis, non procul à fine. *Sed quid ſi non allego titulum ab aduerſario, ſed à quodam tertio, & ad eius probationem induco tempus longum, dico hoc non ſufficere, quia ſcientia & patientia domini, non facit reſultare præſumptionem in facto alieno, ſed in proprio.*

Porrò fateri oportet, ſolennia ex curſu temporis præſumi interceſſiſſe: & temporis diuturnitatem multum operari. Sed inde ſequi quod poſtea ad rem noſtram infertur, negari meritò poteſt, quia longè ab ijs differre con-

A ſtat, quod in hanc quæſtionem venit.

Illud leuiſſimum mihi videtur, obliuionem teſtium ex longo tempore eſſe præſumendam: Id iure non probatur, experientia repugnat. Quis enim obliuiſcitur eorum quæ ante decennium vidit? & nihil ad rem facit; quia titulus probari poteſt inſtrumentis & publicis ſcripturis, non teſtibus duntaxat.

Poſtremò, dixi doctiſſimum virum abuti teſtimonijs doctorum. Id probo. Nam maior pars doctorum, quos citat, non id quærit, an ex l. Cum de in rem verſo. ff. de vſuris. præſumatur hoc modo titulus præſcriptionis, à quodam tertio habitus, vt verbis vtar Pauli Caſtrenſis loco proximè citato, ſed an ſicut in annuis præſtationibus titulus præſumitur ex longo tempore; ita etiam in alijs rebus præſumendus ſit; titulus, inquam, ab aduerſario habitus, qui ſcit & patitur, non à tertio aliquo. Ergo, vt maximè communis ſententia, quæ præſumi titulũ hunc affirmat. Vaſquio adſtipuletur, non rectè tamen ad quæſtionem

B iſtam accommodatur, in qua agitur de titulo præſumendo ab alio, quàm ab aduerſario: vt ſæpè dixi: Scio tamen nonnullos, quos Baldus commemorat, de præſcription. in 1. par. 3 partis princip. q. 10. apertè docuiſſe, titulum ad præſcriptionem neceſſarium ex longo tempore præſumi. Sed Bart. contrarium docuit in d. l. Cùm de in rem verſo. & multi alij quos citat Baldus loco annotato, & quibus magis eſt vt calculum meum adijciam.

CAPVT XXXI.

Vtrum is qui ignorat ſe titulum habere neceſſarium ad præſcribendum, valeat præſcribere.

NOn poſſe eum vſucapere longo tempore, qui titulum habet idoneum ad vſucapionem, ſi ignoret, ſe eũ habere, authores ſunt Baldus & Salicet. in l. 1. C. per quas perſonas nobis

C acquiritur, quos Felinus refert in cap. Illud: nõ procul ab initio. verſ. Dicit etiam Baldus. de præſcrip. Alios quoſdam citat Vaſquius controuerſ. Illuſtriũ, lib. 2. cap. 69. qui hoc non dicunt.

Fundamentum ponunt in l. Poſſeſſio. §. 1. ff de acquir. poſſeſſ. Papinia. *Etſi poſſeſſio per procuratorẽ ignoranti quæritur, vſucapio verò ſcienti competit, &c.* Et in l. 1. C. de acq. poſſeſſ. Imp. Seuer. & Anton. *Per liberam perſonam ignoranti quoque adquiri poſſeſſionem, & poſtquam ſcientia interuenerit, vſucapionis conditionem inchoari poſſe, tam ratione vtilitatis, quàm iuris prudentia receptum eſt.*

Falluntur iſti. Nam his legibus non negatur, eum vſucapere, qui titulum poſſeſſionis ignorat, ſed eum qui poſſeſſionẽ ſibi quæſitam ignorat; licet enim ignoranti poſſeſſio acquiratur, vſucapio ignoranti tamen nõ conceditur. Rationẽ puto hanc eſſe, quia is qui ſe poſſidere ignorat, non habet bonam fidem, hoc eſt, non credit eum dominum qui tradidit. Neſcit enim ſibi quæſitam poſſeſſio-

D nem. At ſi nõ ignoret ſibi acquiſitam eſſe poſſeſſionem, licet ſuæ poſſeſſionis titulum ignoret, vſucapere nihilominus poteſt. Paulus: *Si ſub conditione emptio facta ſit, pendente conditione emptor non vſucapit. Idemq́; eſt, & ſi putet conditionem extitiſſe, quæ nondum extitit. Similis eſt enim ei qui putat ſe emiſſe. Cõtra ſi extitit, & ignoret, poteſt, dicit ſecundum Sabinum (qui potius ſubſtantiam intuetur quàm opinionem) vſucapere eum. Eſt tamen nonnulla diuerſitas, quòd ibi cum rem putat alienam, quæ ſit venditoris, affectionem emptoris habeat: at cum nondum putat conditionem extitiſſe: quaſi nondum putat ſibi emiſſe. Quod apertius quæri poteſt, ſi cum defunctus emiſſet, heredi eius tradatur, qui neſciat defunctum emiſſe: ſed ex alia cauſa ſibi tradi, an vſucapio ceſſet? ſed mihi eum vſucapere poſſe videtur.* l. 2. §. Si ſub conditione. ff. de vſucap. pro emptore.

His poſtremis verbis clarè & diſertè Paulus reſpondit, eum vſucapere poſſe, qui titulum ſuæ poſſeſſionis ignorat.

ignorat. Nam hæres ignorabat defunctum emisse. Is quoque qui sub conditione emerat, ignorabat conditionem extitisse: & ideo similis erat illi, qui non putabat se emisse, & tamen isti omnes vsucapere possunt ex Pauli sententia, quia substantia rei potius spectanda est, quàm opinio possessoris.

Atque ita rectè docuerunt, Bartolus, Angelus & Ioannes Immolensis in d. l. 2. §. Si sub conditione. Vasquius Controuersiarum Illustrium lib. 2. cap. 69.

Baldi distinctione in tract. de præscript. par. 1. tertiæ partis princip. quæst. 9. opus non est: is dicebat non requiri, vt præscribens initio suæ possessionis sciat eius titulũ & causam, & ita accipiendam posteriorem hanc sententiam, sed sufficere, vt scientia tituli superueniat post completam præscriptionem, & ita priorem sententiam accipiendam esse.

Non est, inquam, necessaria hæc distinctio, addo etiã nec iuri consonam esse, quia siue initio possessor titulum ignorauerit, siue postea, ignorantia tituli præscriptioni non est impedimẽto, ex Pauli responso in d. §. Si sub conditione, & ex ratione Sabini, qui potius substantiam intuetur quàm opinionem, vt ibi dicitur. Si necessaria non est tituli scientia initio possessionis, quod tempus maximè spectandum esse constat, vt bona fides initio præscriptionis adsit. l. Sequitur. §. De illo. ibi. *Initium vsucapionis intueri debemus.* ff. de vsucap. l. vn. C. de vsucap. transforman. ibi. *Vt in his omnibus casibus ab initio eam bona fide capiat, secundum quod exigit longi temporis præscriptio,* multò minus necessaria erit post inchoatam præscriptionem. Et ideo Bartolus annotauit ex d. §. Si sub conditione, possessori non nocere tituli ignorationem initio suæ possessionis, quia non ignorabat initium solum spectandum esse.

CAPVT XXXII.

Bona fides ad præscriptionem necessaria, an præsumatur cùm possessor titulum non habet?



Communior doctorum sentẽtia affirmat bonam fidem in possessore præsumendam esse, licet titulum non habeat si ius commune non contradicit, nec alius possessor antiquior appareat, vt videre licet ex Baldo ad l. Celsus. ff. de Vsucap. in 3. par. nu. 9. Vasquio controuers. Illustrium lib. 2. cap. 79. nu. 15. & cap. 81. nu. 8. Et ex Maschardo de Probationibus volum. 1. concl. 224. num. 3. Menoch. de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 130. nu. 7.

Argumenta sunt ista. Primum, quia nemo præsumitur delinquere, sed probus esse quilibet præsumitur. l. Meritò. ff. pro socio.

Sed responderi potest, quæstionem esse de possessore rei alienæ, non propriæ, qui cùm nullam possidendi iustam causam habeat, existimare debet, id quod suum nõ est ad alium pertinere. *Omnes enim scire debent quod suũ non est, id ad alios modis omnibus pertinere,* inquit Iustinianus in l. vlt. C. Vnde vi. Nec solet, cùm de præiudicio alterius agitur, locum habere præsumptio illa quę allegatur, quemlibet præsumi bonum, vt notat Glos. in c. Statutũ. §. Cùm verò. de rescript. in 6. latè Menochius de Præsumpt. lib. 5. Præsumpt. 1. nu. 19.

Secundum argumentum est ex l. pen. C. de Euict. Sed nihil probat, quia de emptore loquitur. Emptio enim titulum iustum, ex quo bona fides præsumenda sit, tribuit: quæstio autem nostra est, de possessore qui nullum habet titulum & iustam causam possidendi.

Tertium est (adsertur à Maschardo) ex l. Si quis emptionis. C. de Præscript. 30. vel 40. annor. Sed non loquitur de possessore sine titulo, nec vllum verbum continet quod faciat ad rem nostram.

Quartum argumentum eiusdem Maschardi est ex c. 1. de Præscript. lib. 6. vbi S. Pontifex. distinctè loquitur

A de bona fide & iusto titulo, & ait titulum requiri, & tempus annorum 40. in eo possessore, cui repugnat ius commune: alioqui si ius commune non repugnet, fatetur bonam fidem sufficere cũ longissimi temporis possessione.

Nihil prorsus mouet, quia fateor hæc duo diuersa esse. Titulum iustum, & bonam fidem. Item bonam fidem absque titulo generari, & induci posse. Potest enim quis credere iustas ob causas se possidere, & animo domini; atque adeò in bona fide esse, licet titulum non habeat. Sed quæstio nostra est, an talis bona fides præsumenda sit, & nego præsumendam esse. Sed probanda erit à possessore.

Quintum argumentum est ex l. 2. §. Si sub conditione. ff. de Vsucap. pro emptore. Vbi præscriptio locum habet, licet quis titulum suæ possessionis ignoret: est enim perinde ac si titulum non haberet, quantum ad bonam fidẽ attinet: Et inde sequitur bonam fidem absque titulo induci posse, quia alioqui non procederet vsucapio.

B Respondeo, nil aliud probari hoc argumento, nisi bonam fidem esse quandoque absque titulo, quod verissimum est: sed non inde efficitur, præsumendam esse bonam fidem, quia hæc duo simul consistunt, vt possit possessor absque titulo bonam fidem habere, non tamen pręsumatur habere.

Sextum argumentum sumi potest ex l. Igitur. ff. de lib. cau. ex quo dici solet bonam fidem induci ex iustis & iniustis causis: & quamlibet causam etiam iniustam à dolo excusare: quo nihil est ineptius: hoc enim vult ibi Iurisconsultus *Seruum posse sine dolo malo in libertate morari, vt puta testamento accepit libertatem, quod nullius momenti esse ignorat, &c. Et generaliter quoties quis iustis rationibus ductus vel non iustis, sine calliditate tamen putauit se liberum, &c.* ex quo non potest tam generalis propositio sumi, nam I. C. iniustas causas appellat eas, quæ non valent, quod tamen seruus ignorat. Iuris ignorantia excusat eum à dolo & mala fide, cui congruit quod dicit text.

C in l. Sed & si lege. §. Scire. ff. de Petitio. hæred. *Eum prædonem non esse, qui ius ignorauit.*

Hoc igitur argumentum non potest ad quæstionem nostram accommodari, quia iuris error non prodest vsucapere volentibus. l. 4. ff. de iuris & facti ignor. l. Nunquam. ff. de Vsucap. Deinde, non dicit Iurisconsultus esse præsumendam causam illam, quæ à dolo excusat; sed supponit eam adesse, concludens si adsit, siue iusta sit, siue iniusta, quæ scilicet ex errore iuris procedit, à dolo excusari.

Postremum argumentum sic fingi potest. Dolus non præsumitur, sed probari debet l. Quoties. § Qui dolo. ff. de Probation. Ergo nec mala fides quæ à dolo nõ procul distat, præsumenda est. Igitur bona fides præsumi debet.

Respondeo, concedo non præsumi malam fidem, sed dico, neque bonam fidem præsumi. Quare sicut is qui dicit alterum in mala fide esse, id probare debet, ita & qui se dicit in bona fide esse, id probare debet iuxta regulam

D l. 2. ff. de Probation. fieri enim potest, vt quis nõ sit in mala fide, sed tamen nec bonam fidem habeat.

Non obstat, si dicatur hæc consistere in animo & conscientia possessoris an sit in bona fide, & ideo eius attestationi credendum esse, præsertim iuratæ. Respondeo, nullum in re propria idoneum testem esse. l. Omnibus. C. de Testib.

Contrariam igitur sententiam amplector, cuius authores habeo Innocentium & Baldum in cap. Per tuas. de Testibus. Imolensem in cap. vlt. num. 20. de præscript. & Felinum in c. Si diligenti post nume. 4. eod. titu Ruinum cons. 41. nu. 29. lib. 1.

Fundamentum est firmissimum in l. vlt. C. vnde vi. *Omnes scire debent quod suum non est, ad alios modis omnibus pertinere.* Si ergo quis rem alienam teneat, nec probet vllam causam, ob quam credat eam ad se pertinere, non est in bona fide. Si bona fides præsumenda esset, excusaret se possessor, dicens se credere suam esse. Hanc

excusa-

excusationem reijcit Imperator tanquam ridiculam.

Nec valet responsio Vasquij, Imperatorem ibi loqui de eo, qui sciebat rem alienam esse: nam id verum est, sed rationem legis vrgeo, quę si vera est, bonæ fidei pręsumptio cessat.

Sed omisso hoc aliorum fundamento. Sic argumentor, ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. l. 2. ff. de Probation. Sed is qui pręscriptionem allegat, dicit se bonam fidem habuisse, est enim hoc antecedēs necessarium, quia sine bona fide pręscriptio nulla est, cap. vlt. de Pręscript. Aduersarius autem id negat. Ergo id probare debet: non is qui negat eum bonam fidem habuisse. Negantis non est probatio, sed asseuerantis. l. Adseueratio. C. de non num. pecunia. l. 2. ff. de Probation.

At, inques, allegans pręscriptionem videtur probare bonam fidem ex iuris pręsumptione, quia potius bona fides pręsumenda est quàm mala.

Est petitio principij. Id enim in quęstionem reuocat, an bona fides pręsumatur. Nego pręsumi, si nulla probetur iusta possidendi causa. Ex causa enim iusta oritur bona fides: si quis à non domino, quem dominum esse credebat, rem emerit, &c. vt in Instit. de Vsucap. in principio. Si nulla probetur iusta causa possidendi, nullum inuenio in toto iure locum, vbi dicatur bonam fidem pręsumi: imò contrarium indicat. l. Celsus. ff. de vsucap. *Errare eos ait, qui existimarēt cuius res quisque bona fide possessionem adeptus sit, pro suo vsucapere eum posse, & nil referre emerit necne, donatum sit necne, &c. si modò emptum vel donatum sibi existimauerit.* Hęc est bona fides, credere sibi donatum aut venditum esse, & tamen non sufficit, subdit enim textus non valere vsucapionem, si nulla dos, nulla donatio, nullum legatum interuenerit.

Ergo titulus necessarius est, ex quo bona fides oriatur, & hęc est bona fides, quę requiritur ad pręscriptionem.

Sed dices hęc in longi temporis pręscriptione locum habere, in qua titulus est necessarius, secus in pręscriptione longissimi temporis, in qua titulus nō requiritur. Respondeo, iure ciuili nec bonam fidem requiri in pręscriptione longissimi temporis. Sed loquimur nunc secundum ius canonicum, quo bona fides requiritur in omni pręscriptione, & ideo hoc respectu, longissimi temporis pręscriptio non differt à pręscriptione longi temporis. Sicut igitur bona fides in longi temporis pręscriptione oritur ex iustis causis & titulis, ita & in longissimi temporis pręscriptione. Nec enim est alia bona fides vnius quàm alterius pręscriptionis. Est eadem qualitas non diuersa, vt patet.

Quod si pretermissis legum testimonijs rationem iuris consulamus, profectò non intelligo, quo ex fonte manare possit hęc bonę fidei pręsumptio in possessore, si nō probetur iusta possidendi causa. Possumus quidem imaginari id fieri & accidere posse, vt qui nullum titulum suę possessionis ondere possit, sit nihilominus in bona fide. Sed quo pacto id pręsumere nos debeamus, qui iudices sedemus, nec nisi ex coniecturis & argumentis iudicare possumus, non satis intelligo, nam alienę rei possessorem intuemur, causas suę possessionis, ex quibus bona fides descendit, diuinare non possumus.

CAPVT XXXIII.

Præscriptio temporis memoriam hominum excedentis, vtrum corruat, & vires amittat, si constet de titulo vitioso & nullo.

BIs hoc anno respondi nomine huius inclyti collegij iuridici de hac facti specie. Proponebatur quędam ciuitas possedisse rem alienā tempore longissimo, memoriamq́; hominum excedente, quę titulum habuerat, nec idoneum ad dominij translationem, nec ad vsucapiendi conditionem, pu-

A ta locationis. l. Malè agitur. C. de Præscriptionib. longiss. temp. 30. vel 40. annor. Vel Emphyt. l. Cùm notissimi. §. vlt. C. eo. tit. Et quærebatur an cùm in mala fide esset, eò quod ex dictis caussis intelligere poterat rem alienā esse, præscriptione tamen se defendere posset: Et fuit conclusum non posse: quia mala fides ita obstat præscriptioni, vt nulla prorsus valeat, vt in cap. vlt. de præscriptionibus, & consequenter nec præscriptio, quam vocamus temporis immemorialis, vt probaui suprà hoc eodem libro cap. 26.

Licet enim maxima sit præsumptio pro eo, qui tanto tempore possedit, veritati tamen eam cedere oportet.

Præclarè S. Augustinus: *Veritate manifesta, cedat consuetudo veritati.* cap. Veritate dist. 8. & alibi: *Si consuetudinem fortassis opponas aduertendum est, quod Dominus dicit: Ego sum via, veritas & vita, non dixit, Ego sum consuetudo, sed veritas. Et certè, vt B. Cypriani vtamur sententia, qualibet consuetudo, quantumuis vetusta, quantumuis*
B *vulgata, veritati omnino est postponenda, & vsus qui veritati est contrarius, est abolendus.* cap. Si consuetudinem. eadem distinct. Idem habetur in cap. sequenti, & tota ferè illa distinctione.

Idem igitur & nobis de præscriptione dicere licet. Maxima est vis temporis longissimi, veruntamen si veritas ipsa detegatur, cedere debet veritati.

Authores pro confirmatione huius sententiæ copiosè recenset Mascardus de Probationibus, vol. 3. conclus. 1371. nu. 38. nu. 43. & nu. 63.

Hanc sententiam inter controuersias referendam putaui, quia contrarium latè disputat Vasquius controuers. Illustrium, lib. 2. cap. 81. nu. 11. cuius argumentis respondendum est.

Primum est ex l. Sicut. l. Omnes. l. Cùm notissimi. C. de præscript. longiss. temp. Respondeo, nullius esse momenti, quia ius Canonicum spectandum est, quo cautum est, nullam præscriptionem longissimi temporis absque
C bona fide valere. c. vlt. C. de præscrip. & alibi.

Secundum est, quia bona fides sufficit, etiam orta ex stulta causa, ex communi Doctorum sententia. Respondeo, si ex errore facti procedat, id esse iuri cōsentaneum: si ex errore iuris nequaquam, vt suprà latè disputaui, quia iuris error non prodest acquirere volentibus. l. 4. ff. de iuris & facti igno. nec vsucapioni. l. Nunquam. ff. de vsucap. Nec illud testimonium legitimum est, quod sumi solet ex l. Igitur §. Potest. ff. de liberali causa, vt disputaui cap. præced. quia non dicit, bonam fidem oriri ex iniustis causis, sed à dolo quem excusari: nec ad materiam & quæstionem præscriptionis accommodari potest.

Tertium est, quia ex longissimo tempore purgatur mala fides. l. vlt. C. Vnde vi, & ideo licet titulus iniustus nocere possit in longi temporis præscriptione, quia mala fides ex eo oritur, non tamen nocet in præscriptione longissimi temporis, quia malæ fidei allegatio & præsumptio cessat.

D Respondeo, vitium atque iniustitiam tituli efficere, vt possessoris mala fides appareat, quæ iure Canonico inspecto impedit præscriptionem. Nec contrarium probat l. vlt. C. Vnde vi, nec vllum aliud testimonium. Licet enim omnes dicunt, & probabiliter cessare omnem malæ fidei præsumptionem in possessore temporis longissimi, non tamen id obstat, quia non præsumptionibus hic agitur, sed veris probationibus malæ fidei, quæ ex titulo iniusto perspicuæ sunt & certæ.

Quartum argumentum est, quia licet titulus iniustus appareat, potest tamen alium titulum possessor habuisse, titulum & idoneum, & bonam fidem, & hoc præsumendum videtur ex possessione tanti temporis.

Respondeo, fieri quidem id potuisse, sed nego præsumendum esse. Nam nulla lex hoc dicit, nulla ratio id suadet. In claris enim, non est opus coniecturis. Certè vulgaris est regula inter Doctores. Præsumitur quis possidere ex titulo, præambulo. l. 2. C. de acq. poss. l. Quædā mulier. ff. de

ff.de rei vend. Præsumi autem quem possidere ex alio titulo, quem non ostendit, cùm ostendatur, contra illum, titulus ex quo possidere cœpit, nec veteres dixerunt Iurisconsulti, nec satis rationi consentaneum videtur.

Quintum argumentum est; quoniam tanti temporis præscriptio nullum titulum requirit. Ergo licet titulus adsit, & non idoneus, nil obstare poterit. argum. l. Vni. C. de rei vx. act.

Respondeo, negando consequentiam. Titulus enim vitiosus & iniustus, malam fidem inducit. Mala fides præscriptionem impedit. Aliud est in stipulatione dotis inutiliter adiecta, quia illa vitiatur, & non vitiat, hoc est, nõ impedit tacitam illam à lege fictam, atque inductam stipulationem. Sic dicimus nonnunquam expressa nocere, quamuis omissa tacitè intelligi potuissent, nec essent obfutura. l. Nonnunquam. ff. de cond. & demonstr. Titulus ergo iniustus nocet, quia malæ fidei est argumentum. Si nullus titulus sit, procedit temporis longissimi præscriptio, quia mala fides non apparet.

Sextum argumentum est ex iure, quod tribuit ipsa per se temporis memoriã hominum excedentis præscriptio. l. Hoc iure. §. Ductus aquæ. ff. de aqua, quot. & æstiua. c. 1. de præscript. lib. 6. cap. Super quibusdam. §. Præterea. de verb. sign. l. 2. ff. de aqua plu. arcen. vbi *vetustas pro lege habetur, minuendarum litium gratiam.*

Respondeo, maximam proculdubio esse tanti temporis authoritatem, sed vt suprà diximus, illa cedit veritati; nec enim rationem vincit, aut legem, nec præfertur veritati. Quare si ex iniusto titulo appareat iniusta rei alienæ occupatio, & mala fides, non est habenda ratio temporis & vetustatis.

Septimum argumẽtum est ex authoritate eorum, qui dixerunt, tanti temporis præscriptionem inducere præsumptionem iuris, & de iure, quæ non recipit probationem in contrarium. Respondeo, alios multos cõtrarium docuisse, quos commemorat Maschardus loco superiùs allegato, hoc est, volum. 3. de probationibus, conclus. 137. numero 38.

Postremum argumẽtum est ex authoritate eorum qui in terminis quæstionis huius docuerunt, titulum iniustũ non nocere præscriptioni temporis, memoriam hominum excedentis.

Respondeo, paucos ex citatis à Vasquio id docuisse, sicut vidi ego, & alij videre potuerunt. Plurimos verò contrarium voluisse, qui à Mascardo citati sunt loco superiùs allegato. Quare si authores authoribus cõferantur, æquũ iudicem secundùm nos litem daturum confidò.

CAPVT XXXIV.

An mala fides respectu vnius, impediat præscriptionem respectu alterius?

COncludam hanc materiam præscriptionis insigni hac controuersia, an mala fides superueniens respectu vnius, præscriptionem impediat respectu alterius. Exemplum sit: per litis contestationem possessores efficiuntur malæ fidei. l. Sed etsi lege. §. Si ante. ff. de petitio. hæred. l. Nemo. C. de acq. poss. vbi præclarè Constantinus: *Interpellatione verò & controuersia progressa, non posse eum intelligi possessorem, qui licet possessionem corpore teneat, tamen ex interposita contestatione, & causa in iudicium deducta, super iure possessionis vacillet ac dubitet.* Ergo si Titius litem possessori intendat, & succumbat, quia verus dominus non est: Quæritur, quia præscriptio interrupta est respectu Titij, an possessor aduersus Caium, qui verus dominus est, præscribere valeat, si respectu ipsius Caij possessor sit in bona fide.

Et præscribere posse censuerunt Bartolus ad l. Naturaliter. ff. de vsucap. numero 12. Antonius Butrius in cap. Illud. de præscript. alios citat, communem dicens Soci-

A nus senior in consil. 47. num. 17. lib. 3.

Contrarium responderunt Aretinus in cons. 17. ante num. 12. & in l. 1. §. Item acquirimus. ff. de acquit. posses. nu. 56. & in l. 3. §. Neratius, col. vlt. eod. tit. & alibi. Abbas Panormitanus in cap. Illud. de præscript. & alij, quos refert & sequitur Couuar. in 2. parte relect. §. 8. nu. 5. ad c. Possessor malæ fidei. de reg. iur. lib. 6.

Prioris sententiæ fundamentum est, primò in l. Si qs fundum. ff. de acq. possess. vbi mala fides respectu vnius iuris, nimirũ vsusfructus, vel hypothecæ, non nocet præscriptioni alterius iuris. Secundò, in l. Qui balneum. §. Titia. ff. Qui potiores in pig. habeantur, vbi mala fides respectu vnius conditoris, cui res erat oppignorata, non nocet respectu alterius. Tertiò, in l. Fulcinius. §. Quid si aduersus. ff. Ex quib. cau. in posses. eatur. vbi Pomponius spectauit, an aliquis latitaret aduersus omnes, an verò aduersus aliquos tantùm.

Posterioris sententiæ fundamentum est primò, quia
B iste possessor est in mala fide, cùm sciat rem alienam esse, licet non sit eius, cuius ipse putat: Ergo præscribere nõ potest. c. vlt. de Præscript. Secundò, in l. Aut qui aliter. §. Si quis dum putat. ff. Quod vi aut clam: *Si quis dum putat locum tuum esse, qui meus est, celandi tui non mei causa feceris, mihi interdictum competere.* Sic Vlpianus ibi. Tertiò, in l. 1. §. Sed & per eum. ff. de acq. poss. vbi respondetur, hominis verè liberi possessorem non acquirere per ministerium illius, quem existimabat bona fide seruum esse; sed tamen mala fide credebat, eum alterius seruum esse. Hic enim possessor bonam fidem habet, quia existimat hunc seruum esse, habet tamen malam fidem respectu alterius, quem censet dominum esse illius hominis; quæ mala fides totam possessionem vitiosam reddit.

Mihi de hac re cogitanti hæc monenda visa sunt. Primùm, argumenta prioris sententiæ nullius esse momenti: quia non probant aliud, quàm malam fidem, respectu vnius iuris, non impedire præscriptionem respectu alte-
C rius iuris diuersi. Puta mala fides respectu vsusfructus præscriptionem non impedit, quoad proprietatem. Item mala fides respectu vnius hypothecæ, quæ res differt à quæstione proposita.

Secundò, in exemplo superiùs allato, nimirum cùm mala fides inducitur per litis contestationem cum vno factam, non impediri præscriptionem respectu alterius, rem videri mihi perspicuam; quia. s. præscriptio non impeditur. Primò, quia acta inter alios alijs neque nocent, neque prosunt. Toto tit. C. Res inter alios acta. Deinde, quia non fuit inducta vera mala fides, per litis contestationem, sed dubitatio quædam, & vacillatio, sic enim loquitur Constantinus in d. l. Nemo. C. de acq. possess. Dubitatio autem orta post inchoatam præscriptionem illã non impedit, si dubium speculatiuum sit, non autem practicum, vt disserui & probaui in prima parte Controuersiarum lib. 1. cap. 65. Tertiò, quia in vsucapionibus veritas spectatur, nõ opinionis error, vt patet ex l. 2. §. Si sub
D conditione. ff. de vsucap. pro empt.

Tertiò, Extra dictum exemplum litis contestationis si quæstio proponatur, aduertendum puto, hanc quæstionem propositam, an mala fides respectu vnius, impediat præscriptionem respectu alterius, duobus modis intelligi posse. Primò, de mala fide, hoc est, de scientia rei alienæ. Cùm videlicet possessor post inchoatam præscriptionem, conscientiam habet rei alienæ; licet nesciat verè cuius sit, imò putet vnius esse, cùm sit alterius. Error iste non videtur possessori suffragari posse; quia satis est eum scire, rem alienam esse. Hoc est enim quod sanctus Pontifex ait in d. c. vlt. de præscript. oportere vt nullo tempore possessor rei conscientiã habeat alienæ. Hic verò conscĩam hanc habet. Igit' p̃scriptio nulla est. Scdò, quæstio intelligi põt, malam fidem respectu vnius, non verã possessori superuenire, sed opinionem quandam falsam, quia scilicet existimabat (falsò tamen) rem esse Titij, qua dubitatione sublata, accessante, alioqui suã esse non dubitaslet.

tasset. Suspicabatur verò Titij esse, errore quodam & fal- A sa opinione inductus. Iste non est in mala fide: nec enim rei alienæ conscientiam habet, sed suspicionem ac dubitationem habet. Ideo siquidem initio præscriptionis id acciderit, quia bona fides requiritur, non vsucapiet. Si postea; vsucapiet, quia dubium est speculanuum. Dubitat enim, an res sua sit; existimat Titij esse; sed non putat se peccare eam rem possidendo, donec de iure Titij constiterit, vt declaraui dicto lib. 1. c. 65.

CAPVT XXXV.

Ad l. 3. & l. 5. C. finium regundorum, vbi de quinque pedum præscriptione agitur, & ad l. vlt. eod. tit.

IMperator Constantinus: *Si quis super sui iuris locis prior de finibus detulerit querimoniã, quæ proprietatis controuersiæ cohæreat, prius possessionis quæstio finiatur, & tunc agrimen-* B *sor ire præcipitatur ad loca, vt patefacta veritate huiusmodi litigiũ terminetur*, &c. l. 3. C. finiũ regũd.

Quæstio de finibus proprietatis controuersiæ cohærete dicitur, si quæstio sit vltra quinque pedes, quòd fortè vicinus aliquam agri partem occupasse dicatur, vt declarat Alciatus in Commentarijs, de quinque pedum præscriptione, nu. 11. & probatur ex l. 3. C. Theodosiano fin. regundo. De possessione controuersia, nihil pertinet ad mensoris disciplinam: sed quæstionem possessionis, sequitur quæstio finium, in qua potissimum ars mensoris valet: & hoc est quod ait lex: *Prius possessionis quæstio finiatur, & tunc agrimensor ire præcipitatur ad loca*, vt bene annotauit Cuiacius libro 2. obseruat. cap. 2. Ergo in hunc modum accipienda erit veterum expositio in commentarijs d. l. 3. & in §. Quædam in Institut. de actionibus. Cùm dixerunt, prius cognoscendum esse de possessione, deinde de proprietate, vt sensus sit, prius de possessione C cognoscendum esse, deinde agrimensorem ad loca mittendum, vt proprietatis causa dirimatur, scilicet à Præside prouinciæ: *Cùm de maiori spatio causa quadam non finalis, sed proprietatis apud ipsum Præsidem debeat terminari*, vt ait text. in d. l. 3. C. Theodos. Controuersia enim de quinque pedibus per agrimensorem terminabatur ex l. Mamilia.

Atque hic est verus sensus d. l. 3. Nunc de quinque pedum præscriptione, de qua agitur in l. 5. eod. tit. aliquid inseram, ait lex: *Quinque pedum præscriptione submota, finalis iurgij, vel locorum libera peragatur intentio.*

Explosa Accursij, Castrensis, & aliorum veterum expositione, assentior Alciato in commentarijs huius loci, Nicolao Vallæ de rebus dubijs, Tractatu 8. circa finem, Cuiacio ad l. 4. circa finem. ff. de vsucap. Gregorio Tolosano parte 3. Syntagmatis, lib. 39. cap. 13. nu. 15. hanc legem ita enarrantibus. Inter agrorum vicinorum prædia rustica constitutis finibus, quinque pedum spatium relin- D quendum esse, quo ire vterque dominus & vicinus posset: Et vt eo loco circumuerti aratrum posset, & eiusmodi spatium vsucapi non posse. Sicut nec lege 12. tabularum, teste Cicerone libro 1. de legibus, dum ait: *Controuersia de finibus nata est, in qua quoniam vsucapionem 12. tabulæ inter quinque pedes esse noluerunt, &c.* Et hanc esse legis huius sententiam, quòd luculēter probatur ex l. vlt. C. Theodos. eodem titu. in illis verbis: *Ac de eo tantùm spatio, hoc est, pedum quinque, qui veteri iure præscripti sunt, sine obseruatione temporis arbitros iussimus iudicare, &c.*

Sed quid est, quod ait l. vlt. eodem tit. *In finali quæstione non longi temporis, sed triginta tantummodò annorum præscriptionem locum habere?* Nunquid his verbis etiam quinque pedum spatium includitur, vt videlicet triginta annis præscribi possit? Præclarè Alciatus: *Quamuis per recentiorum Cæsarum leges generaliter fuisset constitutum, vt omnis actio, omnis res spatio X. vel XX. vel XXX. vel XL. annorum acquireretur, huiusmodi tamen generales constitutiones ad eum casum trahenda non sunt, in quo specialiter lege veteri prouisum erat. l. Sciendum. ff. Qui satisd. cog. Vnde sequitur, vt cùm specialiter 12. tabulæ vsucapionem inter quinque pedes esse noluerint, nec hodie quidem, quamuis prorogato tempore, vsucapioni sit locus, & noua lex a vetere declaretur.*

Sed vereor, vt hęc sententia rectè defendi possit: Cùm finalis quæstio propriè dicatur, quoties de quinque pedũ spatio agitur, vt patet ex d. l. 3. C. Theodosiano fin. regũd. licet dicatur etiam cùm de maiori spatio agitur. Verbis igitur tam apertis, tam generalibus magis est, vt inhęrendum putem, quàm eruditis rationibus Alciati.

CAPVT XXXVI.

Ad l. Maioribus. 3. C. commu. vtriusque iudicij, & de diuisione facta per sortes, an rescindi possit, & an læsio vltra dimidiam requiratur, vt diuisio rescindatur.

DIocletianus: *Maioribus etiam per fraudem & dolum, vel perperam sine iudicio factis diuisionibus solet subueniri: quia in bona fidei iudicijs, quod inæqualiter factum esse constiterit, in melius reformabitur.* lege terna, C. communium vtriusque iudicij.

Non dubito quin vera sit communis expositio, quæ hanc legem accipiendam vult de diuisione dolo vel fraude inita, vel perperam, id est, malè, nō rectè, iniustè, quia scilicet ex ea grauiter quis læsus fuerit. Nihil enim interest, dolus intercedat, vel ipsa res in se dolum habeat. l. Si quis cùm aliter. ff. de verb oblig. Idque indicant illa verba: *Quod inæqualiter factum esse constiterit.* Licet legem istam de diuisione, dolo, & fraude, duntaxat inita accipiendam esse, non improbabiliter quis dixerit ex verbis eiusdem legis, quæ ex Gregoriano Codice apud Cuiaciũ relata sunt in Consultatione veteris cuiusdam Iurisconsulti. Sic enim habent: *An diuisio, quam iam factam esse proponis, conuelli debeat, Rector prouinciæ præsente parte aduersa diligenter examinabit: Et si fraudibus eam non caruisse perspexerit, quando etiam maioribus perperam factis diuisionibus soleat subueniri, quod improbum atque inæqualiter factum esse constiterit, in melius reformabit.* Veruntamen non tanti sunt facienda hæc, vt à verbis claris Codicis Iustiniani recedamus, qui nunc solus authoritatem habet.

Illud controuersum est, an diuisio facta per sortes, quę alteri ex diuidentibus grauem intulit læsionem rescindi possit. Etenim affirmant Baldus & Castrensis in explicatione d. l. 3. Plotus in comment. de in litem iurādo §. 15. nu. 4. & alij multi, quos commemorat Tiraquellus de iure primogeniorum, q. 17. in prima opinione, nu. 97.

Sed contrarium videri potest idem Baldus sensisse ad l. Ait Prætor. § vlt. ff. de minoribus dum ibi negat minoribus 25. annis in integrum restitutionem cōcedendam, si diuisione facta per sortes, lædantur, quia scilicet deteriorem partē habuerint, refert & sequitur Natta in cons. 631. num. 23. lib. 3. sed Sfortia Oddus post Tiraquellum hanc Baldi sententiam restringit, vt non procedat, cùm enormis læsio ex diuisione oritur in tract. de in integrũ restit. par. 2. q. 66. art 4. circa finem, licet verba Baldi hanc non ferant interpretationem, vt obseruauit Pinellus ad l. 2. C. de rescind. vend. par. 2. c. 1. nu. 7.

Quamobrē Pinellus ipse in quæstione proposita, hanc distinctionem adhibuit, vtrum videlicet sortes per errorem tam inæqualiter factæ sint, an verò scientibus ipsis diuidentibus. Priore casu subueniendum putat læsis, etiã maioribus, quia forsitan si sciuissent, ius suum sorti non commisissent. Posteriori non item, quia scienti & volenti non fit dolus, nec iniuria.

Quæ

Quæ distinctio licet non placuerit Emanueli Soarez in suis ad Pinellum annotationibus, mihi tamen mirum in modum placet: Sed necesse est, vt prius expendamus, quàm bono innixa sit fundaméto Baldi, tum aientis, tum negantis sententia.

Fundamentũ Baldi affirmantis diuisionem per sortes factã, rescindi posse propter læsionem, positũ est in coniũctione duarum legum. Prima est l. 3. C. comm. vtriusque iud. quæ maioribus subueniendum declarat perperam factis diuisionibus. Altera est l. 2. C. quando & quibus quarta pars, lib. 10. quæ diuisionem per sortes fieri permittit. Nam si diuisio fieri per sortes potest, & rursus diuisio perperam facta rescinditur, cõsequens videtur eam quoque diuisionem rescindi, quæ per sortes facta est.

Sed hoc fundamentum ideo mihi videtur infirmum, quoniam l. 3. loquitur de diuisionibus factis per dolum, vel fraudem, vel perperam, id est, non rectè, & iniustè. In sortibus autem nullus dolus est, nulla fraus, nullaque iniustitia esse potest, quæ causa est, vt iudicium per sortes non rarò legibus approbetur. l. si quæ sunt cautiones. ff. fam. hercisc. l. vlt. C. Cõmu. de leg. l. Generaliter. §. Quid ergo si plures. ff. de fideicommissa. liber. l. Sed cùm ambo. ff. de iud. l. 2. C. quando & quibus quarta pars lib. 10.

Fundamentum verò Baldi negãtis diuisionem rescindi posse, est in l. Verum. §. Sciẽdum. ff. de Minoribus ibi: *Nec euentus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas.* Addit Pinellus l. De fideicommisso. C. de Transact. Addo ego omnes leges quibus edocemur, læsionem allegari non posse, cùm conuentio dubia est, & incertus euentus eius, an lucrum, vel damnum allaturus sit. l. Si ea pactione. C. de vsuris. l. Si ea lege. C. eod. l. 1. C. de pactis. Alia testimonia citat Tiraquellus ad l. Si vnquam. in verbo. Donatione. nu. 131. C. de reuo. donatio.

Sed hoc argumentum locum habere potest, quando vel necessitas id postulat, vt sorti res cõmittatur, vel lex mandat, vel vtriusque partis consensus interuenit. Verùm si nullo iure præcipiente, nulla vrgente necessitate, aut altero ex diuidentibus nesciente sortis ducendæ conditionem ac modum, id fiat partibus inæqualibus constitutis, nil proponi video, cur grauiter læso ex hac sortis missione subueniri non debeat: Neque enim is qui ignorauit, consentire videtur in dubium illum fortunæ euentum. Atque hæc est Pinelli distinctio, quam dicebam mihi magnoperè probari.

Excipio minores 25. annis, quibus etiã scientibus modum & conditionem sortis inæqualis succurrendum puto, per in integrũ restitutionẽ. Quis enim negauerit, imprudentis esse atque adeò inconsultæ facilitatis ius suum certum dubiæ sortis aleæ committere? nisi sortes ducantur, cùm aliter commodè res diuidi non potest, tũc enim non videtur circumscriptus minor, qui iure cõmuni vsus est. l. vlt. C. de in integ. restit. minorum.

Sed alia controuersia oritur, an vt inæqualis diuisio rescindatur, necessaria sit læsio vltra dimidiã. Communior enim sentẽtia affirmare videtur. Vide Cagnolum ad l. 2. C. de rescin. vend. nu. 59. & Pinellum in 2. parte, c. 1. Ideo dicebat Baldus actorem debere alternatiuè petere, vt vel diuisio rescindatur, vel iustum precium suppleatur; cui tamen in hoc articulo aduersantur Petrus Cynus, & Albericus Fulgosius, & Ioan. Faber, à Pinello relati.

Fundamentum relatæ communis sententiæ est, quia diuisio vicem emptionis obtinet. l. 1. C. commu. vtriusque iudicij. Emptio autem & venditio rescinditur propter læsionem vltra dimidiam, d. l. 2. C. de rescin. vend.

Sed vt rectè animaduertit Pinellus, nec l. 3. requirit læsionem vltra dimidiam, neque reo conuento electionem tribuit, sicut l. 2. C. de rescind. vend. Idem monet Modernus Parisiensis de Commercijs, q. 14. nu. 182.

Quare ego in hanc sententiam venio, non requiri læsionem vltra dimidiam; quia textus dicit: *Quod inæqualiter factum erit, in melius reformabitur.*

In emptione, & venditione, & similibus cõtractibus,

A qui ordinati sunt, & constituti, mutui commercij gratia, quia contrahentibus permissum est, se inuicem in precio decipere, & circumuenire l. In causæ 17. §. Idẽ Pomponius. ff. de minor. l. Itẽ si precio §. vlt. ff. locati. ideirco ob modicam læsionem non rescinditur contractus. l. Si voluntate. C. de rescind. vend. In alijs aliter respondendum videtur, puta in societate, Deposito, Commodato, Pignore, tutela, & similibus; ac proinde etiam minor læsio, quam vltra dimidiam sufficere debet, vt rescindantur, nec. n. lex læsionem vltra dimidiam exigit. Id patet ex d. l. C. commun. vtriusque iud. l. In contractibus. C. ex quibus causis maio. l. Si superstite. C. de dolo. l. 1. C. de erro. calculi & similibus, quibus nulla fit mentio læsionis vltra dimidiam, sed rescissionis ob grauem læsionem.

CAPVT XXXVII.

An lex vlt. C. de sacrosanctis Ecclesijs vnum vel tria privilegia contineat?

B



Dduci nõ possum vt credam l. vlt. C. de sacrosanct. Eccles. continere tria priuilegia, nimirũ præscriptionis centum annorum. Item dominij translationis, absque traditione in rebus vẽditis, & donatis Ecclesijs, Ciuitatibus, captiuis, & pijs locis, & deniq; tacitæ hypothecæ; sed magis est, vt vnum duntaxat singulare priuilegium centum annorum præscriptionis concessum putem in hac lege, quę sententia olim fuit Azonis, Petri & Cyni: & fundm̃ meum est, in ipsis verbis legis, quę nullam prorsus mentionem faciũt alterius, quàm huius priuilegij centenarię pręscriptionis. Nemini autem in Iustiniani legibus uersato ignotũ est, quanto præfationis apparatu uti soleat, cum aliquod singulare priuilegium cõcedit contra iuris regulas, Causam adferre solet, cur singulare ius statuat, omniaque clarè prosequi, & disertè explicare. Sicut uel in hac lege perspi

C cuè cernitur, cũ ait: *Vt inter diuinum publicumq; ius, &c.* Deinde statuit, quod in ea legitur de centenaria præscriptione, in rebus uenditis, donatis, &c. Erat autem etiam expresse decernendum istarum rerum dominium, ipso iure sine possessionis traditione transire in Ecclesias, Ciuitates, pia loca, & captiuos, quia regulę iuris exigunt traditionem. l. Traditionibus. C. de pactis. l. Si ager. § 1. ff de rei vend. Sed nihil eiusmodi continetur, nil etiam de tacita hypotheca. Ergo non est uerisimile, Iustinianum uoluisse ea lege tria singularia priuilegia constituere. Sed unum duntaxat constituere uoluisse pręscriptionis centenarię, quod ipse luculenter exprimit, maiorem habet uerisimilitudinem.

Scio Accursium, Bart. Castrens. Salic. & alios magis communiter tria priuilegia iam dicta, huic legi attribuisse, sed uix moueor his argumentis, quibus ipsi nituntur. Primum est in illis uerbis: *Sine itaque memoratis religiosissimis locis, vel Ciuitatibus hereditas, vel legatum, vel fi-*

D *deicommissum fuerit relictum, siue donatio, vel vẽditio pręcesserit, &c. sit eorum penè perpetua vendicatio.* Vendicatio domino competit, ergo dominium translatum est.

Rñdeo, vendicationis uerbum ibi referẽdum esse ad res legatas, & per fideicommissum relictas, licet enim referatur etiam ad res donatas, tamẽ id minus propriè accipiendum est. Nec nouum est, illud uerbum sic aliquando accipiendum esse, ut ad multa relatum partim propriè, partim impropriè intelligatur, ut in l. Per diuersas. C. mand. ibi. *Cum certum sit pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea suppetebant iura sua vendicare, quàm ad alios transferre velle.* Vbi Glos. *Largè*, inquit, *pone vendicare, vt etiam contineat actionem personalem.*

Secundum argumentum est ex illis uerbis: *In his autem omnibus casibus non solum personales actiones damus, sed etiam in rem & hypothecariam.*

Respondeo, etiam uerba sequẽtia adiungenda ac perpendenda esse, sic enim habent: *Secundum nostrę consti-*

cutionis tenorem, quę legatarijs & fideicommiſſarijs & hypothecariam donauit. Cõcedit ergo Imperator tres actiones, ſecundum ſuæ Conſtitutionis tenorem. Conſtitutio autem illa tres actiones concedit, pro rebus legatis, & per fideicommiſſum relictis, non autẽ pro rebus venditis vel donatis, vt videri poteſt ex l. 1. C. commu. de legat. vbi illa conſtitutio continetur.

Reſpondet Salicetus, hanc interpretationem locũ habere non poſſe, quia textus dicit: *In his autem omnibus caſibus*, omnes autem caſus ſuperius expreſſi, non ſolùm pertinent ad res legatas, & per fideicommiſſum relictas, ſed etiam ad res venditas & donatas. Alioqui ſi ad res tantùm legatas pertinerent, vnus ſolus caſus eſſet, non autem omnes.

Replicatur, omnes caſus ſuperius expreſſos contineri hoc modo, vt ſcilicet tam Eccleſiæ, quàm Ciuitates, & pia loca, & captiui tres habeant actiones, pro rebus legatis & per fideicommiſſum relictis, quia ſequentia verba, *ſecundum noſtrę conſtitutionis tenorem*, ad hæc tantùm legata & fideicommiſſa referuntur.

Reſpondet Iaſon illa verba, *ſecundum noſtrę conſtitutionis tenorem*, non reſtringere præcedentia verba, quantum ad caſus expreſſos; ſed quantum ad modum; vt ſenſus ſit, tam in rebus legatis & fideicommiſſis, quàm donatis, & venditis, tres actiones competere, ſecundum tamen modum & formam conſtitutionis ſuæ.

Replicatur, id non eſſe veriſimile, quia ſic extenderet Imperator conſtitutionem ſuam, quæ de legatis & fideicommiſſis loquitur, etiam ad res donatas & vẽditas Eccleſijs, Ciuitatibus, & alijs expreſſis in hac lege: quod ſi facere voluiſſet, alia verba adiecisſet dicens, quam noſtram conſtitutionem etiam ad res donatas, & venditas ſuprà dictis porrigimus, extẽdimus, &c. Dum autem refert ſe ſimpliciter ad tenorem ſuæ conſtitutionis, non licet nobis eam extendere, ſed relatum eſſe in referente, interpretari debemus, cum omnibus ſuis qualitatibus, ſecundum iuris regulas nouiſſimas.

CAPVT XXXVIII.

Vtrum in Eccleſiam, & pias cauſas, ac Ciuitates, quibus hęreditas per fideicommiſſum reſtituenda eſt, tranſeant iura abſque reali vel verbali reſtitutione.

EX his quæ dicta ſunt in pręcedenti capite palam eſſe vr, haud quaquam conſiſtere poſſe eorum ſententiã, qui ex l. vlt. C. de ſacroſanct. Eccleſ. colligunt, in Eccleſias, Ciuitates, & pia loca, quibus ex fideicommiſſo hæreditas reſtituenda eſt, iura hæreditaria tranſire, abſque uerbali uel reali reſtitutione, licet in cæteris aliter ſit conſtitutum, ut notum eſt ex l. Facta. ex l. Reſtituta. ff. ad Trebel. ex §. Reſtituta. inſtit. de fideicom. hæred.

Ita docuerunt Bart. in d. l. vlt. & in quæſt. 13. incipiente, Filium adultum, Paulus Caſtrenſis, Iaſon in d. l. ult. & alij quos commemorat Tiraquel. de priuilegijs piæ cauſæ, Priuilegio 39.

Fundamentum enim eorum non eſt firmum, ſic ipſi ratiocinantur. Dominium tranſit in Eccleſiam, & Ciuitatẽ, & pias cauſas, abſque reſtitutione, Ergo nulla opus eſt reſtitutione reali uel uerbali. Nam quod textus d. l. ult. ait de hæreditate iſtis relicta, latè accipiunt, ſiue directò relicta ſit, ſiue per fideicommiſſum. Rurſus qđ text. dicit de fideicõmiſſis, latè accipiendum tam ſingularib. quibus ſcilicet ſingulæ res relictę ſunt, quàm uniuerſalibus, quibus hęreditas tota, uel eius pars relinquitur.

Non eſt ita; quia Iuſtinianus Imperator in d. l. ult. refert ſe ad conſtitutionem, quam pro legatarijs, & fideicommiſſarijs fecit in l. 1. C. commu. de leg. ibi uerò non loquitur de hęreditate directò uel per fideicommiſſum relicta, ſed de ſingularibus legatis, & fideicommiſſis, pro quibus conſequendis, tres concedit actiones.

A Addunt aliqui pro communiore ſententia textum in § Si quis autem pro redemptione, in Authent. de Eccleſiaſticis titulis, vbi dicitur, *Epiſcopum vendicare poſſe* relicta, pro redemptione captiuorum.

Sed nihil iuuat hanc ſententiam, quia intelligẽdus eſt de legatis & fideicommiſſis particularibus, vel ſi de vniuerſalibus fideicommiſſis intelligatur, interpretari debet ſecundum leges, quibus conſtitutum eſt, vt fideicommiſſarius res uendicare poſſit, facta ſibi uerbali uel reali reſtitutione. l. Facta. l. Reſtituta. ff. ad Trebell.

Contrariam igitur ſententiã, quam Baldus, Fulgoſius, & alij à Tiraquello annotati, loco proximè citato, ſecuti ſunt, amplector, nimirum nihil ea in re ſpecialiter contra iuris regulas conſtitutum eſſe fauore Eccleſiarum, Ciuitatum, & piarum cauſarum, & locorum, & ideirco reſtitutionem verbalem ſiue realem requiri, ut iura tranſeãt ex Trebelliano S. C. in fideicõmiſſarium, de quo agitur.

Pugnat pro hac ſententia iuris regula, quæ requirit re-
B ſtitutionem uerbalem uel realẽ, ut dictum eſt. Nec enim repetitur contrarium, ſingulariter his caſibus, conſtitutum. Iuuat eam quoq; l. Omnibus. ff. ad Trebell. vbi I.C. ait. *Omnibus Ciuitatibus quæ ſub Imperio Romano ſunt, reſtitui debere, & poſſe hæreditatem fideicommiſſariam, & actiones in eas ex Trebelliano transferri.*

CAPVT XXXIX.

Ad l. 1. C. de ſacroſanctis Eccleſiis.

IMperator Conſtantinus ad populum. *Habeat vnuſquiſque licentiam ſanctiſſimo, catholico, venerabilique concilio, decedens bonorum quod optauerit relinquere, & non ſint caſſa iudicia eius. Nihil enim eſt quod magis hominibus debeatur, quàm vt ſupremæ voluntatis, poſtquam iam aliud velle non poſſunt, liber ſit ſtylus, &*
C *licitum, quod iterum non redit arbitrium.* lege prima, C. de ſacroſanct. Eccl.

Rectè Alciatus hanc legem enarrãs ait: *Quoniam ante Conſtantinum Magnum collegia Chriſtianorum damnata erant, eorum ille profeſſionem primus Cæſarum ſyncera fide amplexatus, conſtituit vt quilibet facultatem haberet, quantum vellet, generali ipſius Eccleſiæ relinquendi.* Illud non rectè quod ſubdit: *Fuitq; tunc hæc lex intellecta, vt non ideo Clericis, & Monachis relinqui poſſet, aut particulari templo: Cuius rei rationem D. Hieronymus quadam ad Nepotianum Epiſtola his verbis attingit. Pudet dicere, Sacerdotes idolorum, mimi, & aurigæ, & ſcorta hæreditates capiunt, ſolis Clericis & Monachis hac lege prohibetur, &c. Vnde apparet,* inquit Alciatus, *recentiorum interpretatione factum, vt aliter hæc lex noſtro ſeculo, aliter in primitiua Eccleſia intelligeretur.*

Non rectè, quia S. Hieronymus loquitur de lege Valentiniani, Valentis & Gratiani, qui longè poſt Conſtan-
D tinum Magnum imperarunt. Hi iuſtas ob cauſas prohibuerunt Clericis & Monachis aliquid relinqui, in vltima voluntate, à mulieribus, quibus ſe priuatim prætextu religionis adiungebant, ut conſtat ex l. 20. C. Theodoſiano de Epiſcop. & Clericis, & diligẽter explicat Illuſtriſs. ac Reuerendiſs. Cardinalis Baronius in 4. tomo annaliũ Eccleſiaſticorum anno 370.

Ab eodem lapſu non procul abeſt Fornerius lib. 3. ſelectionum cap. 28. dum ſcribit, ante hanc legem Conſtantini vetitum fuiſſe lege ſuprà dictorum Valentiniani, Valentis & Theodoſij, Clericis & Eccleſijs legari. Nam inter omnes conſtat, non hos Imperatores ante Conſtantinum Magnum, ſed contra, ipſum ante eos uixiſſe, & imperio potitum eſſe.

Sed his omiſſis, maioris momenti diſputatio oritur, an uera ſit Bartoli ſententia in explicatione huius legis, quem Baldus ioci gratia Saturninum vocat, quoniam ſcilicet id dixerit, quod nec uſquam relatũ eſt, nec unquam

receptum,

xceptú, vt de Saturnino Vlpianus scribit in l. 1. ff. de Senatoriis. Bartolum tamen secutus est Paulus Castrensis, & Alciatus dixit eius sentētiam defendi posse. Existimauit Bartolus hanc legem ita accipiendam esse. Primò, vt vnusquisq; etiam non idoneus iure ciuili ad testandū, puta filiusfam. mutus, surdus, & similes, testamento legare possint bona sua Ecclesiæ. Secundò, eiusmodi testamentum valere, licet omnibus solennitatibus destitutum sit. Tertiò, hanc legem interpretatione restringendam ad eos, qui in articulo mortis constituti testantur.

Priorem expositionem probat ex verbo, *vnusquisque*, quo vsus est Constantinus. Alteram, ex illis verbis, *& non sint cassa iudicia eius*. Tertiam probat ex verbo, *decedens*, & verbis sequētibus, quibus mortis tempus designatur, *postquam aliud velle non possunt, &c.*

His accedunt hæc argumenta. Primum ex verbis tituli, sic enim inscribitur: *De sacrosanctis Ecclesiis, & de rebus & priuilegiis earum*. Priuilegium ergo cōtra ius commune continetur in hac lege. Consequēter ita debet intelligi, ne sit superfluum, sed vt locū habeat eo casu, quo iure communi, aliter est constitutum.

Secundum argumentum est. Nam si aliter hæc lex acciperetur, inutilis erit & supernacanea. Postquā enim Constantinus approbauit Christianam fidem, Collegiū Christianorum consequēter approbasse videtur, Collegijs autem approbatis testamento legari potest. l. Collegium. C. de hæred. instit. l. Cum Senatus. ff. de reb. dubijs.

Tertium argumentum. Miles liberum habet arbitriū testādi. l. 1. ff. de Testam. mili. Ideoq; etiam si mutus, vel surdus sit, testamētū facere potest. l. Iure militari. ff. eod. tit. Ergo in proposito idem est dicēdum, quia liberum arbitrium datum est Ecclesiæ bona legandi, licere vnicuique testari, & relinquere Ecclesię quantū voluerit bonorum suorum, licet alioqui iure ciuili testari prohibeatur.

Quartum. Is qui in loco hostili deprehenditur, & moritur, testari potest, quomodo velit, & quomodo potest. l. vlt. ff. de mili. testam. Ergo multò magis testari quocunq; modo voluerit, licet ei, qui in articulo mortis existens, & de salute animæ sollicitus, bona sua relinquit Ecclesiæ.

Postremum argumentum. Testamentum imperfectū inter liberos seruandum & custodiendū est. l. vlt. C. fam. hercis. l. Hac cōsultiss. §. Ex imperfecto. C. de Testam. Ergo multò magis in fauorem Ecclesiæ conditum, atque adeò pro salute animæ ipsius testantis.

Hæc sunt argumenta præcipua, omitto enim leuiora quædā ex brocardicis regulis desumpta, quæ nullius sunt apud eruditos authoritatis.

Hanc sententiā Bartoli, argumentis hisce non obstantibus, reijciēdam existimo, & sequor Accursium, Cynū, Baldum, Salicetum, Iasonem, Cagnolū, Corasium, & cæteros, tum antiquiores, tum recentiores, qui ita hanc legem interpretati sunt. Vnumquemque scilicet idoneum ad testandum, siue sit constitutus in articulo mortis, vel non sit, bona sua Ecclesiæ legare, & relinquere posse, si testamēto solennia fuerint adhibita; licet hoc vltimum iure canonico locum non habeat, vt infrà dicam.

Fundamentum est, quia nulla suppetit ratio, cur existimare debeamus, Cōstantinum verbis hisce generalibus tollere voluisse solennia testamentorum. Rectè enim Iustinianus in l. Si quando. C. de inoff. test. *Cùm Princeps liberam testamenti factionem concedit, intelligitur concedere legitimam & consuetam. Neque enim credendum est Romanum Principem, qui iura tuetur, huiusmodi verbo totam obseruationem testamentorum multis vigilijs excogitatam atque inuentam velle euerti.*

Constat præterea verba generalia legis de idoneis accipienda esse. l. Rescriptio. l. Vt gradatim. §. Et si lege. ff. de muneribus & hono.

Tertiò, testamenti imperfectum nullius est momenti, tantùm inter liberos seruatur, adeò vt nec Imperator quidem vendicare hæreditatem ex testamento imperfecto possit. l. Ex imperfecto. C. de Testam.

A Quartò, hæc sentētia probatur ex l. Generali. 13. C. de sacrosanct. Eccles. vbi Valētinianus & Martianus viduis potestatem concedunt, & religiosis fœminis relinquendi bona sua Ecclesiæ testamento, vel codicillo, *quod tamen*, inquit textus, *omni iuris ratione munitum sit*.

Respondet Bartolus, legem illam non loqui de eo, qui in mortis articulo constitutus, testamento, vel codicillo relinquit bona sua Ecclesiæ. Nō rectè, quia illa lex loquitur generaliter testamento vel codicillo. Constat autem testamentum & codicillū ordinari posse tam ab eo qui sanus est, quàm ab infirmo, & in articulo mortis cōstituto.

Respondet secundo loco Alciatus, verba illa: *Quod tamen omni iuris ratione munitum sit*, excludere vitium & impedimentum ex iure naturali prouenienes, vtputa, si furiosus vel pupillus testamentum facere velit, & Ecclesiam instituere hæredem.

Non rectè, quia textus dicit, omni iuris ratione munitum sit. Qui dicit omne, nihil excludit: Igitur ita debet B esse munitum, ut nullum uel iuris naturalis, uel ciuilis impedimentum, ac uitium subsit.

Postremò, hanc legem ita accipiendam esse, vt dixi, patet ex summi Pontificis Epistola in c. Relatum. de testamentis, cùm ait: *Mandamus quatenus cum aliqua causa talis ad vestrum fuerit examen deducta, eam nō secundum leges, sed secundum decretorum statuta tractetis: tribus aut duobus testibus requisitis, quoniam scriptum est, in ore duorum vel trium stet omne verbum*. Si iure ciuili, hoc est, ex hac Constantini lege non essent necessaria solennia, ut Bartolus existimauit, S. Pontifex non prohibuisset eiusmodi causas tractari secūdum leges, quia nec leges solennia exigerent, magis quàm decretorum statuta.

Ad primum argumentum Bartoli ex uerbo: *Vnusquisque*, responsio patet ex ijs quæ dicta sunt. Debet enim intelligi de idoneis, & habilibus ad testandum.

Ad secundum ex uerbis tituli, respondeo sufficere, ut hæc lex aliquid contineat de Ecclesijs, & de rebus ad eas C pertinentibus, nec necesse esse, ut omnes leges singulare aliquod priuilegium contineant contra iuris regulas.

Ad tertium argumentū ex uerbo, *decedens*, respōdeo, non idcirco excludēdos esse eos, qui uel sani corpore, uel extra mortis periculum testantur, quia Imperator rationem habuit eius, quod sæpius contingit: Sæpius enim homines testantur cùm sunt in periculo mortis, & quia testamentum ex morte & ultima uoluntate uires sumit.

Ad quartum argumentū dico, non inutilem esse hanc Constantini legem. Nam propter Imperatorū gentilium persecutiones, fideles Christiani non audebant bona sua Ecclesijs legare. *Mirum autem dictu*, inquit *Illustriss. Baronius tomo 3. anno 321. relaxata semel libertate fidelium* (per hanc legem Constantini) *in relinquendis, vltima voluntate, suis bonis Ecclesiis, adeò aucta sunt illarum diuitiæ, vt posteriores Imperatores veriti ob eam causam reipublicæ detrimentum, & paupertatem, conati sint iterum ab huiusmodi profusis largitionibus cohibere fideles.*

D Ad cætera argumenta respondeo, negando consequentiam. Ita in militibus constitutum est. Item in ijs qui in hostico moriuntur. Item in testamento inter liberos. Ergo idem constituendū est de ijs, qui bona sua relinquunt Ecclesijs. Nā non est hoc leges conditas interpretari, sed nouas cōdere, quod iuris interpretibus permissum nō est.

CAPVT XL.

Sufficiatne iuratoria cautio cùm vsufructuarius satisdare non potest.



Vsufructuarius cauere debet se usurum boni uiri arbitratu, & cùm ususfructus ad eū pertinere desinet, restituturum quod inde extabit l. 1. ff. Vsufr. quēadmo. caueat. l. 4. C. de vsufr. Et quia lex satisd uerbo utitur, cautio intelligitur cum fideiussoribus. l. 1. ff. qui satisdat. cog.

l. Sancimus. C. de verb. ſign. Vnde oritur controuerſia, ſi vſufructuarius fideiuſſorem inuenire non poſſit, an ſufficiat iuratoria cautio, aut quod aliud remedium ſit. Et animaduerti quatuor eſſe Doctorum ſententias hac de re. Prima, iuratoriam cautionem non ſufficere, & ideo vſumfructum vendicari non poſſe. Authores ſunt Accurſius in l. 4. C de vſufr. Bertrandus in conſ. 144. lib. 3. Romanus conſ. 439. nu. 10. Iaſ. ad l. 1. nu. 23. & ibid. Socinus ſenior, nu. 22. ff qui ſatiſd. cogan.

Fundamentum eſt in legibus quibuſdam, in quibus conſtitutum eſt cautionem iuratoriam nõ admitti, quoties cum fideiuſſoribus cautio requiritur, l. Filiusfam. §. Diui. verſ. ijdem Principes. ff de leg. j. l. 2. C. de tutore vel curat. qui ſatis non dedit. Sed ad rem magis pertinet. l. 7. ff. vſufructuari. quemad. cau. vbi Vlpianus ſic ait: *Si vſusfructus nomine, tradita re, ſatiſdatum non fuerit, Proculus ait, poſſe heredem rem vendicare*, &c. & l. vlt. ff. eod. tit. vbi idem Vlpianus inquit: *Ergo cum non fiant fructuarij vaſa, vendicari à proprietario poſſunt, cautione non data.*

Altera eſt ſententia, ſufficere iuratoriam cautionem hoc in caſu, niſi fructuarius ſuſpectus ſit, & malæ conditionis & vitæ. Authores ſunt Bart. ad d. l. 4. C. de vſufr. Guido Papę deciſ. 189. nu. 1. Marſilius in pract. criminali. §. Diligenter. nu. 104. Io. Immolenſis ad l. Cùm non facilè, nu. 2. 3. ff. ſi cui plus quàm per legem falcid. Portius lib. 3. comm. concl. c. 18. in 8. Ampliatione. Cacheranus deciſ. Pedemontana 153. Pinelius ad l. 1. C de bonis matern. in 2. par. nu. 79. Andreas Gevll. lib. 2. obſeru. 47.

Fundamentum eſt in aliquibus legibus, quibus conſtitutum eſt, iuratoriam cautionẽ ſufficere in caſibus, quibus fideiuſſor inueniri non poteſt. l. Cùm non facilè. ff. Si cui plus quàm per legem falcid. l. 1. §. Super peculio. C. de aſſer. tollen. Auth. Generaliter. C. de Epiſcopis & Clericis. §. Sed hodie. inſtit. de Satiſdatione.

Tertia eſt ſnĩa, hoc in caſu, quia fideiuſſor nõ põt inueniri, & dubiũ eſt, an ſufficiat iuratoria cautio, aliud remediũ eſſe, vt ſequeſtrent̃ bona apud aliquẽ virũ honeſtũ, diuitem, ac probũ, qui pręſtet fructus eorum vſufructuario. Ita olim docuit Gulielmus de Cuno, & idem ſenſit Bart. eo in caſu, quo vſufructuarius ſuſpectus eſt in d. l. 4. C. de vſufr. refertq; Guido Papę, hanc ſententiam ſecutum fuiſſe Parlamentum Gratianopolitanum deciſ. 250.

Quarta eſt ſnĩa, proprietarium hoc in caſu bona retinere poſſe, & vendicare, ſed fructuario annuatim certam vel fructuum, vel pecunię quãtitatem pendere oportere, ipſiq; fructuario, de ea pręſtanda idoneè cauere. Ita Angelus ad l. Hac edictali. §. His illud. nu. 6. C. de ſecundis nupt. Salicetus in d. l. 4. C. de vſufr. Borgninus Caualcanus alios citans de vſufructu mulieri relicto, nu. 150.

Fundamentum eſt in d. l. Hac edictali. §. His illud. C. de ſecundis nupt. in illis verbis: *Vel certè, ſi fideiuſſiones idoneas pręſtare diſtulerit, aut nequiuerit, prędictę res mobiles nondum matri à liberis traditæ, apud eoſdem manebunt, ſoluta verò eidem matri, vel ab eadem detentę reſtituantur liberis, ſi tam ab his fideiuſſio idonea matri fuerit oblata, quę cauere debet, quod eidem ſuperſtiti pro vſufructu earundem rerum mobilium, vel precio, quo taxatę ſunt, vſurarum nomine centeſimæ partem tertiam annuis quibuſq; temporibus pręſtare non differant*, &c.

Scribit Mynſingerus centur. 6. obſer. 48. cùm harum quatuor opinionum conflictus in Camera Imperiali incidiſſet, quamuis eam ſententiam de iure veriorem Aſſeſſores exiſtimauerint, quę vſumfructum non deberi, ob non pręſtitam cautionem docet: æquiſſimam tamen hanc poſtremam ſententiam iudicaſſe; quia hac ratione & proprietario conſultum eſt, & vſufructuario.

Et hanc ſnĩam ipſe quoque amplector, licet enim ex l. 7. & vlt. ff. vſufruct. quemad. cau. necnon ex l. Si vſusfructus 16. ff. de vſufr. rectè defendi poſſit, ſi non fuerit ſatiſdatum, vſumfructum non deberi, tamen quia Vlpianus nõ de hac facti ſpecie loquitur, qua fructuarius fideiuſſorem inuenire non poteſt; non prorſus excludere vr̃ hoc remedium Imperatoris in d. l. Hac edictali. §. His illud. Nobis igitur in re maximè dubia (ſiquidẽ leges quandoque iuratoriam cautionem probant, quandoque reijciunt,) amplecti licet æquiorem ac benigniorem ſententiam, nec fructuario aliquid iuris detrahentem, nec proprietario, & Aſſeſſorum Imperialis iudicij authoritate munitam, quæ meritò in tam excelſo loco poſita eſt, vt nefas ſit, temerè ab ea recedere.

CAPVT XLI.

De vſufructu earum rerum quæ vſu conteruntur, qualis ab vſufructuario præſtanda ſit ſatiſdatio.

SVnt quædam res, quæ vſu conſumuntur veluti pecunia, vinum, frumentum, oleum, & id genus alia; ſunt & alia quæ minuuntur, veluti veſtes, dolia, & cætera mobilia. De rebus prioris generis poſtea dicetur, nunc de his, quæ vſu minuuntur dicam. Vtrum fructuarius ſatiſdationem præſtare teneatur ſe reſtituturum eiuſmodi bona, finito vſufructu in ea bonitate, & æſtimatione, cuius erant tempore, quo fuerunt ei traditæ, an verò ficut erunt finito vſufructu.

Et vt ſtatim me expediam, puto eas res reſtituendas, prout inuenientur finito vſufructu, nulla ratione habita æſtimationis, quæ erat tempore traditionis.

Mouet me tex. in l. Si vſusfructus. §. Si veſtis. ff. vſufructua. quemadmo. caueat: *Si veſtis vſusfructus legatus ſit, ſcripſit Pomponius, quanquam hæres ſtipulatus ſit, finito vſufructu veſtem reddi, attamen non obligari promiſſorem, ſi eam ſine dolo malo attritam reddiderit.*

Secundò mouet l. 1. ff. Vſufructua. quemad. caueat, vbi Vlpianus ait: *Si cuius rei vſusfructus legatus ſit, æquiſſimum Prætori viſum eſt de vtroque legatarium cauere, & vſurum ſe boni viri arbitratu, & cùm vſusfructus ad eum pertinere deſinet reſtituturum quod inde extabit. Hæc ſtipulatio ſiue mobilis ſit res, ſiue ſoli, interponi debet* Et poſt pauca: *Cauere autem debet boni viri arbitratu perceptum iri vſumfructum, hoc eſt, non deteriorem ſe cauſam vſusfructus facturum, cæteraq; facturum, quæ in re ſua faceret.*

Ex hac lege primùm perpendo, vſufructuarium eodẽ modo teneri ad res mobiles reſtituendas, quo tenetur ad reſtituendas res ſoli, hoc eſt, immobiles.

Secundò, fructuariũ teneri reſtituere, quod inde, hoc eſt, finito vſufructu extabit.

Denique arbitrio boni viri frui debet, & omnia facere, quæ in rebus ſuis faceret.

Si igitur rebus mobilibus vtatur ſecundùm arbitrium boni viri, & in ijs verſetur vt virum bonum decet, & prout verſatur in ſuis rebus, nihil proponi video, cur ſi res vſu ipſo conterantur, atque diminuantur, eo nomine teneatur, eamque æſtimationem præſtare obligatus ſit, quæ tempore traditionis erat. Alioquin non videretur vſumfructum, hoc eſt, ius vtendi & fruendi habere liberè, ſed cum onere admodum graui, nec gratuitò, ſed quodammodo cum obligatione mercedis dandæ propter vſum. Fac enim rem ex vſu æſtimatione diminutã, quia tempore traditionis æſtimabatur decem aureis, finito vſufructu æſtimatur tribus, tenebitur ſoluere quod deeſt æſtimationi, quæ fuit traditionis tempore; quod abſurdum videtur.

Atque ita docuerunt Ioan. Imolenſis, poſt Florianum, quem citat in c. vlt. nume. 24. de pign. Franciſcus Marcus deciſ. 818. in 1. parte.

Sed contrarium reſponderunt Alex. in conſi. 58. nu. 6. lib 3. Socinus ſenior conſilio 9. lib. 4. Pinelius ad l. 1. in 2. parte poſt nu. 80. C. de bonis mater. & alij quos commemorat Antonius Theſaurus deciſ. Pedem. 80.

Fundamentum eſt in l. Si vini. ff. de vſufr. ear. rer. quæ vſu conſum. vbi Caius: *Si vini, olei, frumenti vſusfructus legatus erit, proprietas ad legatarium debet transferri, & ab eo cautio deſideranda eſt, vt quandoque cùm is mortuus, aut capite minutus ſit, eiuſdem qualitatis res reſtituan-*

vestiuantur, aut æstimatis rebus certa pecunia nomine cauendum, quod & commodius est. Idem scilicet de cæteris quoque rebus, quæ vsu consumuntur, intelligimus. Idem docet Imperator in §. Constituitur. inst. de vsufr. vbi nominatim fit mentio vestimentorum.

Respondeo, illud responsum Caij pertinere ad earum rerum vsumfructum, quæ vsu consumuntur, de quibus iam nostra disputatio non est. Non obstat mentio vestimentorum è Iustiniano facta, quia illud est accipiendum de vestimentis, quæ breui tempore vsu consumuntur, de quibus nunc non loquimur.

Ratio differentiæ est, quia vsusfructus earum rerum, quæ vsu consumuntur, consistere non potest, nisi per cautionem quam fructuarius præstat. Cautio autem debet procul dubio esse de restituendis rebus eiusdem qualitatis, quia vsusfructus est ius vtendi & fruendi rebus alienis, salua rerum substantia. Per cautionem autem substantia conseruari videtur, dum eiusdem qualitatis res per eam restituuntur. At in rebus, quæ vsu non consumũtur, sed aliquo pacto minuuntur, & conteruntur, adeò vt post longum tempus salua quidem rei substantia sit, verum fortè non eiusdem æstimationis, ac precij; in his, inquam rebus, vsusfructus optimè consistit. Et si restituantur finito vsufructu, prout tunc reperiuntur, non deteriores factæ dolo, vel culpa fructuarij in eis, bona fide, & secundum boni viri arbitrium versantis; sed paululum minutæ, contritæve, ac proinde minoris æstimationis effectæ, satis suæ obligationi fructuarium fecisse crediderim.

CAPVT XLII.

Vtrum ei cui vsusfructus relictus est earum rerum, quæ vsu consumuntur, cautio à testatore remitti possit?

PEtrus & Cynus in l. 1. C. de vsufru. existimarunt, cautionem remitti vsufructuario posse à testatore in ijs rebus, quæ vsu consumuntur, veluti pecuniæ, vini, olei, frumenti, & similium, secuti eandem sententiam sunt, Andreas Siculus in cons. 64. lib. 2. Ancharanus, Panormitanus & Collectar. in c. vlt. de pign. & Alexander quem nemo citat in consi. 120. nu. 6. 7. lib. 7.

Fundamentum ponunt in eo, quod ratio legis prohibentis hãc cautionem remitti, cesset in ijs rebus, quæ vsu consumuntur. Fauor scilicet hæredis, & ne fructuario detur occasio delinquẽdi. Hodie enim hoc iure vtimur, vt testator possit legibus derogare, quæ ad hæredis fauorem & commodum spectant. Potest enim hæredi auferre legis falcidiæ beneficium, vt in Nouella de hæredibus & falcidia. Occasio autem delinquendi cessare videtur in ijs rebus, quæ vsu consumuntur, quoniam earum dominium in fructuarium transfertur, vt in l. Si vini. ff. de vsufruct. ear. rer. quæ vsu consumuntur.

Sed contrarium docuerunt Ioan. Imolen. in c. vlt. de pign. circa finem, Bartolus, Baldus, Fulgosius & Castrensis in d. l. 1. C. de vsufru. nec non Pinellus ad l. 1. C. de bonis mater. in 2. parte, post nu. 76.

Et istis ego assentior. Primùm ex generali iuris regula. Nemo potest facere quin leges locum habeant in suo testamento. l. Nemo potest. de legatis primo.

Nec obstat, quod dicitur testatorem prohibere posse, ne lex falcidia locum habeat, quia id non est producendum ad consequentias. Non enim si in vno vel altero casu id permissum est, ad omnes alios producendum videtur. l. Ius singulare. l. Quod uerò. ff. de legib.

Secundò ex l. 1. C de usufr. Seuerus & Antoninus: *Si vsusfructus omnium bonorũ, vxoris testamento, marito relictus est, quamuis cautionem à te prohibuerit exigi, tamen non aliter à debitoribus, solutam pecuniam accipere poteris, quàm oblata, secundùm formam Senatusconsulti, cautione.*

Hic agitur de vsufructu pecuniæ, vt patet ex illis ver-

A bis: *solutam pecuniam*, & ex mentione facta Senatusconsulti. Illud enim habet locum in vsufructu earum rerum, quæ vsu cõsumuntur. l. ff. de vsufruct. earum rer. quæ vsu consum. in vsufructu aliarum rerum locus est cautioni ex edicto Prætoris.

Postremò ex l. Si pecuniæ ff. vt in possess. legato. Iulianus: *Si pecuniæ numeratæ vsusfructus legatus esset, & in testamento cautum, ne eo nomine satisdaretur, proprietas legata non est, sed legatario permittendum est satisdare, & vsumfructum pecuniæ habere. Et propterea in hac propositione nullæ Prætoris erunt partes, quia nisi satisdetur, agi cum hærede non poterit.*

Hic vides remitti non posse cautionem, quia textus dicit, *nisi satisdetur, agi cum hærede* non posse, & loquitur de vsufructu pecuniæ numeratæ.

Ad argumentum contrariæ sententiæ respondeo, rationem legis esse, quia nemo potest facere, quin leges locum habeant in suo testamento, quæ ratio locum habet B etiam in vsufructu earum rerum, quæ vsu consumuntur, vt patet. Et cùm in his terminis leges sint apertæ, frustrà generales quædam rationes opponuntur.

CAPVT XLIII.

Cautio in vsufructu earum rerum, quæ vsu consumuntur, an sit de substantia vsusfructus?

NOn puto esse de substantia, vt verbis vtar vulgaribus, cautionem in vsufructu earum rerũ, quæ vsu cõsumuntur, quia si de substantia esset, omitti non posset. Omitti verò posse palam est ex l. 5. §. Hoc Senatusconsultum. ff. de vsufru. ear. rer. quæ vsu consum. & ideo assentior Pinello ita docenti post Accurs. Azonem, Immolensem, Fabrum & alios, quos ipse citat ad l. 1. C. de bonis maternis in 2. p. nu. 78.

Contrarium docuerunt Bart. in l. 1. nu. 12. C. de vsufr. C Baldus, Salicetus & Fulgosius ibid. Iasad l. 1. nu. 125. de leg. 1. & ibidem Alciatus num. 32. Socinus iunior in cõs. 72 num. 3. lib. 2.

Fundamentum statuunt in l. 2. de vsufruct. earum rerum, quæ vsu consum. *Sed de pecunia*, inquit textus, *rectè caueri oportet ijs, à quibus eius pecuniæ vsusfructus legatus erit, quo Senatusconsulto non id effectum est, vt pecuniæ vsusfructus proprius esset. Nec enim naturalis ratio authoritate Senatus mutari potuit, sed remedio introducto cœpit, quasi vsusfructus haberi.* Et in §. Constituitur. inst. de vsufruct. *Sed vtilitatis causa*, inquit, *Senatus censuit posse etiam earum rerum vsumfructum constitui, vt tamen eo nomine hæredi vtiliter caueatur, &c.*

Respondeo, cautionem quidem hoc efficere, vt vsusfructus videatur haberi earum rerũ, quæ vsu consumuntur, sed iam quæstio est, an talis cautio ita substãtialis sit, vt sine ea vsusfructus obtineri non possit: Et placet, quia quilibet renunciare potest ijs quæ in fauorem suum in-D troducta sunt, si non exigatur hæc cautio, nihilominus vsumfructum impropriè dici, ex quo consequitur nõ esse de substantia: potest enim hæres fructuarij fidem secutus ei pecunias vtendas, & reliqua, quæ vsu consumuntur, permittere, ac tradere absque cautione, finitoque vsufructu, ipsam quantitatem, vt Sabinus dicebat, condicere.

CAPVT XLIV.

Operis noui nunciatio manifestè iniusta, an impunè contemni possit ad l. 1. ff. de operis noui nunc.

VLpianus in l. 1 ff. de operis noui nunc: *Hoc edicto*, inquit, *permittitur, vt siue iure, siue iniuria opus fieret per denunciationem inhiberetur, deinde remitteretur prohibitio, eatenus, quatenus prohibendi ius, is qui nũciaret, nõ hæret.* Et in l. Prætor ait.

A §.Interdictũ.ff.eod. *Qui igitur facit*,inquit, *& ius faciendi habuit, tamen contra interdictum Prætoris facere videtur,& ideo destruere cogitur.* Et in §.Ait Prætor,eadem lege,*quod factum est*,inquit,*iubet restitui, neque interest iure factum sit an non.siue igitur iure factum est,siue non iure factum est,interdictum locum habebit.*

His Vlpiani respõsis consentaneũ est, quod idẽ scribit in l.1.§.Parui. ff. Quod vi aut clam, ibi: *Et parui refert, vtrum ius faciendi habuit an non,siue enim ius habuit,siue non,interdicto tamen tenetur propter hoc, quod clam fecit.*

Nec his absimile est quod Paulus scribit in l. Sed eximendi.§.penul.ff.Ne quis eum qui in ius vocat.est,vi eximat. *Item si quis eum qui per calumniam vocabatur exemerit,constat eum hoc edicto teneri.*

Quibus testimonijs adductus sententiam Alberici valde probabilem esse indicaui,existimantis operis noui nũciationem haudquaquam sperni posse, licet manifestum sit non iure factam esse. Præsertim verò locum habere B hanc sententiam puto, cùm iuramento calumniæ nuncianti præstito inhibitio à Prætore facta est, iuxta l.De pupillo.§.Qui opus nouũ.ff.de op.no.nunc. Etsi enim manifestum sit,nũciationem iniustam esse,& eum cui nunciatur iure ædificare, non potest tamen sua authoritate is,cui nunciatum est, nunciationem factam contemnere, sed vel remissionem obtinere debet, vel præstita satisdatione sibi prospicere l. Prætor ait. §. Deinde ait. ff. de op.no.nunc.

Contrarium docuerunt Baldus, Iason, Ruinus,Crotus,Alciatus & alij in explicatione d.l.1.ff.de op.no.nun. sed eorum argumenta nihil obstant.

Primum est, Difficilius aliquid tollitur postquam factũ est, quàm fieri prohibeatur l.Pater furioso.ff.de his, qui sui vel alie. iuris sunt. Sed cùm constat nunciantem opus nouum, ius nunciandi non habere,remittitur prohibitio iam facta,ergo multò magis nunciatio,siue prohibitio ab initio contemni potest.

C Respondeo, argumentum fallaciam continere, vt Iason quoque fatetur, quia sine dubio nunciatio fieri prohibetur, si nullum nuncianti ius competat, sicut & eo in casu, nunciatio facta remittitur, sed hoc à Prætore cognoscendum est, non ab eo cui nunciatur. Licet enim ita sit, non debet Prætoris maiestatem contemnere,sed remissionem impetrare, iura sua deducendo apud ipsum Prætorem.

Secundum argumentum, leges non permittunt aliqoid iniustum. l. Meminerint. C. Vnde vi.& prætor id maximè non debet permittere,qui æquitatem ante oculos habere debet.l.quod si Ephesi.ff.de eo, quòd certo loco. Sed nisi recipiatur hæc interpretatio,leges videntur iniqua permittere, vt nimirum is qui nullum habet ius nunciandi opus nouum, prohibeat ædificantem, Ergo recipienda est interpretatio ista, vt nunciatio sperni possit:si notorium fit ei qui opus nouum nũciauit, non competere ius nunciandi.

D Respondeo, id iniquum non esse, qui vtrum habeat ius ædificandi, necne, is cui nouum opus nunciatur, à Prætore iudicandum & decernendum est, remittendaque erit à Prætore nunciatio eatenus, quatenus is qui nunciauit, ius nunciandi non habuerit. Non igitur sibi quisquam ius dicere debet,& magistratum contemnere. l.Non est singulis.de reg.iuris.

Tertium argumentum est à simili.Spoliatus ante omnia restituendus est l. Si quis ad se fundum. C.vnde vi c. In literis de restit.spol. Veruntamen si notorium sit,nullum ei ius competere,restituendus non est.c.Ad decimas de restit.spol.lib.6.

Rursus aduersus tres conformes sententias, nullitatis exceptio opponi non potest, ad impediendam executionem Clem.vt calumnijs de re iud. Veruntamen si notoria sit nullitas, potest;vt notat Alex. in cons.77.nu.16.& cons.106.in fine,lib.3.Romanus sing.291.

Rursus, Ex quacunque causa vocatus ad iudicẽ venire A debet.l.2.ff.Si quis in ius voca.non ierit. Veruntamen is qui extra territorium vocatus est, non tenetur venire.l.vlt.ff.de iurisd.om. iud. quia scilicet manifestum est, vocari non potuisse.

Ad hæc & similia,quæ adferri possunt exempla, & argumenta rñdeo, vt maximè vera sint,quod nunc non disputo, nõ pertinere ad qõnem nostram. Nã non probãt, quempiam sibi ius dicere posse,vel Magistratum, aut Edictorum eius authoritatẽ contemnere posse sub colore iuris sui notorij. Et cùm de magistratu loquimur, simul præsupponimus eum,cui nouum opus nunciatur, subiectũ esse iurisdõni,& Imperio eius; ac proinde illud exẽplum de non subdito, cui aliquid præcipitur à magistratu non suo, longè a proposito nostro alienum est.

Quartum argumentum sumitur ex legibus,quib. apertè dicitur,quandoque non valere ipsam noui operis nunciationem,vt in l.1.§.Quod si quis in mari.in l.De pupillo.§.Si quis riuos.& §.Si plurium.& in l.Qui viam.ff.de B op.no.nun. & alibi.

Respondeo,in casibus in quibus iure constitutum est, nunciationem fieri non posse, eam quoque nullius esse momenti,quia fit lege,eã fieri prohibente.l.Non dubiũ. C.de legib. Non ergo obligauit eum cui nunciatur, nullum effectum pariet, nullum impedimentum præstabit. c.Non præstat impedimentum.de reg.iuris,lib.6. Sed de his speciebus,quæ legibus cõprehensæ sunt, nostra quæstio & conclusio accipienda non erit.

CAPVT XLV.

Aedificans spreta noui operis nunciatione, an demoliri cogatur, cùm litem super negocio principali contestatus est?

SI is,cui opus nouum nunciatum est,ante re- C missionẽ ædificauerit, deinde ceperit agere,ius sibi esse ita ædificatum habere; Prætor actionem ei negare debet,& interdictũ in eum,de opere restituendo reddere. Ita respondit Vlpianus in l.1.§.Sed si is.ff.de noui oper.nũc.

Cæterùm hic controuertitur. Quispiam spreta operis noui nunciatione ædificauit, deinde cum aduersario litem super negocio principali contestatus est, scilicet an liceret ædificare necne, Vtrum ante omnia ædificiũ demoliri debeat,& in eum competat interdictum de opere demoliendo, priusquam de ipso principali negocio, hoc est,iure ædificaodi cognoscatur?

Respondet Ias.ad l.j.nu.3.in 4.lim.ff. de oper.no.nun. de toto principali negotio prius cognoscendum esse, nec ante omnia ædificium demoliendum; quoniam ea quæ dicuntur attentata,reuocari debent ante litem contestatam super causa principali. Iudex enim qui de meritis causæ cepit cognoscere, super illis pronunciare debet,nõ D autem super attentans, secundum Baldi sententiam, in cons.245.nu.2.lib.2. quam ante eum Speculator habuit in tit.de Appellationibus.§.Nouissimè,circa fidem.

Sed quoniam sententia hæc Baldi magnoperè controuersa est, prius eam examinare oportet, quàm proposita quæstio à nobis decidatur. Præiudicium enim illa continet huius principalis quæstionis: si vera est sententia Baldi, rectè Iason monet, si falsa est,Iasonis quoque sententia falsa erit.

Igitur à sententia Baldi & Speculatoris alij sunt, quos commemorat Iacobus Menochius, de recup. possess. remedio 17.nu.37.

Argumenta verò sunt ista. Primum ex c.Significante. de appellat. vbi vertebatur quæstio, an liceret alijs,q̃ in stallis Decani & Capituli carnes vendere. Et cum lite pendẽte carnes in alijs stallis venditæ essent,instituit Decanus & Capitulũ,vt quod factũ fuerat, velut attentatũ reuocaretur, sed rñsum fuit, id peti non potuisse,quibus iudicibus ex consensu partium, certus erat constitutus

dies ad

dies ad litigandum, ſuper ipſo negotio principali; quod reſponſum cùm iudices non admitterent, ſed potius reijcerent, fuit ad ſedem Apoſtolicam appellatũ, & S. Pontifex pro appellante pronunciauit.

Secundum eſt ex l. 1. §. Non ſolùm. ff. vt legatot. nom. cauea. in illis verbis: *Planè, ſi quis omiſſa ſtipulatione, litem de legato conteſtatus ſit, probandum eſt ceſſare debere ſtipulationem*.

Tertium argumentum eſt ex c. 1. de reſtit. ſpoliat. vbi dicitur, quanquam ante omnem contentionem poſſeſſio violenter ablata ſit reſtituenda, tamen quia ſpoliato conſentiente, pars aduerſa conſtituit ſe legitimè probaturam de ſuo iure, S. Pontifex reſpondit, veritatem eſſe ſuper eo inquirendam.

Quartum eſt ex regula vulgari ſed brocardica. Quãdiu ordinatium ſupereſt auxilium, non eſt ad extraordinarium recurrendum. Eſt autem ordinatium auxilium ipſius cauſæ principalis deciſio: Extraordinarium verò, attentatorum reuocatio. Ergo de cauſa principali cognoſcendum videtur omiſſis attentatis. B

Contrarium docuerũt Io. Andr. Geminianus & Ancharanus in c. Non ſolùm de appell. lib. 6. & alij quos refert & ſequitur Menochius de recup poſſeſſ. remedio 17. nu. 37. Lancellonis de Attentatis in 3. par. c. 23. nu. 9. vbi etiam refert deciſionem Rotæ Romanę 25 aliàs 185. Licet pars rea. de appellat in nouiſſ.

Argumenta ſunt iſta. Primum, quia per litis conteſtationẽ non ſolet deterior fieri conditio eorũ, qui litẽ conteſtati ſunt. l. Non ſolet. l. Nemo enim, de reg. iur.

Secundum eſt ex c. Nõ ſolùm, de Appel. li. 6 quatenus textus dicit, attẽtata ſemper ante omnia reuocanda eſſe.

Tertium argumentum eſt, quia etiam in interdicto Vnde, vi ſpoliatus ante omnia reſtituendus eſt, licet ſuper petitorio lis fuerit conteſtata, Clem. 1. de cauſa poſſeſſ. & propriet. ſecundum communiorem ſententiam, teſte Ripa in l. Naturaliter. §. Nihil commune, nu 161. ff. de acq. poſſeſſ.

Ego poſteriorem hanc ſententiam probabiliorem iudico, quia pro ea iuris regulæ pugnare videntur. Attentata inprimis reuocanda eſſe. Spoliatum ante omnia reſtituendum; Pro contraria verò ſententia nullum ſolidum argumentum adfertur.

Primum enim ex cap. Significante, de appellat. nihil obſtat. Ratio enim deciſionis illius eſt, quia cùm de conſenſu partium coram iudicibus ad litigandum ſuper ipſo negotio certus dies ſtatutus fuiſſet; & quantum ad illum diem ſolutum fuiſſet iudicium, præuenire diem ipſum, ac audire partem aduerſam, in tali implotatione (ſcilicet reuocationis attentatorum) abſque conſenſu partis alterius non debebant: de hac facti ſpecie quæſtio noſtra accipienda non eſt.

Secundũ argumentum ex d. l. 1. § Non ſolùm, ideo nõ obſtat, quia loquitur, quando omiſſa ſtipulatio eſt, quę ad cautionem ſcilicet præſtãdam pertinet, non verò loquitur vbi omiſſa non eſt petitio reuocationis attentatorũ, imò pars petijt reuocari attentata, deinde lis conteſtata eſt ſuper negotio principali.

Ad tertiũ ex c. 1. de reſtitut. ſpoliat. rñdeo, S. Pontificẽ loqui, cùm pars cõſenſit, vt de re ipſa principali cognoſcatur, vt patet ex illis verbis, *quia conſentiẽte illo*, &c. Talem conſenſum non ſupponimus in quæſtione noſtra.

Ad quartum reſpondeo, vt verum ſit brocardicum illud, quod falſum eſſe aliquando oſtẽdam, nec rectè ad rẽ noſtram applicari, quia nunquam attentata in primis eſſent reuocanda, nunquam ſpoliatus ante omnia reſtituẽdus eſſet: quia ſemper dici poteſt remedium ordinarium ſupereſſe, vt nimirum de cauſa principali cognoſcatur, qua ſanè allegatione nil ineptius allegari poteſt.

His ita conſtitutis, ita puto planum eſſe quid ad propoſitam quæſtionem reſpondendum ſit Nam reſpondẽdum eſt, ędificium eſſe demoliendum antequam cognoſcatur, an ius ædificandi habuerit is, cui nouũ opus nun-

A ciatum eſt, iuxta l. 1. §. Sed ſi is. ff. de oper. no. nunc. quam ſententiam contra Iaſonem egregiè defendit eruditiſſimus Siluius Spanochius lib 4. quæſtionum ad tit de operis noui nunciatione. Gratiſſima eſt occaſio mentionem faciẽdi D. Siluij. Eſt enim frater Excellentiſſ. D. Angeli Summi profeſſoris Bononiẽſis, & Clariſſ. ac p̃ſtantiſſimi D. Horanij; quibuſcum mihi nõ vulgaris neceſſitudo eſt.

CAPVT XLVI.

Ad l. 3. §. 1. & l. De pupillo. §. Si plurium ff. de ope. noui nunciat.

VLpianus in l. 3. § 1. *Si in loco communi quid fiat, nunciatio locum habebit aduerſus vicinum. Planè ſi vnus noſtrum in communi loco faciat, non poſſum ego ſocius nouum opus ei nunciare, ſed eũ prohibebo, communi diuidundo iudicio vel per Prætorem.*

B Aſſentior Vdalrico Zaſio in 1. parte, ſingul. intell. c. 1. ita hunc textum explicãti, quemadmodum olim Petrus Beſazius, ſocium ſocio, in re communi, nunciare non poſſe nouum opus, ſed vel communi diuidundo iudicio, eum prohibere poſſe, vel per Prætorem, qui videlicet prohibeat ſocium. Hæc eſt illa prætoris cognitio, cuius mentio fit in l. 1. §. 1. ff. de rei vend. & alibi ſæpè. Non eſt officium iudicis mercenarium actioni intentatæ deſeruiens, vt veteres dixerunt.

Ideo ſocius opus nouum nunciare non poteſt, quia certum ius non habet in aliquam partem ipſius rei. Ergo res diuidenda eſt, communi diuidundo iudicio, aut per prætorem inhibẽdum. Hic eſt caſus ſpecialis, in quo nũciatio facta per Prętorem, valet, per ſocium facta nõ valet, licet aliàs & verbo, & per lapillum nunciatio valeat. l. De pupillo §. Meminiſſe. ff. de ope no. nunc.

Cæterùm eidem Zaſio, non abſque diſtinctione, aſſentior in explicatione l. De pupillo. §. Si plurium. Vlpianus. C *Si plurium dominorum res opus noceat, verũ ſufficiet vnius ex ſocijs nunciatio, an verò omnes nunciare debeant? Et eſt verius vnius nunciationem omnibus non ſufficere, ſed eſt ſingulis nunciare neceſſe, quia & fieri poteſt, vt nunciatorum alter habeat, alter non habeat ius prohibendi.*

Communis expoſitio eſt, vnius nunciationem omnibus non ſufficere, id eſt, ſufficere quidem, & prodeſſe nuncianti, ſed non alijs. Itaque ſi vnus tantùm nunciauerit, eius victoria alijs proderit, quia res eſt indiuidua. l. Stipulatio. §. Quæſitum. ff. eod. tit. l. loci corpus. §. Si fundus. ff. ſi ſer. vend. ne aliorum negligentia, nuncianti noceat d. l. De pupillo. §. Si plurium. verſ. Neque enim.

At Zaſius contra, lib. 1. ſing. intell. cap. 3. omnibus non ſufficere, id eſt, nemini ſufficere, quia negatiua dictio vniuerſali ſigno poſtpoſita, æquipollet ſuo contrario. l. obligari. ff. de autho tuto.

Reſpondeo, non ſemper æquipollere. Exemplũ affert Alciatus lib. 5. Parergon. c. 17. ex l. Si ſeruus. §. Si plurium. D ff. ſi quis cautio, cui Zaſius non ſatisfacit.

Secundum argumentum eſt, quia nec illi qui nunciauit, prodeſſe poteſt nunciatio, quod ſic oſtenditur. Aut is petit opus deſtrui, aut id quod intereſt. Primum petere non poteſt, quia deſtructio operis non recipit diuiſionẽ, conſequenter pro parte peti non poteſt, vt opus deſtruatur. Non poteſt id quod intereſt petere, quia aut petet id quod ſua intereſt, aut quod aliorum ſociorum intereſt. Commune aliorum ſociorum intereſſe petere non poteſt, quia ſuo tantùm nomine, & pro ſuo intereſſe nunciauit. Proprium autẽ intereſſe petere nequit, quia priuſquam res diuidatur intelligi non poteſt, quæ ſit eius portio in re communi, & non magis ipſius quàm aliorum intereſt Huc accedat quod ait text. in d. § Si plurium, factum vnius ex ſocijs alijs non nocere, Ergo, inquit Zaſius, nec prodeſſe debet.

Reſpondeo, vt aliàs dixi, communem ſententiam accipiendam eſſe cum diſtinctione. Aut enim opus nouum

omnibus

A omnibus dominis quandocunque diuidentibus rem cõmunem, nociturum eſt, puta ſi contra debitam ſeruitutem ædificetur. Eſt enim indiuidua, & omnibus competit, ideoq; vnus agere poteſt l. Loci corpus. §. Si fundus. ff. ſi ſeru vend. & hoc in caſu vnus poteſt opus nouũ nunciare, & eius victoria alijs quoque ſocijs proderit. Aut opus nouum omnibus dominis nociturum non eſt, quandocunque diuidentibus, vel incertum eſt an nociturum ſit, & tunc rectè monet Zaſius, & locum habet ratio legis: *Quia & fieri poteſt, vt nunciatorum alter habeat, alter non habeat ius prohibendi*. Nec enim horum verborum ſenſus eſt, quem Accurſius putat, dum exemplum adſert, ſi vnus ſociorum pacto conſenſerit, &c. quia non poteſt vnus ex ſocijs paciſci in præiudicium aliorũ ſed ſenſus eſt, quia diuiſione facta inter ſocios rei communis, fieri poteſt, vt alter præiudicium patiatur ex opere nouo, atque adeò ius prohibendi habeat, alter verò nullum præiudicium patiatur, ac proinde nullum prohi- B bendi ius habeat, quia videlicet alterius parti nocet ædificium, alterius verò parti non noceat, diuiſione facta.

CAPVT XLVII.

Ad l. Si prius. ff. de operis noui nunc.

DIſſentio ab eodem Zaſio, impugnante communem ſententiam ſingul. intell. lib. 1. cap 4. in explicatione l. Si prius. ff. de oper. no. nunc. in illis verbis: *Idemq; è contrario, ſi cùm agere velles quis ſibi ius eſſe inuito aduerſario altius tollere, &c.*

Doctores communiter illa verba accipiunt de negatoria actione. Zaſius contra de confeſſoria. Fundamentum Doctorum eſt, quia is qui contendit ſibi licere altius tollere, effectu negat ſe vllam debere ſeruitutem, & pro libertate agit, quod actionis negatoriæ officium eſt. C

Fundamentum Zaſij eſt, quia ſeruitus altius tollendi datur & deberi poteſt, vt patet ex l. 1. ff. de ſer. vrb. præd. ibi. *Altius tollendi aut non extollendi, &c.* Vnde cùm Africanus de ſeruitute altius non tollendi locutus fuerit, ſubdit de ſeruitute altius tollendi, *E contrario, &c.*

Non rectè Zaſius, quia non eſt duplex ſeruitus, altius tollendi, & non tollendi, ſed vna tantùm, quòd eleganter Franciſcus Conanus explicat lib. 4. commentarior. iuris, cap. 7. ad finem, dum ait: *Has ſeruitutes ex formulis ipſarum actionum appellatas fuiſſe, modò aientibus, modò negantibus verbis, prout ab eo cui competerent, aut qui eas deberet nominarentur. Itaque ſeruitus altius tollendi, aut non tollendi eadem eſt, quia cùm ago tecum, ius tibi non eſſe altius tollere, idq; tu negas, nullamq; te mihi debere eo nomine ſeruitutem aſſeris, hoc ius altius tollendi, aut non tollendi controuerſum eſt inter nos: ideoq; dicitur hæc ſeruitus altius tollendi, aut non tollendi: vt eiuſdem ſeruitutis gratia datur actio confeſſoria & negatoria; idem dicendum in re-* D *liquis ſeruitutib. quas enumerat Caius (in l. 1. ff. de ſer. vrb. præd.) in quibus perridiculum fuerit putare eſſe aliquam ſeruitutem, qua quis compellatur officere meis luminibus.* Hactenus Conanus.

Rectè Cuiacius & conuenienter communi expoſitioni tractans hunc locum ad Africanum, tract. 9. *Si agam,* inquit, *ius mihi eſſe altius ædes extollere iure naturali, figura verborum confeſſoria eſt actio, vt ipſa negatoria, quia ſeruitutem nego ædes meas debere, altius non tollendi libertatem adſero ædibus meis.*

Verum eſt ſeruitutem altius tollendi deberi poſſe iure impoſito, vt declarat ibi Cuiacius paulò ſuperius: Verbi gratia, cùm tibi ceſſiſſem, ius mihi non eſſe ædes meas altius tollere, poſtea tu ceſſiſti ius mihi eſſe. Nam ſi contendam nunc mihi ius eſſe, erit actio confeſſoria; ſeruitutem enim mihi aſſero, quia minuiſti ius ædium tuarũ, auxiſti mearum. l. Si domus. ff. de ſer. vrb. præd.

A Sed an de tali ſpecie Africanus loquatur incertum eſt. Nec illa verba *E contrario, &c.* magnoperè vrgent, quia contrarietas eſt in hoc quod ſupra locutus eſt de eo, qui egit ius vicino non eſſe ædes altius tollere, nunc verò è contrario de eo, qui egit ius ſibi eſſe altius ædes tollere: Illa confeſſoria eſt actio, hæc autem negatoria. Et ſicut in illa contumax actoris partes ſuſtinebit, quia non poterit ædificare, niſi prius egerit ius ſibi eſſe altius ædes tollere, ita è contrario in iſta contumax actoris partes ſuſtinebit, quia nouum opus cauebit ſe non nunciaturum, niſi prius probauerit, aduerſario ius non eſſe altius ædificare.

Aſt, inquit Zaſius, nullam hoc poſteriori caſu pœnam patietur contumax, etſi probare debeat, vicini ædes non eſſe liberas, & ideo non liceret altius vicino eas tollere.

Reſpondeo, hanc pœnam contumacem ſubiturum, quod eum cauere oportebit, nec opus nouum ſe nunciaturum, nec ædificanti vim facturum, vt inquit Africa- B nus. Hæc res pœnam continet ſatis grauem, quia ſi nunciare opus nouum poſſet priuſquam ageret, ædificare volentem impediret, donec remiſſa eſſet nunciatio.

CAPVT XLVIII.

Ad l. vn. C. de operis noui nunciatione.

GRauis controuerſia eſt, quomodo accipienda ſit l. vn. C. de oper. no. nunc. *Sancimus ſi quis denunciationem emiſerit in hac quidem regia vrbe, præfectum vrbi feſtinare, in prouincia verò rectorem eius intra trium menſium ſpatium cauſam dirimere. Sin verò aliquod fuerit quocunque modo ad deciſionem ambiguitatis impedimentum: licentiam habere eum, qui ædificationem deproperat, opus de quo agitur efficere: prius fideiuſſore ab eo dato officio* C *vrbicariæ præfecturæ, vel prouinciali: vt ſi non rectè ædificaueris, omne opus, quod poſt denunciationem fecerit, ſuis ſumptibus deſtruet.*

Facit controuerſiam, quòd anterioribus legibus cautum eſt, nunciationem ſeu prohibitionem remitti præſtita cautione de demoliendo. l. Stipulatio. §. 1. l. De pupillo. §. Si is cui. l. Prætor. §. Interdum. l. Non ſolùm. §. Sicũ pòſſem. & §. Sciendum. ff. eod. tit. Iuſtinianus autem hac lege ſua ſtatuit tres menſes ad expediendam cauſam, intra quod tempus ſi cauſa expediri non poſſit, tunc primũ cautionem præſtandam decernit, de opere demoliendo, quod factum erit poſt nunciationem.

Veteres Gloſſographi varias attulerunt explicationes. Prima, Iuſtinianum loqui cùm operis noui nũciatio per Prætorem fit, Superiores autem leges, cùm per nos ipſos fit nunciatio.

Non placet, quia huius diſtinctionis nullum argumẽtum adferri poteſt.

D Secunda, in arbitrio nunciatoris eſſe, an velit recipere cautionem, ſi receperit, nunciationem remitti; ſi non receperit, ſed petierit cauſam expediri, dicens, ſe iura ſua in promptu habere, tunc expectandum eſſe terminum triũ menſium, & ſi intra illud tempus cauſa non fuerit expedita, locum eſſe cautioni de opere deſtruendo.

Non ſatisfacit, quia in iudicijs ſeruanda eſt æqualitas, quare non magis hæc res ex nunciantis arbitrio, quàm eius cui nunciatio facta eſt, pendere debet.

Tertia, in arbitrio eſſe ædificantis, cui fit nunciatio, an velit ſtatim ſatiſdare, & poſtea ædificare.

Nullo modo recipienda eſt, quia repugnat verbis textus, Iuſtinianus enim præfixit trium menſium ſpatium, vt cauſa terminetur, quo elapſo, tũc primùm cautionem præſtandam voluit.

Quarta eſt ſolutio, diſtinguendum, vtrum ædificans locum poſſideat, in quo ædificat, & tunc admittendum eſſe ſtatim cum ſatiſdatione, ſecundum anteriores leges,

ſi verò

ſi verò non poſſideat, tunc ſeruandum eſſe quod hac lege conſtitutum eſt.

Sed non placet hæc ſententia, quia huius diſtinctionis nullum veſtigium apparet, ſiue anteriores leges ſpectemus, ſiue poſtremam hãc legem Imperatoris Iuſtiniani.

Quinta ſententia eſt, diſtinguendum inter publica & priuata ædificia, de publicis ædificijs accipiendam eſſe Iuſtiniani legem, cæteras autem leges de priuatis.

Non probatur hæc expoſitio vlla probabili ratione. Verbis legis indiſtinctè loquentis repugnat, idcirco mihi placere non poteſt.

Sexta expoſitio eſt Socini iunioris, Ruini, & aliorum, quos ſequi videtur Senatus Pedemontanus, apud Antoninum Theſaurum deciſ. 204. ſi mora periculum ædificāti, ac præiudicium allatura ſit, tunc ſtatim cautione præſtita de opere demoliendo prohibitionem remitti, ſecus ſi periculum allatura non ſit; quare in arbitrio iudicis erit, conſideratis circumſtantijs omnibus, an rem differendam in tempus trium menſium exiſtimet. Priori membro diſtinctionis ſuffragari videtur. l. De pupillo. §. Si quis riuos. ff. eod. tit.

Sed cùm nulla fiat à Iuſtiniano Imperatore huius diſtinctionis mentio, imò verba legis generalia magnoperè refragari videantur, vix eſt, vt huic ſententiæ acquieſcendum putem. Tribuit enim iudicis arbitrio, quod ſatis clarè ipſa lege comprehenſum eſt, licet vbi mora periculum allatura ſit, à regulis iuris diſcedendum fore non dubitem, vt in d. §. Si quis riuos

Poſtrema igitur ſentētia eſt, legibus anterioribus, hac Iuſtiniani lege, hac in parte, aliquantulum eſſe derogatum, licet enim cautione præſtita remittat Prætor operis noui nunciationem, nec quicquam de lite intra tres menſes expedienda legibus anterioribus fuerit conſtitutum, hac tamen Iuſtiniani lege id apertè ſancitum eſt, vt videlicet priùs iudices ſtudeant intra trium menſium ſpatium omnem litem dirimere, & interim non ędificetur. Cæterùm, ſi non poſſit res eo temporis ſpatio dirimi, tunc cautione pręſtita de deſtruendo opere, ædificāti licere vlterius pergere, atque adeò prohibitionem remitti. Ita docent Iaſon in l. 1. nu. 15. ff. eod. tit. Andreas Geyll lib. 1. obſeruat. 16. nu. 17.

Hæc ſententia mihi maximè probatur; Verbis Iuſtiniani conſentanea eſt, & nullum abſurdū continet. Nec enim abſurdum eſt, quæ prioribus legibus cōſtituta ſunt adiuuare, ſupplere, moderari, & in nouam formam quodammodo redigere id, quod maximè ſemper facere ſolitus ſum. Hanc legem ita S. Pontifex accepiſſe videtur in c. pen. & vlt. de ope. no. nunc. cùm ait: *Is cui opus nouum nunciatum eſt, non obſtante cautione, quæ ab ipſo offertur de opere deſtruendo, ſi non iure ædificatum exiſtat, tenetur ſe per trium menſium ſpatium expectare, iuris ſui præiudicium probare volentem, &c.*

CAPVT XLIX.

Vtrum minor XXV. annis reſtituendus ſit aduerſus ſpretam operis noui nunciationem.



Accurſius in l. 1. §. Nunciatio. ff. de operis noui nunc. negat minorem annis XXV. reſtituendum eſſe aduerſus ſpretam operis noui nunciationem, quoniam reſtitutio eſſet ei inutilis. Eſt enim reſtitutio in priſtinum ſtatum repoſitio, Ergo ædificium demoliendum eſſet, vt in priſtino ſtatu res eſſet. Ad hunc tamen effectum, vt aduerſarij ſumptibus ædificium deſtruatur eſſe cōcedendum in integrum reſtitutionem, reſponderunt Riminaldus ſenior in conſi. 427. nu. 51. & Natta conſi. 17. nu. 6.

Sed non puto iſtos audiendos eſſe, quia cùm quęritur an minor reſtituendus ſit aduerſus contemptam nūciationem, non illud quæritur, an ſit ædificium demoliendum, & ad hunc effectū concedenda reſtitutio: id enim

A inutile eſt minori, & ridiculum: ſed hoc quæritur, an minor præſtare poſſit, nunc cautionem de opere demoliendo, quam tunc ei cùm nunciaretur nouum opus, pręſtādo ædificare potuiſſet, ad hunc ſcilicet effectum, vt non ſtatim ædificium deſtruatur, ſed data cautione prius de iure minoris cognoſcatur, an licuerit ei opus facere, & ſimul de iure aduerſarij.

Bartolus in l. 1. §. Nunciatio. ff. eod. tit minorem putat reſtituendum, vbi conſtat eum iuſtè ædificaſſe. Sed non ſatisfacit mihi, quia id cognoſci non poteſt, ſed inprimis demoliendum eſt opus l. 1. §. Sed ſi is. ff. eod. tit niſi reſtituatur in integrum.

Ruinus in d. § Nunciatio. nu 77. verſ. Vel fortè reſtituendum minorem docet, vt cautionem præſtet, & ea præſtita audiatur, & res definiatur, argum. l. Minor 25. annis omiſſam. ff. de minoribus.

Sed Alciatus eundem locum tractans nu. 66. hanc ſententiam impugnat, ea ratione, quia aduerſarius minoris
B dicere poteſt cauſam expediri potuiſſe intra ſpatium triū menſium, & ideo cautionem non fuiſſe neceſſariam, ſecundùm l. Vn. C. de ope. no. nunc.

Verùm ſententia Ruini placuit doctiſſimo Oddo de reſtitut. in integr. parte ſecunda, quęſtione 80. artic. 3. & mihi quoque placet, quia minor læſus ob omiſſam allegationem in integrum reſtituendus eſt d. l. Minor 25. annis omiſſam: ſed hic minor omiſit cautionē, quam præſtare potuiſſet: ergo per in integrum reſtitutionem ea præſtita, audiendus eſt.

Argumentum Alciati in alijs qui ſunt maiores 25. annis locum habere poteſt, non in minoribus, quibus ſpeciale auxilium reſtitutionis cùm indulgetur, ſimul & ea concedi debent, ſine quibus in integrum reſtitutio vtilis eſſe non poteſt.

CAPVT L.

C

Ad l. Vn. ff. de remiſſionibus.



AIt Prætor quod ius ſit illi prohibere, ne ſe inuito fiat, in eo nunciatio teneat. Cæterùm nunciationem miſſam facio: ſed hoc titulo remiſſiones proponuntur, & verba Prætoris oſtendunt remiſſionem ibi demùm factam valere, vbi nunciatio non tenet. Nūciationem ibi demùm voluiſſe Prætorem tenere, vbi ius eſt nuncianti prohibere, non ſe inuito fiat. Cæterùm ſiue ſatiſdatio interueniat, ſiue non, remiſſio facta hoc tantum remittit, in quo non tenuit nunciatio. Verba ſunt Vlpiani in l. 1. de remiſſionibus. Sic enim affirmant legendum eſſe ex Pandectis Florentinis, Antonius Auguſtinus lib. 1. Emendationum, cap. 3. & Iacobus Cuiacius lib. 1. obſeruat. c. 16.

Cæterùm in eodem capite ſubiungit Cuiacius, cùm Vlpianus dicat: *Item Iuliano placet fructuario vēdicandarum ſeruitutum ius eſſe,*
D *ſecundum quod opus nouum nunciare poterit vicino, & remiſſio vtilis erit; ipſi autem domino prædij, ſi nunciauerit, remiſſio inutilis erit*, ſubiungit, inquam, Cuiacius, Iuliani ſententiam referri tantùm ab Vlpiano, ſed non probari, quia vſuſfructuarius nec nunciare nouum opus ſuo nomine poteſt l. 1. §. Vſuſfructuarius. ff. de oper. nou. nunc. nec ſeruitutem vendicare. l. 5. ff. Si vſusfructus petatur.

Rurſus putat corrigendum textum, cùm ait, ſi fructuarius opus nouum vicino nunciauerit, remiſſionem vtilem eſſe. Et legendum putat inutilem eſſe, quia tunc eſt vtilis remiſſio, cùm nunciatio non tenet: Igitur vbi nunciatio tenet, inutilis eſt remiſſio. Rurſus dum ait tex. *Ipſi autem domino prædij, ſi denunciauerit, inutilis erit remiſſio* legendum putat, *vtilis erit*, quia vbi nunciatio non tenet, vtilis eſt remiſſio.

Cæterùm hæc non probātur Roberto Aurelıano li. 2. receptar. iuris Ciuilis lectio. c. 12. nec Duareno ad tit. de oper.

oper.nou.nunc. Prælect.6. nec Hotomano reſponſorum amicab.lib.2.cap.16.

Iſti docent Iuliani ſententiam Vlpiano probari, ſed ita accipiendam, vt vſufructuarius non ſuo nomine, ſed nomine domini nunciate poſſit, iuxta l.1.§.vlt. ff. de op. no. nunc. Et licet fructuarius ius non habeat vendicandarum ſeruitutum directum, vtilem tamen vendicationem habet. l.Si vſusfructus.ff.de aq. plu.arcen.

Quod verò attinet ad illa verba textus, quæ corrigenda putauit Cuiacius, ipſi exiſtimant nihil eſſe mutandū, quia ſenſus legis eſt, ſi fructuarius opus nouum vicino nunciauerit, vtilem eſſe remiſſionem, id eſt, neceſſariam. Nam valet tunc nunciatio conſequenter prodeſt, & vtilis eſt remiſſio. Ceterùm, vbi non tenet nunciatio, ibi remiſſio eſt inutilis, id eſt, ſuperuacanea, & nullam adſerens vtilitatem, vtpotè non neceſſaria, cùm ipſa nunciatio non valeat.

Mihi hæc poſterior interpretatio aduerſus Cuiacium maximam videtur habere veri ſimilitudinem, etenim verbis legis conſentanea eſt, & nullam continet abſurditatem.

Ad argumentum Cuiacij reſpondeo, non dicit textus in ſuperioribus verbis vtilem eſſe remiſſionem, vbi nunciatio non tenet, & cōtrà, inutilem vbi nunciatio tenet; ſed textus dicit, remiſſionem factam valere, vbi nunciatio non tenet. Rectè, quia nunciatio remittitur, quatenus is qui nunciauit, ius nunciandi non habuit. l.1. ff.de oper.nou.nunc. Itaque ſi iure ſit nunciatio, non valet remiſſio. Contrà remiſſio valet, ſi non iure nunciatio facta ſit.

Cæterùm, quod attinet ad fructuarium, magis probo ſententiam Cuiacij, quia Vlpianus in l.1. ff. ſi vſufr.pet. amplectitur ſententiam Labeonis & ſequacium, exiſtimantium fructuario non competere ius vendicandarū ſeruitutum. Huic autem repugnat ſententia Iuliani, cuius facit mentionem in d.l.1. de remiſſion.

Huc accedat quod Vlpianus dicit, *& ſecundum hoc*, id eſt, ſecundùm hanc Iuliani ſententiam, fructuarius poterit opus nouum nunciare, quod eſt falſum, quia nō poteſt, niſi nomine domini. l.1.§ vlt.ff.de op.no.nunc.

Nec obſtat l.Si vſusfructus.ff.de aqua plu. arcen. quia loquitur de actione aquæ pluuiæ arcendæ, nec de vtili actione Iulianus ſenſiſſe videri poteſt, cùm dixit, fructuario ius competere vendicandarum ſeruitutum, vt in d.l. 1.de remiſſion.

CAPVT LI.

Vtrum fideiuſſor, qui in maiorem ſummā ſe obligauit quàm deberetur à reo principali, teneatur ſaltem vſque ad ſummam debitam.

Dnectam hic paucula quoque de fideiuſſoribus controuerſa; & ſibi primum vendicabit locum celebris, & ſępe agitata quæſtio de fideiuſſore, qui ſe in maiorem ſummam obligauit, an ſaltem teneatur in ſummam verè debitam. Cōis eſt veterum opinio, nō teneri. Vide Bart.& alios ad l.Græcè.§ Illud. ff. de fideiuſſorib.

Contrarium docuit Alciatus lib.5. parergon, cap.17. Duarenus in tit. de fideiuſſorib.cap.3. nouiſſimè Fornerius ſelect.lib.3.cap.11.

Eandem ſententiam, & ipſe ſecutus ſum, nonnunquā docendo, diſputandoque, nunc verò communem antiquorum ſententiam amplector. Rationem adſeram, ſi prius teſtimonia indicauero, quibus vtraque ſententia defendi ſolet.

Communis ſententia, quæ fideiuſſorem teneri negat, fundamentum habet in d.l.Græcè.§.Illud.ff. de fideiuſſ. dum textus ait: *Omnimodo non obligatur.*

Contrariæ ſententiæ fundamentum eſt primùm, quia non ita legendum ſit in d.§.Illud, ſed *omnino non obliga-*

A *tur*. Secundò, quia illa negatio poſtpoſita ſigno vniuerſali, non ſemper ęquipollet ſuo contrario, vt patet ex l. Si ſeruus.§.Si plurium.ff. ſi quis cautio. Tertio, in l.Rogatus 33.ff.mand. in l.Si vltra. C. de fideiuſſ. in l.27.§.Mulier.ff.ad Velleian. in l.Siue.ff.de iure dotium, in l. Si totius.ff.de fideiuſſorib.

Sed cur ſententiam priorē, iſtis non obſtantibus, nunc amplectar, fecit doctiſſimus Conanus, qui ita apertè hāc ſententiam argumentis contrarijs refutatis euincit, vt cuilibet veritatis ſtudioſo & amanti perſuadere poſſit, id ita eſſe. Reddam ipſius verba elegantiæ plena & eruditionis. Is lib.6.commentariorum iuris, cap.6.num.8. ſic ait: *In iudicijs tamen, quod ad ſummas attinet, minor videtur eſſe in maiore, & qui poſcenti X. ſpondet V. in V. erit adſtrictus, vt placet Vlpiano: Fideiuſſoris alia ratio eſt, qui non conſtituit obligationem per ſe, ſed ei accedit. Ideo minus polliceri quam debitor, dum illud quod promittit ſit pars primæ obligationis; maius aut aliud, nō poteſt. Nec enim quod maius eſt, accedere ei quod eſt minus, poteſt; nec pars eſſe totius, quod aliud eſt à toto. Quapropter in hac ipſa lege & ſequenti Themate negat ex Marcelli ſententia Vlpianus fideiuſſorē obligari, qui pro Stichi debitore promittit Stichū, aut X: non ſolùm quia durior eſt fideiuſſoris cauſa, ſed magis quod alia eſt à principali: veluti ſi pro eo qui ſcyphum aureum promiſit, ego adpromittam argenteum, leuior eſt cauſa mea obligationis: neque tamen valet, quia ſeparatam habet rationem à prima, nec eius omnino pars eſſe poteſt. Ex quo dicendum videtur, non eſſe iuſtam fideiuſſionem eius, qui pro eo qui debet XV promittit XX. quoniam hęc ſumma in illa eſſe non poteſt. Quod ſi nec eadem ſumma eſt, nec pars eius, relinquitur alterius rei & ſummæ factam eſſe fideiuſſionem, & propterea nullius eſſe momenti. Atq; in alijs ſpeciebus expeditum eſt, vt non obligetur fideiuſſor, qui purè vel breuiori die ſpopondit pro eo, qui ſub conditione, vel in longiorem diem tenebatur. At iſta comparat Iuſtinianus, & eodem iure cenſet; Fideiuſſores, inquit, ita obligari nō poſ-*

C *ſunt, vt plus debeant, quàm debet is pro quo obligantur. Nā eorum obligatio acceſſio eſt principalis obligationis, nec plus in acceſſione eſſe poteſt, quam in principali re. At ex diuerſo vt minus debeant obligari poſſunt. Itaque ſi reus X. aureos promiſerit, fideiuſſor in V. rectè obligatur. Contra verò obligari non poteſt. Præterea nulla eſt Imperatorum Conſtitutio, nullum Iuriſconſultorum reſponſum, quod dicat fideiuſſorem in duriorem cauſam acceptum teneri in eo tantum, & quatenus reus ipſe eſt obligatus, quod omiſſuri non fuerant. Eſt enim cognitione digniſſimum, & magni in hac materia ponderis. Imò verò apertè ac dilucidè vbique dicunt non obligari. Et Vlpianus dicit, ne quis relinqueretur hac de re ſcrupulus, eum commodè non obligari.*

Et poſt pauca hæc ſubijcit, reſpondens ad l.Si vltra.C. de fideiuſſo.& ad l. Rogatus.ff.mandati. Nā cæterá quæ ſuperiùs attulimus teſtimonia, nulla egent confutatione, quia ad rem non faciunt.

Quod ſi contra formam iuris eſt fideiuſſio, inquit Cona-

D nus, *quę iniquiore eſt conditione, certè nulla in parte valere poteſt. Atque hæc in fideiuſſore, qui propriè dicitur, qui interuenit poſt cōſtitutam obligationem debitoris, ad quam omnino accommodandus eſt, vt minus vel tantum quantum reus ipſe promittat, nihil pręterea. In fideiuſſore, qui pręcedit obligationem, quem propriè mandatorem dicimus, ſecus eſt dicendum. Nam antecedentem fideiuſſionem interpretatur, & pro arbitrio limitat ſubſequens obligatio, ſic vt ad illam hęc nihil poſſit addere, detrahere de ea aliquid & diminuere valeat. Veluti ſi mandaui tibi, vt X. aureos crederes* Menio Calendis *Ianuarijs reddendos, tu quinque tantum dediſti, aut X. reddendos longiore tempore, puta Calendis Martijs, quamuis aliud mandaueram. Sed in eo tu nihil feciſti contra mandati legem, cum feceris conditionem meam meliorem. Fideiuſſores enim & in partem pecuniæ, & in partem rei rectè accipi poſſunt, vt ait Pomponius. Sin dediſti Menio XV. præſenti die reddendos, tamen ſum obligatus, quatenus mandaueram, vt X.*

tibi

tibi restituam Calendis Ianuarij. Mandatum enim meum posttrahitur adaptaturq́, contracta obligationi, cuius portio quædam est, aut potiùs ad partem eius tantùm refertur, & eatenus obligor, vt si postquam Titio XV. aureos Calendis Martijs soluendos mutuasti, interponam fidem meam pro X. aureis reddendis Calendis Martijs, obligatus sum promissione mea, cùm minus contineat, quam prima cui accedit, & melioris conditionis sim, quam reus ipse. Et post pauca: *Hac ratione fundatum est, quod Iulianus respondit. tit. Mandat. l. Rogatus, &c. & Dioclet. & Maxim. in l. Si vltra. C. de fideiussor.* Sic ille, cui rectè monenti & assentior, & ab omnibus etiam studiosis in hac disciplina legali gratias habendas existimo.

CAPVT LII.

An exceptio excussionis competens fideiussoribus ex Nouella Iustiniani dilatoria sit, & necessariò ante litem contestatam proponenda.



Xceptionem excussionis Doctores multi dilatoriam esse censuerunt, & idcirco ante litem contestatam proponendam iux. l. Exceptionem. C. de probation. c. Inter monasterium, de sent. & re. iud. Alij anomalam esse dicunt, & ideo tam ante, quàm post litis contestationem obijci posse. Alij dilatoriam esse fatentur, & ante litis contestationem opponendam, sed tamen & si non fuerit opposita, condemnandum non esse fideiussorem, nisi probet actor inopiam principalis debitoris. Vide Bartolum in l. 3. ff. de except. Portium comm. opinionum lib. 1. conclus. 41. in 3. Ampl. Antonium Gabriel. commun. concl. tit. de fideiussorib. conclus. 1. nume. 12. Andream Geyll. lib. 2. obseruat. 27. nu. 3.

Ego sic me breuiter expedio, hanc esse dilatoriam exceptionem, & consequenter ante litis contestationẽ opponendam esse. Nam exceptio dilatoria est, quæ differt actionem, ad tempus nocet, & temporis dilationem tribuit. l. 2. ff. de except. §. Appellantur. Instit. eod. tit.

Eiusmodi hæc est, quia differt actionem, donec facta sit excussio principalis debitoris.

Fundamentum contrariæ sententiæ est, quia fideiussor non simpliciter obligatus videtur, sed sub ista conditione, quatenus à principali debitore non exigatur. Hic enim videtur effectus huius beneficij excussionis prius faciendæ ex bonis debitoris.

Respondeo, id non rectè dici, quia nullam obligationi fideiussoris conditionem iniecit excussionis exceptio, quam concessit Imperator Iustinianus, imò purè obligatus est fideiussor, Veruntamen vti exceptione hac potest, quæ cùm dilatoria sit, meritò ante litis contestationem opponenda est.

CAPVT LIII.

D

Excussionis exceptio an locum habeat cum causa ex bono & æquo, puta inter mercatores, vel coram arbitratore, vt loquuntur, vel sine strepitu & figura iudicij sola facti veritate inspecta cognoscenda est.



Ractant confusè hanc quæstionem nostri Doctores, nec est eadem omnium sententia Vide Baldum ad l. Si mancipium. §. 1. ff. de Euict. Aretinum in §. Item si quis in fraudem, numero 10. versi. Quæro statuto caueτur de except. & ibidem Iasonem num. 78. Socinum seniorem in consi. 24. lib. 1. Alexandrum ad l. Si constante, col. 9. ff. sol. matr. Gabrielium lib. 3. comm. conclu. tit. de fideiussorib. concl. 1. num. 71. Straccam de mercatura, tit. quomodo in causis mercator. procedatur numero 8.

A Andream Geyll lib. 2. obser 27. nume. 26. Decisionem Genuensem 90 Decisionem Pedemontanam Thesauri 25. Menochium de arbitr. iudicum, quæst. 51. Nattam consilio 251

Ex his aliqui negant excussionis exceptionem in his casibus, quos proposuimus locum habere, quia ex iuris apicibus esse videtur.

Alij affirmant locum habere, quia non tam ordinem iudicij respiciat, quàm partis beneficium.

Alij hac distinctione vtuntur, vt siquidem fideiussor ea nitatur exceptione ad iudicium infirmandum, quasi nullum sit, & tunc nequaquam admittenda sit. Sin autẽ ad alium finem, nimirum ne ipse cogatur soluere, sed prius debitor excutiendus sit, & tunc admittenda sit.

Ego verò totam hanc controuersiam explicari commodè & solidè existimo, propositis aliquibus conclusionibus in hunc modum.

Prima conclusio: Inter mercatores qui argentarij seu B argenti distractores appellantur, locum non habet excussionis exceptio. Ita statuit disertè Imperator in Nouella de fideiussoribus & mandatoribus ad finem.

Secunda conclusio. Si inter alios mercatores res agatur, locus est huic constitutioni de excussione facienda. Probatur, quia Imperator in d. Nouella excipit tantùm argenti distractores. Ergo in alijs mercatoribus firma manet constitutio.

Tertia conclusio Vbi summariè, simpliciter, sine figura iudicij procedendum est, locum habet excussionis exceptio. Probatur, quia in huiusmodi causis cautum est, exceptiones dilatorias & frustratorias reijciendas esse. Legitimas verò exceptiones admittendas, vt habetur in Clem. Sæpe, de verb. sign. Sed exceptio, qua de agitur, legitima est, & iusta à Iustiniano tributa iustas sanè ob causas, vt habetur in d. Nouella de fideiussorib. & mandatoribus. Ergo reijcienda non est.

Quarta conclusio. Vbi ex bono & æquo causa cogno- C scenda est, locum habet exceptio ista: Probatio, Nam exceptio hæc summam continet æquitatem, vt priùs debitor qui pecunias accepit, & debitum contraxit, soluere cogatur, quàm fideiussor, vt latè prosequitur Imperator in d. Nouella de fideiusso. & manda.

Non obstat quod obijcitur, exceptionem hanc esse ex apicibus iuris. Nam nulla lex hoc dicit, non l. Fideiussor. § Quædam. ff. mand. non alia vlla lex. Quomodo enim respiceret apices iuris exceptio, quam summa ratione & æquitate inniti, tam latè ac diligenter Iustinianus demõstrat in dicta Nouella?

Postrema conclusio. Sed & si procedendum sit, in causa & lite sola facti veritate inspecta, idem puto respõdendum, quia legitima est hæc exceptio. Iudex autem qui sola facti veritate cognoscit, eam sequi veritatem debet, quæ legibus roborata est, vt docet Andreas Geyll. lib. 1. obseruat. 42. nu. 2.

CAPVT LIIII.

Si fideiussor obliget se, vt principalem debitorem in solidum, an beneficium amittat excussionis?



Res sunt Doctorum sententiæ hac de re. Prima fideiussorem non amittere beneficium excussionis cùm se obligat vti principalem debitorem in solidum. Ita Accursius in Authẽt. de fideiusso. §. 1. in vers. fideiussorem. Speculator tit. de Renunciatio. nu. 18. Papiensis in forma libelli cõtra plures reos debendi in ver. beneficio nouarum, nu. 3. Iaffredus decis. 83. cent. 1. & alij quos commemorat Antoninus Thesaurus decis. Pedemont. 166. vbi testatur senatum illum hanc sententiam secutum fuisse.

Fundamentum est, quia nouatio non inducitur, nisi expressè id agatur. l. vlt. C. de Nouatio. Consequẽter non est obli-

eſt obligatio ipſa principalis debitoris ſublata, Ergo neq; fideiuſſoris obligatio, quæ acceſſoria eſt, ac perinde ſuam retinet naturam, vt ſcilicet fideiuſſor non prius conueniatur, quàm principalis debitor fuerit excuſſus.

Secunda eſt ſententia Cyni & aliorum, quos refert & ſequitur Natta in conſi. 345. Alexandri in cóſi. 31. lib. 3. & aliorum, quos Antonius Gabrielius citat cómun. concluſ. tit. de fideiuſſorib concl. 1. nu. 99 ſi fideiuſſor eodem tempore ſe obliget quo principalis debitor, non habere beneficium excuſſionis, quia ipſe & principalis debitor conſtituti videntur duo rei debendi, quibus non competit excuſſionis beneficium. Si verò diuerſo tempore fideiuſſor obliget ſe, tunc quia duo rei debendi conſtitui non poſſunt, inſtitut. de duobus reis in princip. ideo fideiuſſori competit ſolitum beneficium excuſſionis.

Tertia eſt ſententia in propoſita facti ſpecie fideiuſſorem amittere beneficium excuſſionis, ita Marſilius ad Rubr. de fideiuſſoribus nu. 62. Ancharanus quæſt. famil. in prima parte, c 32. nu. 9. Rota Genuenſis deciſ. 78. nu. 2. Andreas Geyl lib. 2. obſeru. 28. nu. 2. 6.

Fundamentum eſt, quia verba contrahétium ita ſunt accipienda, vt aliquid operentur, & ne ſuperflua ſint, argum. l. Si quando, de legatis 1. c. Si Papa, de priuil. lib. 6. Ergo vt aliquid operétur illa verba, quibus fideiuſſor obligat ſe tanquam principalem debitorem, dicendum omnino videtur non habere locum excuſſionis beneficium.

Hæc poſtrema ſententia maiorem mihi veriſimilitudinem habere videtur, in re tam obſcura & ancipiti: ea ratione, quòd huiuſcemodi fideiuſſoris obligatio videatur continere tacitam renunciationem beneficij excuſſionis. Nam ſi fideiuſſor vult ſe obligatum tanquam principalem debitorem, Ergo non vult gaudere beneficijs fideiuſſorum, quia hoc implicaret maximam repugnantiá. Quilibet autem renunciare poteſt fauori ſuo. l. pen. C de pact. ſi itaque creditor conuenerit in propoſita ſpecie fideiuſſorem, & is excipiat, prius conueniendum eſſe principalem debitorem, replicare poterit, imò non eſſe conueniendum, quia fideiuſſoris obligatio ſic conſtituta eſt: ac ſi non fideiuſſor ſit, ſed debitor principalis. Non poteſt autem videri ſic conſtituta eſſe, ſi ipſe velit vti exceptione illa excuſſionis.

Non obſtat illud argumentum contrariæ opinionis. Nouationem nó induci, niſi expreſsè id agatur, quia hoc concedo, ſed nego conſequentiam. Ratio eſt, quia hæc duo poſſunt ſimul cohærere, & cohærét, vt debitor principalis remaneat obligatus, & ſimul quoque fideiuſſor, ſine beneficio excuſſionis. Non poteſt hoc in caſu fideiuſſoris obligatio naturam ſuam ſeruare, quia repugnat fideiuſſoris conuentio, qua ſe vti debitorem principalem obligauit. Si enim vt principalis debitor obligatus eſt, ergo non vt fideiuſſor. Conſequenter non habet fideiuſſoris beneficium, quaſi tacitè illi renuntiauerit.

Non obſtat quoque ſi dicatur, fideiuſſorem ſi ex interuallo ſe obligauit, haberi non poſſe pro correo debendi; quia id cócedo. Dico. n. haberi pro fideiuſſore, ſed ita cóparato & cóſtituto, vt videatur eſſe principalis debitor; ex hoc. n. efficitur, eú vti non poſſe exceptione excuſſionis. Nullú auté ius repugnat, nulla iuris ratio, quò minus & ſi non ſint duo rei debendi, nihilominus eſſe queant vnus debitor, alter fideiuſſor ſine beneficio excuſſionis.

CAPVT LV.

Vtrum confiſcatis bonis principalis debitoris conueniri poſſit fideiuſſor antequam fiſcus conuentus fuerit?


COntrouertitur quoque, ſi debitoris bona confiſcata ſint, vtrum creditori liceat fideiuſſoré cóuenire, antequam fiſcum bonorum poſſeſſorem conueniat. Quod videtur Ancharano conſilio 294. Socino ſeniori conſilio 46. libro quarto, &

A Panormitano conſilio 29. num. 12. lib. 2.

Fundamentum eſt, quia fiſcus non eſt debitoris hæres, ſed poſſeſſor bonorum debitoris. l. 1. § An bona. ff. de iure fiſci. Deinde, quia is cuius bona confiſcantur, plerunque non eſt præſens, ſed vel capite plectitur, vel in contumaciam condemnatur, ex moribus & conſtitutionibus paſſim ferè receptis. Cùm autem debitor præſens non eſt, fideiuſſorem conuenire licet, nec obijci poteſt illa exceptio, prius debitorem eſſe conueniendum, vt expreſsè conſtituit Imperator in Nouella de fideiuſſoribus & mandatoribus.

Denique, hæc ſententia probatur ex l. Sententia. C. de fideiuſſor. & mandator. *Sententia*, inquit textus, *bonorum omnium ademptionem continente, rei damnati principalis interceſſores eligendi creditori poteſtas non adimitur*. Idem probatur in l. 3. C. eod. tit.

Contrarium docuerunt Bartolus, Caſtrenſis, Decius in l. vlt. ff. ſi certú peta. & alij à Gabrielio citati lib. 3. cóm. B concl. tit. de fideiuſſorib. concluſ. 1. num. 3. nouiſſimè M. Antonius Peregrinus de iure fiſci lib. 5. tit. 1. nu. 66.

Fundamentum eſt, quia fiſcus ſuccedit in bonis debitoris ad inſtar hæredis, licet hæres non ſit, & ideo tenetur creditoribus ſatisfacere, ſicut hęres tenetur. l. 2. C. ad l. Iul. de vi pub. l. Si marito. ff. ſol. matr. l. Si vt proponis. C. de bonis pręſcript. l. 2. C. de ſentent. paſſis. l. 1. C. de fideiuſſo. Conſequenter fiſcus loco eſſe videtur ipſius debitoris, Ergo ex Nouella Conſtitutione Iuſtiniani de fideiuſſ. & mandat. conueniendus eſt priùs quàm fideiuſſor.

Hæc poſterior ſententia videtur mihi probabilior, & æquior.

Ad primum argumentum reſpondeo, fiſcum quidem non eſſe abſolutè hæredem, ſed nec abſolutè cenſeri debere, tanquá tertiú poſſeſſoré bonorú debitoris. Nam ſi videretur eſſe tertius quidá poſſeſſor, actionib. perſonalibus conueniri nó poſſet, quia illæ non dantur cótra poſ- C ſeſſoré bonorum. l. 1. §. Si hæres. ff. ad Trebell. Fiſcus auté conuenitur actionibus perſonalibus vt dictum eſt.

Ad ſecundú argumentum rńdeo, licet debitor ſit abſens, fiſcum tamen qui loco debitoris eſt quantú ad hoc, vt creditoribus ſatisfacere teneatur, præſentem eſſe; & conſequenter non rectè adaptari ad hanc quæſtionem, quod de debitore abſente ab Imperatore adiectú eſt, in dicta conſtitutione de fideiuſſoribus & mandatoribus.

Ad vltimum argumentum reſpondeo, leges quæ adſeruntur, locum non habere inſpecta conſtitutione Iuſtiniani, qua nunc vtimur, vt tantum fideiuſſor conueniri non poſſit, antequam debitor conueniatur: olim cum legibus illis locus erat, electio dabatur creditoribus conueniendi vel debitorem, vel fideiuſſorem eius, quá electionem ſublatam non eſſe, cùm ad fiſcum bona debitoris peruenerunt, dictis legibus declaratur. Sed alio iure núc vtimur, vt dixi, ex Iuſtiniani conſtitutione, qua creditoribus electio adempta eſt conueniendi vel debitorem, D vel fideiuſſorem. Debet enim prius debitor conueniri, quàm fideiuſſor conueniatur.

CAPVT LVI.

Excuſſio principalis debitoris, ſi facta ſit, & eo reperto non ſoluendo, actum ſit aduerſus fideiuſſorem, cæterum iudicio pendente debitor factus fuerit ſoluendo, an creditori opponi poſſit, vt priùs agat contra debitorem?


PRæterea controuerſia eſt, ſi facta ſit excuſſio debitoris, & inuentus fuerit non ſoluendo, & ideo creditor agere aduerſus fideiuſſorem cęperit, an ſi inter moras debitor diues factus ſit, competat fideiuſſori exceptio iſta, vt prius creditor agat contra debitorem. Affirmant Iacobus Beluiſius in §. Sed neque in Authen. de Fideiuſſor. Raynerius ciuis meus, & Iacobus de Arena in Authen. Præſente. C. de

Fide-

Fideiussor. Alex. ad l. vlt. ff. si certū pet. & ad l. Si mulier. ff. sol. matr. & in cons. 100. lib. 5. alios citat Antonius Gabrielius lib. 3. cōm. concl. tit. de Fideiussor. cōcl. 1. nu. 80. A

Cæterùm, negant Decius ad l. vlt. ff. si cert. pet. & ibidem Castrens. Petrus & Cyn. in d Authen. Præsente, & alij à Iasone citati in l. Si constante, nu. 224. ff. sol. matr. & à Gabrielio loco proximè citato.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia exceptio lite pendente superueniens reo, prodest, vt eam obijcere possit, vt probatur in §. vlt. instit. de perpet. & temp. act. in l. Cùm decem. §. vlt. ff. de sol. in l. Si diuerterit. ff. sol. matr. in l. Sin autem. §. 1. ff. de rei vend.

Facit pro confirmatione l. De ætate. §. Ex causa. ff. de interrog act. ibi. *Quod ea quæ postea emergunt, indigēt auxilio*. Et l. His oneribus. §. pen. ff. de vaca. mun. ibi. *Ancilis post appellationem medio tempore facultatibus non excusantur*.

Fundamentum posterioris sententiæ est in l. vlt. ff. si cert. pet. in illis verbis: *Sed si cum Seio egero, quantumcūque est, quò minus à Titio exigere potero eo tempore, quo iudicium inter me & Seium acceptum est, tanto minus à Titio postea petere possum*. Sicut ergo ibi creditori non licet omisso Seio, à quo partem petebat secundum formam stipulationis, totum à Titio petere postea diuite effecto; sed quantumcunque fuit, quod à Seio petijt, amplius à Titio petere non potest; ita & in quæstione nostra tempus iudicij cępti attendi debet; ita scilicet, vt si tempore iudicij cępti soluendo debitor non sit facta excussione, & idcirco contra fideiussorem agatur; non liceat creditori postea agere contra debitorem, & ab eo petere amplius id quod à fideiussore petijt. B

Huc accedit ratio. Nam creditor iam conuenit debitorem, & excussit eum secundum Iustiniani constitutionem in Nouella de fideiussor. & mandator. non videtur ergo iustum, vt cogatur iterum debitorem conuenire, licet dicatur effectus iam diues & soluendo.

Ego sanè si id certum sit debitorem litis contestationis tempore bona acquisiuisse, & factum esse locupletē, nec vlla calumniæ suspicio subsit, existimo priorem sententiam æquiorem esse, & iuri magis consentaneam, tū ex ijs argumentis quæ superius allata sunt, tum etiā arg. l. Inter eos. §. Fideiussor. ff. de fideiusso. ibi. *Sed humanius est, &c. Si alter soluendo sit litis contestationis tempore, per exceptionem ei qui soluit succurri*. C

Cæterùm, si id non vsque adeò certum & exploratum sit, nec nullus omnino calumniæ timor sit, non puto creditorem esse compellendum, ad nouum iudicium aduersus debitorem instituendum. Primò, quia iam satisfecit præceptis legis conueniendo prius debitorem. Deinde, ne altera super his altercatio oriatur, an post semel factā excussionem debitoris, is soluendo factus sit, ac proinde conueniri iterum debeat: quod nimis magnam hominū astutijs & calumnijs fenestram aperiret.

Porrò l. vlt. ff. si certum pet. non facit ad rem, quia in illa specie creditor spontè redire volebat ad Titium, quē reliquerat, Seium conueniendo, qui promiserat soluere, quantò minus à Titio exigere posset. Non poterat ad Titium redire, quia via quam elegerat ei patens erat, nec variare & consilium mutare in damnum alterius quisquam potest. At in quæstione nostra creditor, qui semel conuenit debitorem, & excussit, non vult ad eum redire, imò recusat, sed fideiussor vellet eum compellere. Dicimus non iure id velle, nisi eo tempore, quo lis contestatur inter ipsum creditorem & fideiussorem, hoc est, initio ipsius iudicij, exceptio ista opponatur: & nullus sit calumniæ metus, secundum ea, quæ superius deducta sunt.

CAPVT LVII.

De fideiussore iudicatum solui in prima instantia dato, an teneatur ex sententia lata à iudice appellationis?



Fideiussor iudicatum solui apud primum iudicem, cuius nomen expressum est, in causa appellationis non tenetur. l. Cùm apud Sempronium. ff. iud. solui. idque inter omnes constat. Sed si iudicis nomen expressum non sit, vtrum teneatur nec ne, non est eadem omnium sententia. Nam Martinus antiquus Glossator existimauit teneri, quē alij multi secuti sunt apud Vincentium Francum decis. 208. nu. 2. & 220. parte 2. & apud Antoninum Thesaurum decis. Pedemont. 202. Egid. Bellern. decis. 353. Cautiones.

Cęterùm Gulielmus de Cunio, quem & alij secuti sunt ab Antonino citati, hac vtebatur distinctione. Aut is pro quo fideiussor interuenit à primo iudice condemnatus est, aut absolutus. Si fuerit condemnatus, licet à sententia appellauerit, tamen committi stipulationem aduersus fideiussorem dicebat: sin autem absolutus fuerit, licet postea à iudice appellationis fuerit cōdemnatus, nequaquam committi stipulationem, atque hoc in casu fideiussorem non teneri.

Bartolus autē in d. l. Cùm apud Sempronium. ff. iud. sol. cui sequaces non desunt, arbitratus est, appellatione interposita fideiussorem, quo de agimus, non teneri.

Prioris sententiæ, quæ fideiussorem teneri asserit, fundamentum est, quia causa appellationis eadem esse videtur cum causa principali, quantum ad exceptiones dilatorias, arg. l. Ita demum. C. de Procu. Fideiussio autem iudicatum solui pertinet ad dilatorias exceptiones. l. Pomponius. §. Ratihabitionis. ff. de procur. Denique videtur esse idem iudicium, arg. l. Proponebatur. ff. de iud.

Fundamētum autem distinctionis Gulielmi est, quia si debitor pro quo fideiussor interuenit condemnatus est à primo iudice, meritò commissa videtur stipulatio, ne sit in potestate debitoris condemnati appellando liberare suos fideiussores, arg. l. Ne in potestate. ff de arb. Si verò debitor absolutus sit à primo iudice, non committitur stipulatio: quia fideiussor promisit iudicatum solui. At debitor à iudice condemnatus non est, sed absolutus. Ergo nō est opus, vt fideiussor iudicatum faciat, etsi enim à iudice appellationis debitor sit condemnatus, ad hunc tamen casum obligatio fideiussoris pertinere non videtur. Et hoc est quod ait tex in d. l. Cùm apud Sempronium. ff. iud. sol. *Ideo in stipulatione adijci, quive in eius locum substitutus erit*.

Denique fundamentum Bartoli est primò in l. 2. C. de procur. Secundò in §. Si verò, in Instit. de satisdat. in illis verbis: *Omnia dabit fideiussor quæ in condemnatione continentur, nisi fuerit prouocatum*. Tertiò, quia mutatione instantiæ, liberantur fideiussores. l. 2. ff. iud solui. Quartò, quia actio oritur ex sententia confirmante, non ex confirmata, vt no. in l. eos. C. de appellat. D

Sed nullum ex ijs argumentis idoneum mihi videtur excepto eo, quod sumitur ex d. §. Si verò aliquis: Institut. de fideiusso. vbi cùm habeamus clarum & euidens testimonium, non video cur Bartoli sententia præ alijs amplectenda non sit, & nostrum quoque approbationis calculum non mereatur. Erit igitur fideiussoris obligatio ita latè concipienda, vt ad hanc speciem producatur, qua fuerit à priore iudicis sententia prouocatum.

Ad argumentū prioris sentētię respondeo, quantū ad exceptiones dilatorias æquiparari rectè causam principalem, & causam appellationis hoc modo, vt exceptiones quæ dilatoriæ sunt, ac proinde initio litis proponendæ, non possint opponi post litem contestatam, nec apud iudicē causæ appellationis: Sic loquuntur leges allegatæ,

quæ res toto cœlo distat ab hac disputatione nostra. Licet enim fideiussiones huiusmodi nonnihil commune habeant cum dilatorijs exceptionibus, quantum ad hoc, vt ante litem contestatam proponi debeant, tamen hac de re nostra disputatio non est, sed de ipsa stipulatione & obligatione fideiussoris an sit commissa, quod cũ dilatorijs exceptionibus nihil prorsus commune habet.

Ad argumentũ prioris membri distinctionis Gulielmi (nam posterius nobiscum consentit) respondeo, commissam non videri stipulationẽ, quia fideiussor quidem promisit iudicatũ solui, sed sententia, qua iudicatũ cõtinetur, per appellationẽ rescissa est l. 1. §. vlt. ff. ad Turpil. Cõsequenter stipulatio cõmitti nõ potest. Etsi. n. postea snia confirmetur à iudice causæ appellationis, tamen nõ est illud iudicium, cui fideiussor se satisfacturum promisit, sed aliud longè diuersum; ad quod stipulatio, quæ strictè accipienda est, l. Quidquid astringendæ. de verb. oblig. non tam facilè extendenda videtur. Porrò ad hãc rem non pertinet l. Proponebatur. ff. de iud quæ mutatione personæ non mutari iudicium ad alium longè diuersum effectum statuit: nos enim hic de fideiussoris obligatione agimus, quæ strictè accipienda est, & restringenda ad eum casum, quo iudicatum sit à primo iudice, apud quem fideiussio interposita est, non ab alio nisi dictum sit. Et non solùm iudicatum esse oportet à primo iudice, sed etiam hoc requiritur, vt maneat iudicatũ, hoc est, non extinguatur prouocationis remedio iux. d. l. 1. §. vlt. ff. ad Turpil.

CAPVT LVIII.

Tutor vel curator an condemnari & cogi possit ad reddendam pecuniam pupilli, vel adulti, ante redditas rationes administrationis?


Vtorem seu curatorem cogi posse ad reddendam pecuniam pupilli vel adulti, antequam reddat rationem administrationis, respondit Socinus senior in consi. 24. lib. 1. quem sequitur Petrus Benintendus decis. Rotæ Bononiensis 90.

Fundamentum est, quia tutoris & curatoris debitum est liquidum. An autem ei quicquam ex administratione debeatur, dubium & incertum est. Ergo non rectè obijcitur compensatio l. vlt. C. de compensa.

Sed hoc fundamentum valde infirmum est. Negari enim summa ratione potest, debitum tutoris vel curatoris liquidum esse, quia etsi pecuniam pupilli vel adulti acceperit, potestatem tamen habuit res administrando eam collocandi & exponendi in vtilitatem & necessitatem pupilli vel adulti, quare iniquũ est priusquã reddat rationem administrationis suæ, ex quibus apparebit an sit debitor vel creditor, eundem compelli ad reddendã pecuniam, atque ita rectè docuerunt Alexander in cõsi. 192. lib. 7. Ancharanus consi. 235. Prima facie. Crauetta consi. 275. nu. 13. Caualcanus de tutore & curatore, nu. 214. quibus me socium adiungo.

CAPVT LIX.

Proximiore agnato intra annum non petente tutorem dari pupillo, ac proinde à successione eius excluso: an reliquis agnatis hæreditas pupilli debeatur, si & ipsi tutorem non petierint, quasi annus eis currere incipiat.


I proximior agnatus non petierit tutorem dari pupillo intra annum, excluditur ab eius successione, & idem est in matre ac substituto. l. 2. ff. qui petant tuto. l. 2. ff ad Tertyl. l. Sciant. C. de legit. hæred. Sed an proximiore non petente, incipiat annus currere sequenti in gradu, controuersia est.

A Bartolus enim affirmat in Lege, Nepotibus. C. qui pet. tuto. & idem respondit Calcaneus in consilio 33. nu. 11. & alij à Gabrielio citati comm. concl. tit. de Tutelis. cõclus. 1. num. 9 Contrarium autem docuerunt Paulus Castrensis in d. l. Sciant, & alij à Gabrielio citati, loco proximè annotato.

Fundamentum prioris sententiæ est, quia proximiore non petente alij possunt petere d. l. Nepotibus. Ergo si non petant à successione excluduntur. d. l. Sciant.

Fundamentum posterioris sententiæ est in l. 2. §. vlt. ff ad Tertyl. vbi dicitur matre tutorem non petente, successionem ad alios pertinere, nec id requiritur, vt etiam ab alijs agnatis, qui in ordine & gradu post matrem vocantur, tutor & petatur.

Huc accedat, quòd si essent quatuor, vel quinque agnati, & nemo eorum peteret tutorem dari pupillo, nemo posset hæreditatem obtinere, & fisco esset applicanda, quod absurdum esse videtur, & iniquum.

B Huic posteriori sententiæ subscribo. Licet enim proximiore viuente & negligente, alijs inferioris gradus cognatis liceat tutorem petere; non tamen eis pœna legibus irrogatur, vt nisi petierint hæreditatem amittant: sed pœna matri & proximioribus irrogatur, eorumque negligentia, non aliorum mulctatur, & ita accipienda est. l. Sciant. C. de legitim. hæred.

CAPVT LX.

Vtrum minori inuito dari possit curator ad litem, si actor sit.


Inori inuito curatorem ad litem dari non posse, si actor sit, haud obscurè docuerunt Alexander & Salicetus in l. Tutori. C. de nego. gestis. Glos. & Bartolus in l. 3. §. Si pupillus,

C ff. de tutelis. Glos. & Albericus in l. Ait prætor 7. §. Permittitur. ff. de minoribus.

Alij dixerunt, hoc verum esse, si minor cum tutore agat, aliàs secus Archidiac. & Ioan. And. in cap. Si annũ, de iud. lib. 6. Alex. consi. 122. nu. 5. lib. 1. Vrsillus ad Afflictum decis. 256.

Alij nulla distinctione adhibita minori etiam inuito, siue agat, siue conueniatur tutorem ad litem dari censuerunt, Angelus Aretinus in Instit de curat. in princip. nu. 6. authoritate tex. in § Item inuiti Instit eod. tit.

Hanc difficultatem simul & controuersiam peperit l. 3. §. Si pupillus. ff de tutelis, cuius hæc sunt verba: *Si pupillus pupillaue cum iusto tutore, tutorue cum eorum, quo litem agere vult, & curator in eam rem petitur, vtrum ipsis poscentibus datur, an verò & aduersario: Et sciendum est, siue agant, siue conueniantur dari his hunc curatorem posse: sed non alias, quam si ipse petat, cui dari eum oportet,*

D *Denique Caius lib. 6. scripsit, talem curatorem neminem dari posse, nisi præsentem, neque cuiquam, nisi præsenti & postulanti: Itaque infanti non potest dari. Idemq; Cassius ait, si pupillus curatorem poscere non vult, quo minus cum eo agatur, cogi eum a Prætore debuisse.*

Difficultas ex hoc oritur, quia textus dicit curatorem non dari, nisi is petat, cui dari eum oportet, & paulò inferius ait, si pupillus curatorem petere nõ vult, quo minus cum eo agatur, cogi eum à Prætore debere. Ita igitur hunc textum aliqui accipiunt, vt prior pars loquatur de pupillo actore, & sensus sit ei, inuito curatorẽ ad litem dari non debere: posterior autem pars loquatur quando pupillus conuenitur, & ait, ei curatorem esse dandum, etiam inuito.

Sed hic est error manifestus, primũ, q̃a in prima parte textus loquit̃, siue pupillus agat, siue cõueniat̃, vt patet ex illis verbis: *Et sciedũ est, siue agãt, siue cõueniantur, &c.* nõ ergo rectè intelligitur eo in casu duntaxat, quo pupillus agit Deinde, quia nõ hæc est snia legis, non esse dandum

curato-

curatorem ad litem pupillo inuito, sed non esse dandum ei curatorem, nisi petat. Ipse enim prius petere debet, sed si non petierit, tunc ei etiam inuito dandus est curator à Prætore, ita hanc rem explicat Imperator Antoninus in l. 1. C. qui pet. tuto. *Admone adolescentem aduersus quem consistere vis, vt curatores sibi dari postulet, cum quibus secundum iuris formam consistas: qui si in petendis ijs cessabit, potes tu competentem iudicem adire, vt in dandis curatoribus officio suo fungatur.*

Atque istud est etiam quod ait text. in d. §. Si pupillus, in verb. Idemque Cassius.

Et licet Antoninus loquatur quando adultus conuenitur, eadem tamen ratio est, si agat. Nam is qui ab eo conuenietur, rectè petet ei curatorem ad litem dari, ne frustrà litigetur, quia si iudex secundùm minorem pronunciauerit, valebit sententia. l. Non eo minus. C. de procurat. si verò cōtra minorem non valeret. l. Cùm & minores. C. si aduersus rem iud. Cogetur itaque minor non præcisè, vt ita dixerim, sed causatiuè, curatorem accipere, hoc est, si agere voluerit, & aduersarium cogere ad litem contestandam, & consistendum in iudicio. Et hoc est quod Imperator Iustinianus docet, inuitis adolescentibus curatores non dari, præterquam ad litem, vt in §. Item inuiti. in Instit. de curato. Maneat ergo hæc sententia, minorem siue agat, siue conueniatur, cogendum esse accipere curatorem ad litem.

CAPVT LXI.

Gesta per falsum procuratorem, an post latam sententiam ratificari à domino possint, in sui commodum & fauorem?

COnstat inter omnes pendente iudicio dñm ratificare posse gesta per falsum procuratorem, ex Vlpiani responso, in l. Licet 56. ff. de iud. Similiter dubium non est, quin in sui C præiudicium dominus possit, etiam post latam sententiam ratificare gesta per falsum procuratorē ex l. 3. §. Falsus. ff. rem ratam haberi. Verùm controuersia est, an etiam in sui fauorem possit dominus ratificare gesta per falsum procuratorem, puta si lata sit sententia in fauorem falsi procuratoris. Et affirmāt quamplurimi. Gloss. in l. Si mater. §. Hoc iure. ff. de except. rei iud. Bart. in d. l. Licet. §. 6. ff. de iud. Iason in l. Licet. C. de procurat. Sebastianus Vantius tract. de nullitatib. tit. quib. modis sentent. null. nu. 102. Egidius Bellamera decis. 29. Antoninus Tessaurus decis. Pedemont. 7. Andreas Geyll. lib. 1. obseruat. 47. vbi testatur, cùm hæc quæstio ex facto proponeretur, ita in Auditorio illo Spirensi conclusum fuisse.

Fundamentum est primò in d. l. Licet 56. ff. de iud. sed nihil ad rem facit, quia loquitur de ratificatione pendente iudicio facta. Secundò, quia ratificatio mandato æquiparatur & retrotrahitur. l. vlt. C. ad Maced. sed respōderi D potest id locum habere re integra, cùm videlicet ratificatio fit eo tempore quo actus celebrari potest. Tertiò, quia videtur imputandum aduersario, cur mandatū procuratoris diligentius non examinauerit, & exceptionem falsi procuratoris non opposuerit. Sed nihil mouet hoc argumentū, quia maior est culpa falsi procuratoris, quàm negligentia aduersarij. Item, quia fieri potest, vt opposuerit exceptionem, sed iudex non attenderit. Quartò, nam iudicium est nullum hoc in casu, quia consensus domini non adfuit. Ergo quandocunque consensus eius superueniat, quod fit per ratificationem, reconualescit. argum. l. vlt. C. ad Maced.

Sed nihil etiam hoc euincit, quia ratificatio debet fieri re integra, & tēpore congruo, non autem post ius quæsitum aduersario. Non enim potest superueniens consensus vnius, auferre alteri ius quæsitum secundùm regulas vulgares.

A Contrariam igitur sententiam veriorem ac probabiliorem esse iudico, quam amplexi fuere Salicetus in l. Si tutor. num. 4. 5. C. In quib. cau. in integr. rest. non est necess. Petrus de Ferrarijs in pract. in forma libelli responsionis rei conuenti, in verbo Simoni Spelte. nu. 4. Mynsingerus cent. 1. obseru. 44. Rota Romana decis. 13. Nota quod gesta, & decis. 149. Nota quod vbi in antiquis & decis. 428. Si habens, in nouis, & apud Cassiodorum decis. 40. Introducta super reg.

Fundamentum est primò, quia ratificatio fieri debet tempore cōgruo, quo actus celebrari potest. l. Bonorum. ff. rem rat. haberi. Sed post latam sententiam actus iudiciales fieri non possunt, iam enim facti sunt. Ergo post sententiam gesta per procuratorem falsum ratificari nō possunt. Secundò, quia malitijs & dolis obuiandum est. l. In fundo. ff. de rei vendic. Occurritur autem hominum malitijs, si ratificatio hoc in casu non valeat. Nam si valeret, occasio daretur domino expectandi finem iudicij: B Et si sententia contra se proferretur, eum nō ratificaret, si pro se, ratificaret, quod est iniquum.

Tertiò, in iudicijs seruanda est æqualitas. l. vlt. C. de fruct. & lit. expen. Sed æqualitas non seruabitur, si valet ratificatio. Nam si lata esset sententia contra falsum procuratorem, non esset in potestate eius aduersarij, hoc obtinere, vt domino præiudicaret, hic autem in potestate domini, pro quo lata esset sententia, foret hoc efficere, eam ratificando vt aduersario suo præiudicaret.

Postremò, quia vbi falsus procurator inuenitur, nec controuersiæ dici solent, nec potest esse iudicium. l. I. Licet. C. de Procur. Ergo non est in potestate hominis priuati per ratihabitionem efficere, vt iudicium, quod nullum est, valeat atque consistat. Et vt ius aduersario suo iam quæsitum, nullum esse iudicium, dicendi, auferat. Atque ita sentio.

CAPVT LXII.

Vtrum in absolutione à iuramento, ad effectum agendi requiratur partis aduersæ citatio? & an Ecclesiasticus iudex, qui absolutionem à iuramento concessit, remaneat iudex causæ principalis?

ANtiqua est & celebris hęc controuersia. Videbatur prima, quod aiunt, fronte citationē partis requiri in absolutione impetranda à iuramento ad effectum agendi. Primò, quia iuramenti absolutio requirit causæ cognitionem. c. Quanto. de iureiur. Causæ autem cognitio requirit partis citationem. l. In causæ 14. §. Causa autem cognita. ff. de Minorib.

Secundò, quia pars lædi potest ex ipsa iuramenti absolutione. Nam absolutus à iuramento agere potest, & multa commoda habet ex ea absolutione. Citatio autem semper requiritur eius qui lædi potest. l. Nam ita diuus. ff. de Adopt. l. De vnoquoque. ff. de re iud.

Tertiò, quia si pars citaretur, forsitan ostenderet absolutionem per calumniam peti. argum. l. Satis apertè. C. ad leg. Corn. de Falsis. Ergo aduersus partem inauditam nihil definiendum est. cap. 1. de caus. possess. & propriet. cap. Caueant 3. quęst. 9. cap. Inter quatuor. de maio. & obed.

Quartò, propter authoritatem eorum qui ita exprессè docuerunt. Ita docuerunt Ancharanus in cons. 198. Prędictis subtiliter, & in cons. 382. Retento. nu. 3. Federicus Senensis cons. 300. Dominicus à S. Gemin. cōs. 16. ad finem. Alexander in cons. 222. nu. 8. lib. 2. Guido Papæ quæst. 225. Felinus in c. 1. num. 25. de iureiur. Curtius senior cons. 43. in 2. artic. Hippolytus Marsilius ad l. De vnoquoque. num. 163. de re iud. Ruinus consil. 26. lib. 4. Panormitan. consil. 12. lib. 2. Socinus senior consil. 59. lib. 3. Bertrandus cons. 41. lib. 1. & 154. eod. Iason ad l.

Necquicquam. §. Vbi decretum. col. 9. de off. proconf. & leg. Gozadinus conf. 69. ad finē. Ioannes de Amicis conf. 31. Loffredus conf. 12. Patisius conf. 45. nu. 85. & 96. nu. 88. lib. 1. Vrsillus ad Afflictum decis. 120. nu. 11. Andreas Geyll. lib. 1. obseru. 22. num. 3.

Verùm istis nil morantibus contrariam sententiam semper secutus fui, eo argumēto adductus, quoniam per absolutionem à iuramento concessam ad effectum agendi, nullum aduersario præiudicium generatur, cuius de iure sit habenda ratio, consequenter citandus non videt.

Consequentia satis certa est. Antecedens autem probatur.

Nam absolutio conceditur tantùm ad effectum agendi, hoc est, vt qui iuramento obstrictus est, agere valeat, nec à limine iudicij repellatur, tāquam periurus, Ex hoc autem quod aliquis agere possit, nullum præiudicium alteri generatur, cuius habenda sit ratio. Nam aut agendo probabit iniustitiam & turpitudinem contractus, propter quam meritò rescindendus sit, aut non probabit. Si non probabit, nihil eum iuuabit absolutio à iuramento concessa, manebit enim obligatus vinculo ipsius contractus, nec poterit ab eo recedere. Si verò probabit, tunc aduersarius quidem præiudicium sentiet, sed summa ratione, quia non expediebat eiusmodi contractum seruari, turpem ac iniustum, sed magis vtile eidem fuit eū rescindi, ne contra iustitiam ex alieno damno compendiū faceret, ne animæ suæ iacturam faceret. Quid enim prodest homini, si vniuersum mundum lucretur, animæ verò suæ detrimentum patiatur?

Non obstat si dicatur interesse aduersarij, ne sumptibus in iudicio vexetur. Nam huius præiudicij rationem habendam non esse, vel ex eo perspicuum est, quod si habenda esset ratio, nullus posset alterum ad iudicium vocare, & ad agendum admitti, nisi prius causa cognita appareret, eum bonā & iustam causam obtinere; quod est absurdum & ridiculum. Pœnæ sunt enim aduersus temerè litigantes constitutæ, quibus iniustè vexatis opportunè consultum est l. Cùm quem temerè. ff. de iud. in Inst. de pœna temerè litigan. c. Calumniam. de pęnis & alibi.

Exemplum adferunt Doctores liberti, qui patronum suum, vt in ius vocet, veniam à Præture petit. Itē emancipati filij, qui litis instituendæ causa aduersus patris testamentum inofficiosum bonorum possessionem apud iudicem agnoscit. Hæc enim omnia expediuntur parte non citata, quia nullum verè præiudicium inferunt, tametsi ratio illa adferri possit, Patroni interesse ne temerè à liberto in lite vexetur: Item hæredis instituti interesse, ne temerè inofficiosum testamentum arguatur. Nō habetur ratio huius pręiudicij, quia temerè litigātes suis subiacebunt periculis & pœnis; & iniquè vexatis sua nō desunt legum auxilia, quibus indemnes conseruentur.

Et hanc sententiam, quę docet citationem non requiri, secuti sunt etiam plurimi, Ancharanus sibi parum constans in conf. 18. Oldradus conf. 120. Io. Calderinus cōs. 7. tit. de iureiur. Io. Andr. ad Specul. tit. de iureiur. vers. Vbi autem iurasset. Alciatus ad c. Cùm contingat num. 125. de iureiur. Afflictus decis. 210. nu. 10. Natta in conf. 167. Io. Crotus conf. 106. nu. 8. Crauetta in conf. 7. nu. 7. & ibi Stracca in addit. adiungit alios Couuar. varia. resol. lib. 1. cap. 4. nu. 6. Rolandus à Valle alios citans in cōs. 12. nu. 38. & 42. nu. 28. lib. 1. Iosephus Ludouicus decis. Perusina 18. in 1. part. Rota Romana in antiquis decis. 767. Sciendum est, quod aliquoties.

Ad argumenta contrariæ sententiæ hanc adfero responsionem. Concedo requiri causæ cognitionem aliquā in absolutione concedenda; sed quia per eam non infertur pręiudicium, cuius ratio habenda sit, nego citationē requiri. Concedo eum esse citandum qui lædi potest, qui actum impedire potest, nihil inaudita parte decernendū esse, sed nego aduersarium lædi propter absolutionē iuramenti, quia omnia ei iura sunt salua, & nihil contra eum decernitur, nec posset impedire absolutionem, quia cōceditur tantùm ad effectum agendi, nec cuiquam ius suum aufertur, aut imminuitur, denique conceditur sub ea conditione, si preces veritate nitantur, de qua postea cognoscetur.

Quod attinet ad alteram quæstionem, Bald. in l. Ordinarij. C. de rei vendic. existimauit iudicem Ecclesiasticum absolutione à iuramento concessa totius principalis causæ iudicem fore: & eandem sententiam secuti fuere quamplurimi, Alex. & Ias. in l. Quoties. C. de iudi. Fel. in cap. Cùm sit generale. nu. 4. de Foro competenn. Curtius iunior in rubr. C. de Edendo. nu. 14. & multi alij à Couuar. citati lib. 1. variar. resol cap. 4. nu. 8. & ab Osasco decis. Pedemont. 78.

Sed contrarium docuerunt plurimi alij, quos ijdem citant, quibus addi potest Serafinus Senensis de priuilegijs iuramenti, Priuilegio. 60. nu. 19. & Prosper Farinacius lib. 1. quæstionum, tit. de Inquisitione, quæst. 8. nu. 144. & quibus ipse quoque consentio.

Prioris sententiæ fundamentum est primò, quia ratione iuramenti iudex Ecclesiasticus est competens, cap. vlt. de foro competen. siue agatur de eius obseruantia, vt ibi, siue de inobseruantia, vt in cap. 1. de iureiur. Secundò, quia iudex competens in causa præparante, est etiam competens in causa præparata. l. Ordinarij. C. de rei vendicatione.

Posterioris autem sententiæ fundamentum est primò in l. 1. C. ad exhib. illis verbis: *Præses prouinciæ eam exhiberi iubebit, vt apud iudicem de rei veritate quæratur*, quibus verbis probatur, non esse eundem iudicem in actione ad exhibendum, & in rei vendicatione, cùm tamen actio ad exhibendum pręparatoria esse vulgò dicatur rei vendicationis. l. 3. § Est autem personalis. ff. ad exhib.

Secundò, quia actor sequitur forum rei. l. 2. C. de iurisd. om. iud. l. vlt. C. vbi in rem actio. c. Cùm sit generale: de foro competen. Ergo si iudex laicus sit competens iudex rei conuenti, ille adeundus erit, non autem Ecclesiasticus iudex.

Et hoc postremum argumentum mouet me. Nā cùm hæc sit generalis iuris regula, vt actor sequatur forū rei, non est ab ea recedendum, nisi de exceptione doceatur. Non probatur autem hęc exceptio argumentis cōtrariæ opinionis. Nam iudicem Ecclesiasticum competentem esse quoties de iuramenti obseruantia agitur, lubens fateor: sed hic non agitur de iuramento seruando, sed de iustitia vel iniustitia cōtractus & obligationis, quam rescindi actor postulat, reus negat rescindendam esse.

Fateor quoque Ecclesiasticum iudicem cogere posse creditorem ad iuramentum relaxandum, vt in c. 1. de iureiur. Sed quid hoc ad quæstionem nostram facit? Iam enim relaxatum esse iuramentum supponimus, & de ipsa re principali quærimus, an à iudice Ecclesiastico cognoscenda & tractanda sit.

Ad brocardicum illud quod attinet, iudex causæ præparatoriæ, est iudex causæ pręparatę, vix dignum puto responsione. Nego id verum esse. Non hoc dicit l. Ordinarij. C. de rei vend. cuius hæc sunt verba: *Ordinarij iuris est, vt mancipiorum orta quęstione, prius exhibitis mancipijs, de possessione iudicetur: & tunc demum causa proprietatis ab eodem iudice decidatur.*

Nego possessionis causam, præparatoriam esse causæ proprietatis. Nihil enim commune habet possessio cum proprietate. l. Naturaliter. §. Nihil commune. ff. de acquir. possess. Nego ab eodem iudice ideo vtramque causam decidendam, quia altera alterius sit præparatoria: Hæc est ratio, quia causæ continentia diuidenda non est: Et quod in vno eodemque iudicio terminari potest, apud diuersos iudices ventilari non debet, vt in l. Nulli. C. de iudicijs, quę ratio in quæstione ista locum non habet, quia absolutionis à iuramento causa non pertinet ad obligationem & cōtractum, & ad iustitiam vel iniustitiam eius. Nego iudicem qui de possessione cognoscere potest, alioqui incompetentem fuisse ad cognoscen-

groſcendum de proprietate, vt in ſpecie noſtra incompetés ali.qui iudex Eccleſiaſticus eſſe præſupponitur, quãtum ad cauſam principalem attinet.

CAPVT LXIII.

De poteſtate Principis circa tollendum ius quæſitum.

MAximi momẽti eſt, & maximum vſum habet illa controuerſia, quæ de Principis poteſtate circa ius quæſitum auferendum agitari ſolet. Ego quia multa habet capita, ſex quæſtionib. omnia comprehendam, quæ videntur mihi præcipua.

Prima quæſtio eſt, Vtrum Princeps ex certa ſcientia, & de plenitudine poteſtatis auferre poſſit alicui ius ſuũ ſine cauſa. Affirmat Angelus ad l. Item ſi verberatum. §. 1. ff. de rei vend. Iaſon ad l. vlt. in 6. limit. C. ſi contra ius vel vtili. pub. Decius in conſi. 169. nu. 7. alios commemorat Antonius Gabrielius lib. 3. comm. concl. tit. de iure quæſito non tollen. concluſ. 1.

Fundamentum eſt, quia ſacrilegij inſtar eſt de Principis poteſtate diſputare. l. Diſputare. C. de crim. ſacrileg. Deinde, quia duplex eſt poteſtas Principis, vna ordinaria, altera abſoluta. Hæc poſtrema nullis legibus reſtricta eſt, nullis regulis ſubijcitur, ideoꝗ; Principis eſt pro ratione voluntas, & legis habet vigorem. l. 1. ff. de conſtit. Princip. Tertiò, quia Princeps dicitur eſſe dominus totius mundi. l. Deprecatio. ff. ad l. Rhod de iactu. l. Bene à Zenone. C. de quad præſcript.

Contrarium docuerunt multi alij à Gabrielio citati loco proximè citato. Zaſius in conſi. 10. lib. 2. & ad l. 2. verſ. Ratum eſſet de orig. iuris. Menochius in conſi. 103. nu. 68. lib. 1. Hartmanus Piſtorius lib. 2. quæſt. iuris, parte poſteriore, cap. 4. nu. 43.

Et iſtis ego aſſentior. Probatur hæc ſententia ex lege. Quoties. C. de precib. Imper. off. ibi: *Quod autem totius negotij cognitionem tollit, & vires principalis negotij exhaurit ſine graui partis alterius diſpẽdio, conuelli nõ poteſt, &c.* Probatur quoque ex l. 3. & l. 7. C. eod. tit. in l. vlt. C. Si cõtra ius vel vtil. publ. in l. Iubemus nullam. C. de ſacroſan. Eccleſ. in l. 3. & 4. ff. de Natalibus reſtitut. in l. Prædia. C. de locatione prædio. Ciuit. lib. 11.

His adſtipulantur l. Digna vox. C. de legib. l. Cauſas. C. de tranſact. l. vlt. C. ſentent. reſcindi non poſſe. l. 2. C. de inceſt. nupt. l. Authoritate. C. vnde vi. l. Nec auus. C. de emancip. lib. l. 2. §. Meritò, & §. Si quis à Principe. ff. Ne quid in loco publ.

Ad primum argumentum reſpõdeo, legem allegatam non hoc velle, ſed aliud longè diuerſum, nimirum: *Diſputare de Principis iudicio non oportere. Sacrilegij enim inſtar eſt dubitare an dignus ſit, quem elegerit Imperator.* Nullũ verbum eſt ibi de poteſtate Principis.

Ad ſecundum reſpondeo, abſolutam illam Principis poteſtatem nullis legibus circumſcriptã iure noſtro non probari, ideoꝗ; à doctiſſimis Iureconſultis reijci ſolere. Couuar. lib. 3. variar. reſolut. cap. 6. nu. 8. Zaſius conſi. 10. nu. 7. lib. 2. Andr. Geyll. lib. 2. obſeru. 56. nu. 9. Arius Pinell. ad Rub. C. de reſcind. vend. par. 1. c. 2. nu. 24.

Ad tertium reſpondeo, Principem eſſe dominũ mundi, quantum ad iuriſdictionem & protectionem; non quantum ad dominium rerum priuatarum: nec contrarium probant leges in argumento allatæ.

Secunda quæſtio eſt, an Princeps auferre poſſit ſine cauſa ius quæſitum ex beneficio iuris ciuilis, puta præſcriptione, re iudicata & ſimilibus modis acquirendi dominij iure ciuili conſtitutis.

Affirmant circiter viginti doctores, quos commemorat Gabrielius lib. 3. commu. concl. tit. de iure quæſito nõ tollen. concl. 1. nu. 18. Negant alij plurimi ab eodem relati, quibus adde Pinellum ad Rub. C. de reſcind. vend. 1. parte, cap. 2.

A Conciliat opiniones Gabrielius, vt prima locũ habeat cùm ius ciuile nulla æquitate nititur. Poſterior autẽ cùm agitur de iure ciuili æquitatem habente.

Sed mihi negantium ſententia maximè probatur, eo argumento, quod Principis reſcripta contra ius & in læſionem alterius non valent, vt patet ex legibus allatis in præcedente quæſtione, quibus accedant l. Si quando. C. de inoff. teſtam. l. 3. C. de reſcind. vend. lib. 5. C. de reuo. donar. l. 3. l. Si teſtamentum C. de teſtam. l. Ex imperfecto, de leg. 3. Et denique regula generalis. l. Id quod noſtrum, de reg. iuris.

Non obſtat text. in l. 2. §. Si quis à Principe, in fine. ff. Ne quid io loco pub. in illis verbis, *niſi fortè hoc impetrauerit.* Nam illud accipiendum eſt, cùm iuſtas ob cauſas id à Principe impètrantur: ſine iuſta cauſa non ſolet, nec debet Princeps aliquid concedere, ex quo alter lædatur.

Non obſtat ſi dicatur, Principem fuiſſe authorem & cauſam vt dominium quæreretur, Ergo illud pro libitu B auferre poteſt. Quia nego conſequentiam. Poteſt enim Princeps, ius quod ipſe condidit tollere, abrogare, & infirmare, ſed hoc legem generalem condendo, ob iuſtas aliquas cauſas, cuius rei exempla ſuppeditant Nouellæ Conſtitutiones: quod autem poſſit dominium ſine cauſa alicui auferre, quod iure acquiſiuit, puta ex teſtamento, ex præſcriptione, & alijs legitimis modis, id verò negatur, nec puto demonſtrari poſſe vlla lege, vlla iuris authoritate & ratione, imò verò repugnant leges ſuperius adductæ, quibus probatur, non licere Principi ea decernere, reſcribere, mandare, quę contra ius, contra ſingulorũ vtilitatem repugnare videntur, niſi iuſta ſubſit cauſa.

Tertia quæſtio eſt, an Princeps ſine cauſa poſſit in re modica alteri præiudicare, & auferre ius quæſitum. Et reſpondendum eſt poſſe ex l. Quoties. C. de precib. Imp. off. Vide Felinum in c. Quæ in Eccleſiarum, nu. 47. verſ. Quarta declaratio. de Conſtitut. Decium ibidem nu. 26. verſ. Quartus caſus. Ruinum conſi. 191. nu. 13. lib. 1. & C 48. num. 13. lib. 4.

Quarta quæſtio eſt, an Princeps alicui auferre poſſit ius quæſitum ſpe, hoc eſt, ius quod ex aliquo futuro euẽtu quis ſperat ſe conſecuturum: Et reſpondendũ eſt poſſe, puta naturales & ſpurios natalibus reſtituendo, vel aliam gratiam indulgendo, licet ex his ius alteri auferatur, quod conſiſtit in ſpe, iuxta Nouellam quibus modis natur. eff. ſui §. Et quoniam variè. l. 1. §. Filius. ff. ad Tertyll. Gloſſ. in c. 1. §. Naturales, ſi de feudo defuncti conten. ſit inter dom. & agna. defuncti. Vide Felinum in d. cap. Quæ in Eccleſiarum, nu. 49. verſ. Primus eſt, quando lex dedit modum, de Conſtitut. Ruinum conſi. 7. nu. 6. & 36 nu. 3. lib. 1. Albertum Brunum cõſi. 1. nu. 54. Iaſonem ad l. Gallus. §. Et quid ſi tantùm, num. 121. de lib. & poſthumis. Gabrielium de iure quæſito non tollend. concl. 1. numero 30.

Sed vide præterea ne impingas in pręclarã diſtinctionem Ludouici Gomes, ad regulam Cancellariæ, de non D tollendo ius quæſitum, quæſt. 4. & Socini iunioris conſi. 95. nu. 33. lib. 3.

Quinta quæſtio eſt, vtrum Princeps ex cauſa publicæ vtilitatis auferre poſſit ſubdito ius quæſitum. Communis eſt & vera Doctorum ſententia, poſſe, vide Felin ad d. c. Quæ in Eccleſiarum, num. 26. verſ. Tertia cõcluſio. de Conſtit. Decium ibidem, nu. 19. Abbatem Panorm. nu. 11. & alios à Gabrielio citatos comm. concl. lib. 3. tit. de iure quæſito non tollendo, concl. 2. quibus adde Doctiſſimum Oddum de in integrum reſtitutione, parte 2. q. 99. art. 8. Andream Geyll. lib. 2. obſeru. 56.

Adferri ſolet tex. in l. Item ſi verberatum. §. 1. ff. de rei vend. in illis verbis: *Item ſi fortè ager fuit, qui petitus eſt, & militibus aſſignatus eſt modico honoris gratia poſſeſſori dato.* Item l. Lucios. ff. de Euictio ibi *partim diſtractas, partim veteranis in premia aſſignatas, &c.*

Sed aſſentior Cuiacio lib. 2. obſeru. c. 9. dictas leges ad hanc rẽ non pertinere, quia loquuntur de prædijs bello

acquisitis, quæ victores partim distrahebant, partim militibus assignabant, sæpè etiam veteri possessori aliquid relinquebant honoris gratia.

Probatur igitur hæc communis sententia ex l.5. §.vlt. ff.de iniur. *Sermo*, inquit, *forsitan & libertate præstanda. Quid enim si publica vtilitas ex hoc emergit?* Item ex ratione.l.Ita vulneratus.ff.ad Leg.Aquil.Et qa vtilitas publica præferenda est priuatæ.l.vn §.vlt. C. de cad. toll.§. Quamobrem in Nouella.de restit.& ea quæ parit,&c.

Huic sententiæ etiam congruit communis Theologorum sententia, Principem posse propter publicum bonum dispensare contra leges, quod præter alios nouissimè explicat R.P. Gregorius noster, nostrique seculi pręclarum lumen in 2 tomo Commēt. disput.7. q.5.pun.9.

Oportet tamen Principem compensare priuans, iusta ratione ius ablatum.l.Serui. C.quibus ex causis serui pro præmio libert. accip. l.Mulier in opus salinarum. ff. de capti.l.Venditor.§.Si constat.ff.commu. præd.

Et cessante causa publicæ vtilitatis, ius suum priuatis restituendum est ex Innocentij doctrina in cap.Quia plerique.de immu.Eccl.de qua per Gabrielium lib.3.cōmu. concl.tit.de iure quæsito non tollen. conclus.4.

Sexta quæstio est, an causa iusta motus Princeps pręsumatur, cùm alicui auferr ius suum? Tres sunt Doctorum sententiæ. Vna, præsumendam. Altera, non præsumendam. Tertia, præsumendam si Princeps eam exprimat, secus si nullam exprimat causam, vel minus idoneā. Vide Alciatum de Præsumpt.reg.3.Præsumpt.8. Menochium de Præsumpt.lib.2. Præsumpt.10 Andreā Geyll. lib.2.obseru.58.

Fundamentum prioris sententię est, quia Princeps iustus esse præsumitur.l.2.§ Meritò ff.ne quid in loco pub. l.Ex facto.ff.de vulg.l.4.& 5.ff.de nata.restit.

Sed responderi potest, id locum habere in dubio, sed quando Princeps ius suum alteri aufert, iam videtur cessare illa bona pręsumptio, cùm iniquè faciat, & contra ius. Sic dicimus quemlibet bonum præsumi.l.Meritò.ff. pro socio. Verùm hæc p̄sumptio cessat, cùm aliquid facit iure prohibitū.c.1.de Præsumpt.l.1.C.ad l.Cor.de fals.

Fundamentum autem alterius sententię est ex Clem. Pastoralis, de sent.& re iud.ex c.1.de cau.possess. & propriet. ex c.Nouit.de iudicijs: quæ sanè iuris loca quo pacto ad hanc rem accommodari possint, non satis video.

Adfertur etiam quod notatur in l.Si fortè.ff.de Castr. pecul.& in l.Si donatione.C.de Colla. non esse credendum assertioni eius, qui dicit se aliquid facere ex causa, quoties agitur de eo quod liberè facere non potest.

Sed hęc generalia pronunciata non satis tuta sunt: vt enim aliquando locum habere possint, ex certis rerum circumstantijs; non tamen rectè colligitur ea perpetuò locum habere, pręsertim cùm non sint iuris regulę sumptæ ex Iureconsultorum responsis, sed traditiones quędā ac obseruationes interpretum, non contemnendæ quidem, sed nec passim amplectendæ.

Denique Menochius hanc rationem adfert, quia hæc res non pendet ex voluntate Principis, sed necessaria est iusta causa. Ergo principi asserenti se iustam ob causam motū fuisse, credendū nō est, quia nullus in propria sua causa idoneus testis est l.Nullus idoneus.ff.de testib.

Responderi potest, hoc testimonium Principis non esse in causa propria, cùm res nō pertineat ad ipsum principem, sed ad alios quibus aliquid concedit.

Tertiæ denique sententiæ, cuius author Alciatus fuit, illud est firmamentum, quoniam cùm Princeps causam exprimit, ex qua se adductum fuisse testatur, videtur omnino ei fides adhibenda. Clem. 1.de Probation.

Rńder D.Menochius textum illum ad causas beneficiales pertinere. Sed replicari pōt eandem esse rōnem in alijs; neq; enim vsque adeò exploratū est, S.Pontificē in beneficialibus suis suū cuiquam auferre posse sine causa. Et reuera durum valde est, & ab omni iuris ratione alienū, suspicari Principem esse mendacē, cùm in rescriptiū

A causam exprimit, cum alioqui nec in priuatis hominib. mendacium præsumendum esse, palam sit, ex ijs quæ latissimè adfert Mascardus de prob. vol.2.cōcl.1142.n.2.

Quare vt Alciati sententiam iuri magis consentaneā existimem, magis inclinat animus.

CAPVT LXIV.

Vtrum promißio facta præsenti & tacenti in eius commodum, sit pactum, vel pollicitatio?



TRiplex est doctorū sententia hac de re. Prima, eiusmodi promissionem pollicitationē videri. Ita Decius ad rub. C.de pact. Aret. ad l.2.de leg.1. Duarenus ad l.1.ff. de pact.

Altera, pactum esse si vltra pręsentiam alia consensus signa pręcesserint, si verò nō pręcesserint, pollicitationē esse. Ita Bald.& Corneus ad l.Senium.C qui testam.fac.poss. Alciatus ad rub.de verb oblig.& ibidem Albertus Bolognetus Cardinalis Illustr.cap.17.

B Tertia, hanc promissionē pactū esse. Ita Bart. & Cyn. in l.1.C.de pact.Ias.ad rub.de verb.oblig.nu.8. Ang.cōs. 183.Riuinus ad l.2.de leg.1.Ripa & Cagnolus ad rub.C. de pactis Couuar.ad rub.de testam.in 3.parte, Menoch. de Pręsumpt.lib.3.Præsumpt.42. Petrus Calesatus ad l. Iurisgentium, num.40. vers.Retenta communi.

Prioris sniæ argumenta sunt ista. Primū ex l.Pactum. ff.de Pollicit. vbi dr̄, pactū esse duorū pluriumue cōsensum; pollicitationem verò, solius offerentis promissionē.

Secundum ex l.Ex pollicitatione.ff.eod.tit. vbi I. C. appellat pollicitationem, quæ fit apud rempublicam in ipsius reipublicæ vtilitatem.

Tertiū ex l.1.§.Si stipulanti.de verb.oblig.vbi dr̄, si tibi stipulanti decem, promitto viginti, obligationē duntaxat contrahi in decem: Et tn̄ si pactum esset, cùm aliquid promittitur præsenti & tacenti, in eius commodū, obligatio saltem naturalis oriretur ad alia decem.

Quartum argumentum est, quia pactum est duorum
C pluriumue in idem placitum & consensus.l.1.ff.de pact. Consensus autem propriè dicitur expressus, non autem tacitus.l.2.§.Voluntatem.ff.sol.matr.

Quintum, quia promissio commodum respicit ipsius pręsentis & tacentis, consequenter in eius potestate est voluntatem suam declarare: Cùm non declaret, videtur contra eum interpretatio sumenda, vt non videatur consentire argum.l.Veteribus.ff.de pactis.

Sextum argm̄ est, quia is qui tacet consentire non videtur.l.Qui tacet. de reg. iur. c.is qui tacet.eod.tit.lib.6. Ergo pactum esse nō potest quoniā consensum requirit.

Septimum argumentū est, quia si non esset pollicitatio, nimis restringeret natura eius, vt nimirum nūquam esset pollicitatio nisi absenti fieret, quod est absurdum.

Octauū argm̄ est, qa is q p̄sens est, & tacet, modestia quadā deliberare vr̄, non autē consentire, cùm fortasse è re sua id futurū non esse credat, aut beneficiū accipiendo libertatē vendere nolit, vt dicebat Duarenus. Neque.n.
D pōt (ait Illustr. Bolognetus) qui ingenuo aīo præditus sit quicquā acceptare, quin de referenda gratia statim cogitare incipiat, ad quam rem natura ipsa oēs obligamur.l. Sed & si lege.§.Consuluit.ff.de pet hered. & p̄pea rectè regula constituta est, vt tacere sit mediū inter affirmare, & negare.l.Qui tacet.de reg.iur. *Qui tacet*, inqt Paulus, *non vtique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare.*

Argumenta verò affirmantiū pactū esse non pollicitationē, hęc sunt. Primum ex l.Qui patitur.ff.mand.vbi I. C. *Qui patitur ab alio mandari, vt sibi credatur, mandare intelligitur.* Ergo ex patiētia cōsensus p̄sumitur. Ergo duorū consensus hic adest, ex quo pactum conficitur.

Scd̄m est ex l.Donat §.Spēs.ff.de donat. *Species extra dotē a matre filiæ nōie viro traditas, filiæ q̄ præsens fuit donatas, & ab ea viro traditas videri, &c.* Hic silr̄ cōsensus filię arguitur ex pręsentia, qm̄ de eius commodo agitur.

Tertiū est ex regula, *Qui tacet, cōsentire videtur*, de reg. iur.lib.6. Nam cùm hæc regula locū non habeat, vbi de

tacentis

tacentis præiudicio vel obligatione agitur. l. filiusfam. §. Inuitus. ff. de procurat. sequitur eam locum habere saltē, cùm de commodo agitur præsentis & tacentis.

Tertię autem opinionis fundamentum positum est in eo, quod in d. l. Qui patitur. ff. mandat. & in l. Donationes. §. Species. ff. de donat. aliquid aliud interuenit, ex quo consensus tacentis arguitur, nimirum fideiussio siue mandatum, & traditio facta. Istis cessantibus non præsumeretur tacens consentire. l. Qui tacet. de reg. iur.

Non refero Galiaulæ, Tornielli & aliorum responsiones, nec nō Menochij replicationes loco annotato, quia non puto operæprecium, cùm non sint magni momenti, & facilè ex Menochio videri possint.

Ego video doctores omnes, qui dixerūt, hanc promissionem pactum esse, in eo vehementer laborare, vt ostendant, præsentem & tacentem in ijs quæ eius commodū respiciunt videri consentire, ex hoc enim argumentantur pactum esse, quia pactum est duorum in idem consensus. Et hic est error manifestus, quia cùm Vlpianus ait in l. 3. ff. de Pollicitatione, pactum esse duorum consensum atque conuentionem, pollicitationem verò solius offerētis promissum, non dicit pollicitationem esse solius offerentis consensum, sed esse vnius promissum. Nam & in pollicitatione duorum inest cōsensus, sed non expressus neque declaratus, nisi ab eo qui promittit alteri tacenti & non roganti: at in pacto nō consensus est duorum tantùm, sed etiam conuentio de eo quod vtriusque verbis cōuentum est, & conclusum vt fiat. Pactum est itaque cùm plures hoc agunt, & in eam decurrunt sententiā, vt quid fiat aut non fiat. l. 1. ff. de pact. Pollicitatio cùm quid promittitur alicui non petenti, & tamen duorum inest consensus, quòd is cui facta est promissio non reclamat, sed promissis acquiescit. Et hoc est illud vulgatū. Qui tacet, consentire videtur. Hæc habeo ex Francisco Conano lib. 5. commentario iuris, c. 8. in principio. Ex quibus infero in proposita quęstione, hanc promissionem non pactū sed pollicitationē esse, quod tam luculenter Vlpianus docet in d. l. 3. ff. de pollicitat. vt nullus dubitādi locus relinquatur: & ex dictis patet, frustrà laborasse eos, qui ex præsentia consensum arguunt. Nam vt id maximè verum sit, non tamen sequitur, pactum esse: sed pollicitatio est: cùm illa sit solius offerentis promissio, facta præsenti & tacenti, qui proculdubio consentire videtur. Pactum verò præter consensum requirit cōuentionem quandā, vt aliquid fiat vel non fiat, detur vel non detur. Et ideo dum dicit l. 1. ff. de pactis. Pactum esse duorum pluriumve in idem placitum & cōsensum, rectè exponitur in *idem dandum vel faciendum*. Non igitur omnis consensus duorum pluriumve pactū dici potest. Ergo & in proposita quæstione solius offerentis promissio pactum nō erit, licet is cui fit, præsumatur consentire: sed pollicitatio dicenda erit, cùm nullam aliam admixtam habeat cōuentionem (quòd est proprium pacti) sed solam offerentis liberalitatem, non reclamante eo cui facta est, quod est pollicitationis proprium, teste Vlpiano in d. l. 3. ff. de pollicitation.

CAPVT LXV.

Vtrum rescripta ad lites sint perpetua, an verò anno expirent.

DVo sunt iuris loca hac de re, quæ controuersiā pepererunt. Vnum iuris canonici. Alterū iuris Cæsarei. Innocentius III. in c. Plerunq; de rescriptis, scribit in hæc verba: *Plerunque contingit, quod aliqui nostris literis impetratis, illis vti multo tempore postponentes, tunc demùm eas exhibent, cum aliarum authoritate ab eis contra quos primitus literas impetrarant, caperint conueniri, dicentes posteriores literas non valere, vtpote non facientes de prioribus mentionem. Cùm igitur non sit malitijs hominum indulgendum, Statuimus, vt si quis nostras literas impetrans, intra annum postquam* A *copiam iudicum habuerit, ex malitia vel negligentia postposuerit vti eis, authoritate posteriorum literarum valeat conueniri, licet in ipsis nulla de prioribus mentio habeatur.*

Cæterùm, Imperator Claudius in l. 2. C. de diuersis rescript. sic ait: *Falsò adseueratur authoritatem rescriptorum deuoluto spatio anni obtinere firmitatem suam nō oportere. Cùm ea quæ ad ius rescribūtur perennia esse debeāt, si modo tēpus in quo allegari vel audiri debēt, non sit comprehēsum.*

Prima fuit sententia Baldi, teste Felino in c. Si autem, nu. 1. de rescript. iure canonico rescripta esse annalia, iure autem ciuili perennia.

Non placet, quia non est inducenda inter ius canonicum & ciuile discordia, nisi apertè expressum sit.

Secūda fuit sentētia Petri Rebuffi de rescriptis in præfatione, nu. 4. rescripta esse perpetua, quæ iura partium respiciunt. Velut si princeps alicui concedat, vt conueniatur sub certo iudice; quia decet principis beneficium esse mansurum, secus dicendum in rescriptis iustitiæ, quæ iu- B dicis comprobatione egent, quia illa ferè anno pereunt. Vel quidam inquit Rebuffus intelligunt ea, quę ad ius rescribuntur, id est, ad obseruationē iuris vel elucidationē. Illa enim sunt perpetua, sicut & ius. Priorem sensum amplectit' Menochius de arbitrarijs iudicij casu 202. nu. 77.

Non placet, quia nullo iure probatur hæc distinctio: nec ius canonicum dicit rescripta anno perire, sed eum qui rescriptum obtinuit, si eo non vtatur intra annū, conueniri posse ex alio posteriori rescripto, licet nullā prioris mentionem faciat.

Quare puto etiam Iacobum Cuiacium lapsum esse, dū ad tit. de diuersis rescriptis dixit, iure veteri rescripta annalia fuisse ex d. c. Plerunque de rescriptis.

Tertia igitur vera & cōis sententia est. Rescripta ad lites perpetua esse, & tādiu durare, quamdiu actio seu ius durat, super quo impetrantur, vt in d. l. Falsò. Cæterùm, si dolo vel negligētia is qui rescriptum impetrauit, eo intra annū non vtatur, tunc aduersariū eius experiri posse, & C aliud rescriptū impetrare, illudq; posterius valere, licet nullā prioris mentionē faciat. Hæc est sententia S. Pontificis in d. c. Plerunq; vti declarāt Bart. Castrēsis, & Iason. in d. l. Falsò. C. de diuers. rescript. Abbas & Felyn. in d. c. Plerūq; de rescript. Goffredus in Sūma de rescriptis, nu. 48. Menoch. de arbitr. iud. casu 204. nu. 1. & in cons. 100. nu. 33. 34. lib. 1. D. meus Cephal. cōs. 304. nu. 61. lib. 3. D. meus Decianus cōs. 18. nu. 1. lib. 1. qbus & ipse assentior.

CAPVT LXVI.

Rescriptum ab vno impetratum, an alijs prosit rem communem habentibus?

REscriptum communi nomine ac precibus impetratum etsi ad vnum tantùm ex socijs directum sit, alijs quoq; socijs prodesse perspicuū est ex l. 1. C. de diuersis rescript. quod & dili- D genter adnotarunt Crauetta in cons. 45. nu. 2. Minsingerus cons. 8. primæ decadis, nu. 15. & post istos Robertus Lancellonus de attentatis, parte 2. c. 12. Ampl. 11. nu. 5.

Cæterùm nonnulla controuersia est, an si vni tantùm ex socijs rescriptum directum sit eo casu, quo ille solus supplicauit pro obtinendo rescripto, prosit alijs quoque rem cōem habentibus, & consortibus eiusdē rei. Etenim prodesse respōdit Paulus Castrēsis in d. l. 1. C. de diuers. rescript. & Franciscus Marcus decis. 149. nu. 4. in 2. parte.

Fundamentum statuunt in l. 1. & 2. C. Si vnus ex pluribus appellat. vbi constitutū est, si vnus ex pluribus consortibus appellauerit, & eius appellatio iusta pronunciata sit, id prodesse quoque alijs consortibus.

Sed contrarium responderunt Cynus & Albericus in d. l. 1. C. de diuersis rescript. & alij quos refert & sequitur Petrus Antonius Angusciola lib. 2. consi. 43. quibus addi potest Tiraquellus, obiter tamen rem tractans de retractu consang. §. 26. Glos. 1. nu. 45.

Horum

A Horum fundamentum est, quia rescriptum non extenditur ad personas in eo nō nominatas, vt in c. Significante. de rescript. & ideo textus i d. l. 1. C. de diuersis rescript. non sine causa mētionem facit precum communi nomine porrectarum: *Si libellum*, inquit, *de communi causa, tu fraterque tuus dedisti, quamuis rescriptum ad vnius personam directum sit, vtrique tamen prospectum est.*

Hæc posterior sententia videtur mihi probabilior. Nā hæ duæ quæstiones diuersæ sunt. Prima, an victoria litis ab vno ex socijs obtenta, alijs quoque prosit rem communem habentibus: & siquidem res indiuidua sit, certum est prodesse l. 1. & 2. C. si vnus ex pluribus appell. l. Loci corpus. §. Si fundus. ff. si serui. vend. & huc spectat prioris sententiæ fundamentum. Altera quæstio est, an rescriptū quod vnus ex socijs suo nomine impetrauit, alijs quoque prosit à principio, & dicendum est non prodesse, quia si prodesset, deberet quoque nocere. l. Secundùm naturam. de regul. iuris. Consequenter alij consortes & socij cogentur B inuiti litigare, & causam prosequi in iudicio contra regulas iuris, quibus nemo inuitus agere compellitur. C. vt nemo inuitus agere, &c. Non ergo integrum esset alijs socijs ab vsu talis rescripti abstinere, aduersario id petente, si rescriptum sua vi ac potestate ad eos quoque extenderetur. Sed hoc cùm contra iuris rationem sit, melius est dicere rescriptum huiusmodi, quia communi nomine impetratum non est, alijs non prodesse; secundùm iuris regulam, Rescriptum non extenditur ad personas in eo non expressas d. c. Significante de rescript.

CAPVT LXVII.

Donatio propter nuptias, an ipso iure constituta videatur?

DOnationem propter nuptias ipso iure à marito vxori constitutam videri secundùm dotis quantitatem, authores sunt Martinus, C Azo, Cynus, Salicetus, Iacobus de Rauenna, Raynerius & Bartolus, si credimus Mario Anguisciolæ eos referēti & sequēti in cōs. 25. & 152.

Sed contrarium docuerunt Glos. in Auth. Dos data. C. de don. propter nupt. Odofredus, Bald. & Angel. ibid. Idem Angelus in §. Aliud in Auth. de Æqual. dotis. communē dicit Afflictus decis. 242 nu. 1. Grammaticus decis. 97. nu. 4. Clarus §. Donatio. q. 11. vers. Sed quæro. Ruinus cons. 110. nu. 2. lib 5. Federicus Scotus cons. 39. lib 3. tomo 2. Hippolytus Riminaldus in Instit. de donationibus in princ. num. 254. & in cons. 29. num. 11. lib. 1. & in cons. 496 lib. 5. Burlatus cons. 178. nu 8. lib. 2. Menochius de recuper. possess. remedio 15. nu. 166.

Fundamentum prioris sententiæ est in Auth. Dos data. C. de dona. propt. nupt. vbi tex. dicit: *Dos data donationem propter nuptias meretur*. Deinde dicit, mulieri dotem offerenti actionem donationis propter nuptias competere, ex quo verbo, *Exactionis*, arguitur donationem iam D constitutam fuisse.

Fundamentum autem posterioris sententiæ est, quia mulier sibi imputare debet, cur donationem non petiit sibi constitui. Deinde, quia hoc videtur esse in arbitrio mariti, donationem propter nuptias vxori suæ constituere. l. vlt. C. de donat. propter nupt. quæ lex non est sublata, nec correcta ex d. Auth. Dos data. C. eod. titu. quia illa verba textus: *Dos data donationem propter nuptias meretur*, sunt Irnerij, qui Authenticas composuit, & ex Nouellis sumpsit. Nec habentur in ipsa Nouella siue corpore, vnde sumpta est Authentica, vt patet ex §. Illud. in Auth. vt exactio. instante dotis, siue ex Haloandri editione Nouella 91.

Ego non puto ex arbitrio mariti hoc pendere, an velit donationem propter nuptias vxori suæ constituere, nec l. vlt. C. eo. tit. hoc dicit, sed hæc est sententia d. l. vlt. maritum licentiā habere donationē constituendi propter nuptias, tam ante matrimonium, quàm etiā constante matrimonio. Cæterùm non ei tribuit liberam potestatem constituendi vel non constituendi donationem propter nuptias, imò patrem teneri donationem propter nuptias pro filio suo constituere, certum est l. vlt. C. de dotis promiss. quod non rectè diceretur, si hæc res ex arbitrio mariti penderet. Tenetur ergo maritus pro dotis securitate donatiōnē vxori suæ propter nuptias æqualem doti constituere, vt patet ex Auth. de æqualitate dotis & donationis propter nupt. in princ. quæ est Nouella 97. vbi Iustinianus: *Hoc igitur inter alia vniuersa corrigimus, æqualia in dotibus esse, & propter nuptias donationibus, & ea quæ offeruntur, & ea quę in stipulationem deducuntur pacta: Et tantam quidem quantitatem conscribere virum, quantam & mulierem, tantum quoque lucrum stipulari, & tanta parte ex quanta voluerint, æqualis tamen mensura: non enim aliter iustitiæ & æquitatis seruabitur ratio, si negociatione alterutros circumueniant, & videantur quidem æquas facere stipulationes; pro vero autem inæqualis maneat effectus, non prius quantitate datorum eadem consistente. Irrideri videatur vndique lex, si ille quidem conscribat duo millia aureorum, mulier autem sex millia forte in dotem offerat, &c.* Et paulò pòst: *De cætero autem, in omni datione sancimus æquas quidem esse oblationes, ipsos autem mediocria lucra pacisci, vt per omnia iustitiam æquitatemq́; honoremus.*

Ex hac Nouella, in qua Imperator æquiparat dotem & donationem propter nuptias, tam in lucris, quàm præstatione & constitutione ausim affirmare donationem propter nuptias mulieri constitutam videri secundùm quantitatem dotis, & pacto inito, vt præmoriente vxore maritus dotem lucretur, simili modo vxorem lucrari donationem propter nuptias præmoriente viro. Sed hæc locum habere poterunt in locis, in quibus donationes propter nuptias sunt in vsu, sicut in Germania, in regno Neapolitano, & alibi in Italia, vt in Placentina ciuitate, in qua hanc sententiam iudicando secutus sum, licet aliæ in facto circumstantiæ concurrerent.

CAPVT LXVIII.

Si dos non fuerit soluta, an vidua lucretur donationem propter nuptias.

SI dos non fuerit soluta, donatio propter nuptias non debetur, vt aperte statuit Imperator in Nouella 2. de non elig. secundò nub. §. vlt. ex qua sumpta est Auth. Sed quæ nihil. C. de pactis conuentis, & idem habetur in Nouella, vt exactio. instante dotis. §. illud est. Nouella 91. ex qua sumpta est Auth. Dos data. C. de donat. propter nupt. Atque ita docuerunt Guido Papæ, quæst. 274. Afflictus decis. 241. Boerius decis. 22. num. 21. Parisius cons. 95. num. 42. lib. 2.

Sed quid est, quod contrarium docuerunt idē Guido Papæ quæst. 430. & 565. Afflict. decis. 233. & ibi Vrsill. Grammaticus decis. 97. Rolandus à Valle cons. 10. lib. 1.

Rn̄deo, non isti inuicem aduersantur, sed diuersa potius loquuntur. Sit iuris constituta regula, donationem pp nuptias non deberi mulieri, quæ dotem non soluit. Accipe hāc regulam cum exceptionibus istis. Prima, qn̄ mulier in mora non fuit dotem soluendi. Secunda, quando fuit habita fides de dote. Tertia, qn̄ data est dilatio ad soluendam dotem, & antequam dies cederet, solutum est matrimonium. Quarta, qn̄ per maritum stetit, quominus dotem acciperet. Vno verbo explicari, & ad vnā exceptionem omnia reuocari possunt: cùm videlicet mulier nullam in soluenda dote moram admisit. Sic accipiendi sunt qui donationis exactionem mulieri concedunt dote non soluta. Alij qui negant secundùm regulæ terminos exaudiendi sunt. Hæc admonenda putaui, vt intelligeretur, nullam hac in re controuersiam esse, licet prima (vt aiunt) fronte controuersia esse videatur.

CAPVT

CAPVT LXIX.

Filia quæ dote accepta renunciauit hæreditati paternæ iuxta c. Quamuis de pactis, lib. 6. an propter enormem læsionem rescindere eam renunciationem possit?

EX facto proponebatur in hoc amplissimo Iuridicæ facultatis collegio, an rescindi possit ac debeat renunciatio paternæ hereditatis filiæ, quæ dotem accepit iuxta cap. Quamuis de pactis, lib. 6. si fuerit enormiter læsa. Et dicebatur hanc rem in vtramque partem disputari posse huoc in modum.

Nam rescindi non posse videtur, primùm, quia eiusmodi renunciatio videtur esse transactionis species. argu. l. De fideicommisso. C. de transact. Transactio autem non rescinditur ob læsionem quamcunque l. Lucius. §. vlt. ff. ad Trebell.

B Secundò, quia renunciatio est donatio. arg. l. 1. ff. de transact. l. Modestinus. ff. de donat. Donatio autem cùm ex mera liberalitate proficiscatur, rescindi non solet ob aliquam læsionem.

Terniò, quia non videtur ratio habenda alicuius læsionis, cùm agitur de iure nondum quæsito, sed quærendo, quod ex incerto futuro euentu pendet: ex doctr. Bart. in l. 1. §. Nũciatio. nu. 34. ff. de oper. nou. nunc. Sed filia quæ renunciauit, ius futurũ incertumq; & nondũ quæsitum remisit; Ergo nulla ratio habenda vř eiusmodi læsionis.

Quartò, Filiæ nullum ius competit in bonis patris viuentis l. 1. §. Si impuberi. ff. de collat. bonor. Tempore autem mortis patris quid & quantum in bonis eius futurum sit, incertum est: Ergo filia quæ dote accepta paternæ renunciauit hæreditati, læsionem allegare nõ potest. Ita ratiocinantur Paulus Castrensis in cons. 174. num. 3. lib. 1. Cravetta cons. 114. nu. 13. Aocharanus q. 50. nu. 13.

C Quintò, Filia dotẽ à patre accepit, Ergo læsionẽ allegare non potest; quia pater præsumitur melius consulere, q̃ vllus quispiã filijs suis l. Nec in ea. ff. ad l. Iul. de Adult. Ita Castrensis cons. 275. nu. 6. lib. 1. Decius cõs. 26. nu. 2. & 89. nu. 4. Menochius de arbitr. iudicum casu 149. nu. 5.

Sextò, propter authoritatẽ eorũ qui in terminis quæstionis huius tñderunt, renunciationẽ filiæ rescindi non posse propter enormem læsionem. Citantur à Gabrielio lib. 3. cõmun. concl. tit. de iure dotiũ, cõcl. 1. Adde citatos à Didaco Couuar. ad c. Quãuis de pactis, lib. 6. par. 3. §. 4. nu. 3. vers. Cõtrariã. & à Menochio cõs. 410. n. 174. lib. 5.

Cæterùm pro contraria sententia hæc adferebantur.

Primùm l. Si superstite. C. de dolo, illis verbis: *Sanè si immodicè læsa es, non de dolo propter paternam verecundiã, sed in factum actio tibi tribuenda est.*

Secundò, l. Maioribus. C. commun. vtriusque iud illis verbis: *Quia in bonæ fidei iudicijs, quod inæqualiter factum esse constiterit, reformabitur.*

D Tertiò, l. 2. C. de rescind. vend. quam in omnibus tam bonæ fidei, quàm stricti iuris contractibus locum habere, Authores sunt plurimi apud Pinellum in prima parte, capite tertio in principio, & nu. 7. 8. 9.

Quartò, quia propter immodicam læsionẽ illatam, est perinde ac si dolus intercessisset, l. Si quis cum aliter. ff. de verb. oblig. Dolus autem si intercessisset, rescinderetur. l. Et eleganter. ff. de dolo. l. Qui cum tutoribus. §. Qui per fallaciam. ff. de Transact. l. vlt. C. mand.

Postremò, authoritas eorũ qui in terminis præpositæ quæstionis locũ esse dixerũt rescissioni, citãtur à Gabrielio d. lib. 3. cõmu. conclus. tit. de iure dotium, concl. 1. & à Couuaru. ad d. cap. Quamuis in tertia parte, §. 4. nume. 3. Adde Pancirolum cons. 1. nu. 79. Mynsingerum Centuria 5. obseruat. 59. Andream Geyll. lib. 2. obseruat. 147:

Conclusom fuit hanc posteriorem sententiam, quam & Imperialis Camera sequitur, probabiliorem videri. Verùm læsionem spectandam esse tẽpore dotis datæ ex traditis per Deciũ cons. 26. Parisiũ cons. 26. nu. 89. lib. 3. Ale-

A xandrum cons. 29. lib. 3. Didacum Couuar. ad d. c. Quamuis de pactis, lib. 6. par. 3. §. 4. in duodecima conclusione. Menochium de arbitrar. iudicum casu. 149. nu. 17. 18.

Ad primum argumentum respondetur, hanc non esse transactionem, quia nulla est lis, nec timor litis, sed quandam conuentionem & renunciationem dote accepta, quæ si iniusta sit, & grauem inferens læsionem, meritò rescinditur.

Ad secundum negant donationem esse, quia filia renunciat propter dotem, quam putat esse sufficientem & congruam, ideo si decepta sit, meritò potest rescissionem petere.

Ad tertium respondeo, læsionem considerandam habita ratione tempore dotis datæ, & renũciationis factæ, quod tempus certum est, & spectandum in læsione dijudicanda. l. Si voluntate. C. de rescind. vend.

Ad quartum eadem respõsio accommodari potest. Licet enim nullum ius filiæ competat in bonis patris viuen-
B tis, incertumque sit, quid & quantum mortis tempore in eius hæreditate futurum sit, habenda est tamẽ ratio tẽporis, quo facta renunciatio est: & illud satis certũ est, vt dixi, & ius futurũ, hoc est, quod mortuo patre filiæ cõpetiturũ est, cõsiderari debet: & secundùm illud, & dotis quantitatem filiæ datam, læsio existimari & cognosci debet.

Ad quintum respondeo, patrem quidem præsumi bonum consilium capere pro filijs suis: sed in claris præsumptiones cessant. Hic enim loquimur cùm de immodica filiæ læsione constat.

Ad postremum argumentum respõdetur, etsi contrariam sententiam multi fuerint secuti, hanc tamen nunc communiorem esse, & magis amplectendam, præsertim cùm Imperialis Auditorij Assessores eam sequi soleant.

Absolutionem autem à iuramento petendam esse nõ dubito, ex his quæ dixi lib. 2. Controuersiarum, cap. 26. & lib. 3. cap. 14. circa finem, in prima parte.

C

CAPVT LXX.

An constitutio. c. Quamuis. de pactis, lib. 6. locum habeat, cùm filia renunciat fratribus, non autem patri.

SEd quando in hanc constitutionem Bonifacij VIII. Pontificis Maximi incidimus, duas hic inseram controuersias, quas lib. 3. Controuersiarum in 1. parte omisi. Prima est, an locũ dicta cõstitutio sibi vẽdicet, cùm filia renũciat hæreditati paternæ, nõ patri, sed fratribus suis sine patris cõsensu. Altera est, an renunciatione facta, iuxta formã dictæ Cõstitutionis, filia patri intestato morienti succedat. Priorẽ hoc capite tractabo. Posteriorem autem sequenti.

Quod igitur attinet ad priorem, hæc est communior sententia, dictam constitutionẽ locum non habere, quando filia non ipsi patri, sed fratribus renunciat sine consensu patris, vt videre licet ex Antonio Gabrielio, lib. 3. com-
D mu. Conclus. tit. de iure dotium. Concl. 1. nu. 31. & ex Didaco Couuar. ad c. Quamuis de pactis, lib. 6. in tertia parte in initio, nu. 5. cui sententiæ & ipse assentior.

Fundamentum est firmissimum, quia cõstitutio dicti c. Quamuis. loquitur de filia renunciante hæreditati paternæ ipsi patri, non autem fratribus. Cùm enim fratribus renunciat sine patris cõsensu, talis renunciatio videtur continere pactum de hæreditate viuentis, quod absque eius voluntate & consensu nõ valet, quia dicitur esse contra bonos mores, vt in l. vlt. C. de pactis. Huiusmodi pactiones de hæreditate viuentis non iuuat dicta constitutio. cap. Quamuis. Ergo non valent.

Et licet controuersia sit, an iuramento firmentur pactiones huiusmodi de hæreditate viuentis, tamen verior est sententia non confirmari, vt ostendam paulò inferiùs cap. 72. hoc eodem libro. Ex quo capite confirmari poterit sententia hæc, quam nunc defendimus.

Contrarium docuerũt Ludouicus Romanus ad l. Qui

superstí-

superstitis.ff.de acq.hæred.Matthæus Afflictus in cap. Si A quis inuestierit,nu.31.de feudo dato in vicem legis Commissoriæ.Iason ad l.vlt.C.de pactis, nu.13.alios quosdam citat Gabrielius loco proximè citato,nu.32.

Fundamentum est primò, quia maior est ratio, vt valeat eiusmodi renunciatio facta in manibus fratrum (sic loquuntur nostri) quàm in manibus patris. Siquidem maior reuerentia patri, quàm fratribus debetur, ideoque facilius ad renunciandum patri filiæ inducitur, quàm ad renunciandum fratribus. Secũdò, quia l.vlt.C.de pactis.loquitur de pacto, quod fit de hæreditate viuentis. Hac verò agitur de pacto de non succedendo, quod est longè diuersum, & de quo loquitur dicta Constitutio.cap.Quamuis. Tertiò, quia etiam hoc in casu locum habet ratio dicti c. Quamuis. nam iuramentum potest seruari sine interitu salutis æternæ. Postremò, quia etiam pactum de hæreditate viuentis iuramento confirmatur ex plurimorum sententia.

Respondeo, primum argumẽtum aliud non probare, B quàm renunciationem factam in manibus fratrum, firmiorem videri, quasi ex magis libera volũtate procedat, Sed hoc non sufficit, nec ad rem nostram facit, quia non idcirco talis renunciatio infirmatur, quod non spontè facta sit, sed quia contra bonos mores facta sit, vt dixi suprà ex l.vlt.C.de Pactis.

Ad secundum respondeo, l. vltimam. C. de pactis.ad propositam quæstionem pertinere, quoniam cùm filia renunciat hæreditati patris, qui tunc viuit, in fauorem fratrum, quid aliud est hoc, quàm pactum de hæreditate viuentis patris, vt scilicet illa tota ad fratres, non ad filiam perueniat? Hic apparet solicitudo de viuentis hæreditate, hinc improbum desiderium mortis nascitur. Hinc periculosissimi illi & tristissimi euentus meritò sunt metuendi, de quibus loquitur d.l.vlt.

Quid enim refert siue agatur de hæreditate viuentis, certo modo inter paciscentes diuidenda, siue vt tota ad alterum ex paciscentibus sub certis conditionibus perue C niat? Certè eadem est ratio.

Ad tertium, nego rationem eãdem hoc in casu locum habere, cuius fit mentio in d.c.Quamuis.quia scilicet iuramentum seruandum sit, &c.quia iuramentum istud dicitur esse contra bonos mores. Consequenter obligatorium non est.c.Non est obligatorium de regul. iur.lib.6. vt dicam latiùs infrà cap 72. At in specie, de qua loquitur constitutio, non est contra bonos mores.

Ad vltimum respondeo, non esse iuri consonam eorũ sententiam, qui dixerunt, iuramento confirmari pactiones de viuentis hæreditate, vt patebit ex dicto cap.72.

CAPVT LXXI.

An filia quæ renunciauit paternæ hæreditati iuxta formam c. Quamuis de pactis, lib.6. succedat patri intestato morienti?

NOn defuerunt qui dixerint filiam, quæ patris hæreditati renunciauit, eidem patri intestato morienti succedere posse, duobus argumentis. Primò, quia pater intestatus moriẽs videtur tacitè vocare legitimos hæredes, quibus successio legibus defertur.l.Conficiuntur. ff. de iure Codicillor. Inter quos est filia. Secundò, quia renunciasse filia in hunc finem, & eamob causam videtur, vt pater de suis bonis quoquo modo voluerit testari ac disponere valeat, quasi filia dote contenta promiserit iudicia eius non impugnare, iuxta l.Si quando.§.Illud.C.de inoff. test. Si ergo pater non disposuerit de bonis suis, sed intestatus decesserit, vr causa renunciationis cessare, & cõsequenter renunciatio quoque. Vide Rotam Romanam decis. 850. in antiquis incip. Vtrũ filia dotata, & alios à Gabrielio citatos lib.3. commu.concl.tit.de iure dotium, conclus. 1. nu.40.

Sed cùm olim hæc sententia fuerit explosa, vt patet ex A citatis ab eodem Gabrielio pro contraria opinione loco annotato, & à Didaco Couuar.in c.Quamuis de pactis, lib.6.in 3.par.§.3. nu.5. nunc quoque explodẽda est, quia hæc est vis ipsa renunciationis filiæ, vt nõ succedat in hæreditate paterna, patre siue testato, siue intestato moriente, nisi testatus pater eã hæredẽ instituerit. Ergo sic argumẽtari licet. Nemo habet regressum ad ius quod renũciauit.l.Quærit.vers. *Remittentibus enim*.ff.de ædil.Edicto.

Sed filia renunciauit hæreditati paternæ sibi ab intestato delatæ.

Ergo regressum nullum amplius habet.

Minor propositio probatur, quia filia renunciauit hæreditati simpliciter. Ergo renũciauit hæreditati sibi debitæ ab intestato: quia ex testamento non potest dici debita, cùm in patris potestate esset testamentum facere vel non facere, imò si pater post renunciationem vellet eam instituere hæredem, inter omnes constat filiam succedere posse, quia pater eam renũciationem infirmat, & quo- B dammodo filiæ suæ retrocedit ius suum.

Argumenta nullius sunt momenti, quia cùm filia hæreditati patris renunciauit, non potest ea coniectura locum habere, vt nimirum pater intestatus moriẽs videatur filiam suã ad successionem vocare, quia iam erat exclusa propter renunciationem, & pater id sciebat.

Ad alterum argumentum respondeo, ad hoc quidem renunciationem filiæ prodesse, vt pater possit liberè testamentum facere, & de rebus suis, nulla filiæ ratione habita, disponere. Verùm tamen hoc quoque operatur, vt filia excludatur à patris intestati successione, quia simplex renunciatio hunc casum præcipuè comprehendit, quando pater intestatus moritur, vt dictum est.

CAPVT LXXII.

Pactum de hæreditate viuentis, sine eiusdem voluntate & consensu, an iuramento paciscentium firmetur.

C PActum de hæreditate viuẽtis iureiurando vallatum plurimi valere respõderunt Baldus in c.1.§.Moribus.si de feudo fuerit contro.inter do.& agna.Decius cons.516.nume.5.& 656. nu.12.Corneus cons.257.lib.3.Cepola cautela 112.nu.4. Aufrerius ad capellam Tholosanam decis. 452. Crauetta cons.139.nu.8.Guido Papæ cons.31.Ioan.Campegius de dote, quæst.79.parte 5. Socinus iunior cons.65. num.49. lib.1.Menochius cons.1.nu.168.

Sed nullum est huius sentẽtiæ solidum fundamentũ. Imprimis adfertur text.in c.Quamuis.de pactis lib.6.maximeque in hanc sententiam perpenditur à Baldo loco proximè citato. Nam cùm Bartolus in l.Stipulatio ista.ff. de verb.oblig.& in l.Si quis pro eo.ff.de fideiuss. diceret ad rem non pertinere, quia loquitur de pacto quo renunciatur hęreditati, ac proinde non continet votum captandæ mortis, quod est potissima causa cur pactum non va- D leat iux.l.vlt. C.de pact. respondit Baldus rationem dicti c.Quamuis esse, quia omne iuramentum seruandum est, quod sine dispendio salutis æternæ seruari potest; quod verò attinet ad votum captandæ mortis, nos nescire animum ipsorum paciscentium: sed hoc scire, eos pactum seruare posse sine dispendio salutis æternæ.

Hoc fundũ non satis firmum est, quia vt bene monet Alex.in cõs.28.lib.3.Cõstitutio illa loqtur de pacto filiæ, quo renũciat hæreditati paternæ: quod pactũ iure ciuili reprobatũ est, nõ quia sit cõtra bonos mores, veluti pactũ quo de agitur in quæstione nostra, sed ob alias causas.

Si dicatur, etiam hoc pactum de non succedendo continere in fauorem eius cui fit, quoddam pactum de succedendo, vt solus ille hæreditatem obtineat, respondet Alexander id euenire in consequentiam, ac proinde permitti posse.l.1.ff. de Autho. tuto.l.Si vnus. §. Illud. ff.de Pactis. & spectãdum esse id quod principaliter fit.l.Si quis nec causam.ff.si cert.pet.

Causæ

Causæ autem cur pactum illud, quo filia renunciat hæreditati paternæ, iure ciuili non approbetur, ab Alexandro ibi commemorantur, & à Ioanne Immolensi ad c. Cùm contingat, nu. 35. de iureiur. à Tiraquello de iure primogeniorum, q. 29. nu. 9. & à Vasquio de Successionũ progressu lib. 2. §. 18.

Sed nondum responsum est ad rationem dictæ constitutionis quam Baldus vrget, nimirum, quia iuramentum seruari potest sine dispendio salutis æternæ.

Respondeo, id negari meritò posse, quia vt iuramentum dicatur non posse seruari sine dispendio salutis ęternæ, sufficit peccatum etiam veniale committi, quia & illud detrimentum affert animæ, secundum communem sententiam Canonistarum, vide Archidiaconum, & Io. Andr. in d. c. Quamuis. de pact. lib. 6. Ioannem Immolensem in cap. vlt. in 3. notabili de Præscript. Crauettam in cons. 229, nu. 4. Sed eiusmodi pacta de hæreditate viuentis, inducunt votum captandæ mortis, Ergo aliquã peccandi occasionem adferunt, vt dicebat Vasquius de successionum progressu lib. 3. §. 28. num. 11. Ideoque peccati esse nutritiua dixit Salic. ad l. Pactum quod dotali. C. de pactis. & post eum Socinus iunior cons. 44. nu. 59 lib. 2. Cacheranus decis 100 nu. 3. & Hippolytus Riminaldus in cons. 164. nu. 41.

Quamobrem mihi nõ probatur id quod scribit Couuar. ad Rub. de Testam. in 2. parte, num. 15. pacta ista de hæreditate viuentis non ideo reprobari, quod cõtineãt, vel inducant ex voto captandæ mortis aliquod peccatũ, quia etiam in substitutionibus & primogenijs hæc ratio allegari posset, cùm tamen primogenia & substitutiones nemo dixerit inducere.

Etenim inter hæc & pacta nostra latum est discrimẽ, non enim primogenitus ac substitutus ostendit se esse solicitum de hæreditate viuentis, nec de ea disponit, sed testator est, quia omnia facit atque disponit, & lex vel consuetudo, quæ vocat primogenitum ad successionem, nullo eius facto interueniente, sicuti declarat Cagnolus ad l. vlt. C. de pactis, nu. 30. & seq. At in quæstione nostra ex pacto ipsorum, qui de hæreditate viuentis paciscuntur, votum mortis captandæ oritur.

Multò minus placere potest quod dixit Zasius cons. 1. nu. 38. lib. 2. hæc quæ dicuntur de voto captandæ mortis, Italis esse relinquenda. Sunt etenim hæc à nostris authoribus ad reipub. salutem & vtilitatem prudenter constituta, ac proinde ad omnes gentes pertinent Imperio Romano subiectas. Certè à S. Pontifice perpensa est hæc ratio voti captandæ mortis in cap. Detestanda. & in cap. Ne captandæ. de pręben. in 6. & ab omnibus passim considerantur & adducitur ex d. l. vlt. C. de pact. dũ ait, eiusmodi pactiones esse contra bonos mores, plenasque tristissimi & periculosi euentus.

Secundum argumentum est Philippi Decij. Statuto induci ac obtineri potest, vt pactum valeat de viuentis hæreditate, vt docet Baldus in l. Cùm Archimedoram. C. vt in possess. lega. Ergo & iureiurando eadem pactio confirmari potest arg. l. Non impossibile. ff. de Pactis.

Respondeo, negando vtrumque, hoc est, & antecedẽs & consequens. Statuto enim induci hoc nõ posse aduersus Bald. plurimi docuerunt apud Cacheranum d. decis. 100. & apud Hippolyt. Riminaldum cons 164. num. 31. lib. 2. Menoch. cons. 456. nu. 21 lib. 5. Consequens autem non probatur vlla lege vel ratione iuris.

Tertium argumentum est Guidonis Papæ. Iuramentum facit, vt actus qui alioqui non valet, confirmetur ex trad per Bart. in l. Si quis pro eo. ff. de fideiussor. Aret. in cons. 74. Crauet. consil. 102. Ergo & in quæstione nostra hoc efficiet, vt pactum confirmetur & valeat, licet alioqui nullum sit.

Respondeo, iuramento quidem multa confirmari, quæ aliàs non valent, veluti donatio inter virum & vxorem, quæ non est contra bonos mores, sed moribus recepta non est, vt declarat Socinus iunior cons. 44. nu. 34.
A lib. 2. sed iuramentum non confirmat ea quæ contra bonos mores sunt, cap. Non est obligatorium. de reg. iuris lib. 6. Sunt autem pacta eiusmodi contra bonos mores. l. vlt. C. de pactis.

Postremum argumentum est ex cap. 25. Genesis, vbi Esau fratri suo vendit primogenituram, & valuit donatio propter iuramentum, cuius loci meminit Tiraquell. de iure primogen. q. 29.

Responderi potest ex Tiraquello ibi num. 3. & ex Cacherano dicta decis. 100. iudicialia veteris testamenti nõ astringere, nisi in quantum reperiuntur approbata, & illud ius primogenituræ, quod contra ius naturale vni tantum ex liberis successionem defert, faciliùs extingui posse. Denique illud concessum fuisse Iacob in figura, propterea quod ex eo debebat descendere beatissima Virgo Maria, ideo meruit primogenituram, hæreditatem, & benedictionem patris. Quæ autem in veteri testamento in figuram concedebantur, ad exemplum trahenda
B non sunt.

Alij dixerunt pacta de viuentis hæreditate iuramento confirmari quidem non posse; Veruntamen paciscentes in periurium incidere, si ea non seruarint Alexander post Immolam, quem citat ad l. Stipulatio hoc modo cõcepta post num. 7. de verb. oblig. Alciatus in c. Cùm contingat. nu. 80. de iureiur. Vasquius de successionum progressu lib. 2. §. 18. nu. 195.

Fundamentum est in c. Sicut ex literis. de Sponsalib. in Glos. c. vlt. vers Reuocatus. de proc lib. 6. in cap. Cùm quidam. de iureiur. in trad. per Rotam in antiquis decis. 653. vbi decidit iurantes in periurium incidere, qui non seruãt iuramentum, licet actus super quo interponitur legibus sit reprobatus.

Responderi potest hæc esse dissimilia, quia nõ loquuntur, quando iuramentum adhibetur ad confirmandum id, quod est contra bonos mores, sicut in quęstione nostra. Vide Celsum Vgonem cons. 100. nu. 5.

C Tertia igitur est sententia vera & communis, eiusmodi pacta de hæreditate viuentis, iuramento non firmari. Vide Bart. & alios in l. vlt. C. de pactis. Alex. in cons. 28. lib. 3. Decium cons. 31. 63. 184. 225 236 Capell. Tholos. decis. 452. Curtium iuniorem cons. 15. & cons. 22. Tiraquell. de iure primogen. q. 6. num. 18 Zasium cons. 1. nu. 18. lib. 2. Socinum iuniorem cons. 44. nu. 15 lib. 2 Cacheranum d. decis. 100. Couuar. ad cap. Quamuis. 2. parte. in initio, nu. 2. Andr. Geyll. lib. 2 obseru. 126. Hieron Gabrielium cons. 137. nu. 25. 26. Viuium commu. opin. vers. Pactum. 1. Celsum Vgonem d. cõs. 100. nu. 5. Io. Petrum Surdum cons. 133. nu. 9. Simonem Pret cons. 123. nu. 15.

Fundamentum est satis firmum in l. Non dubium. C. de legibus, quam multi ad hoc perpendunt, sed firmius est illud, quia non est obligatorium contra bonos mores præstitum iuramentum, c. Non est obligatorium. de reg. iur. lib. 6. Huiusmodi pacta sunt contra bonos mores. l. vlt. C. de pactis. igitur, &c.

D Respondent contrariæ sententiæ authores, illud esse accipiendum, quando iuramentum est contra bonos mores iuris canonici, quia scilicet peccatum continet, non autem contra bonos mores iuris ciuilis.

Sed præterquam quod regula, c. Non est obligatoriũ, indistinctè loquitur, quod perpendunt Fortunius de vltimo fine iuris, Illatione 12. Socinus iunior d. cõs. 44. nu. 44. lib 2. Couuar. ad d. c. Quãuis in 2. parte, in initio, quorum argumentis respondere debuisset Vasquius de successionum progressu lib. 3. cap. 28 nu. 10.

Præter hanc, inquam, rationem, illa etiam accedit, qđ pactiones hæ inducunt votum captandæ mortis, & ideo sunt contra bonos mores, etiam secundum ius canonicum. c. 2. c. Detestanda. de Concess. pręben. lib. 6. Sunt enim cõtra ius naturale. l. Quidam. §. vlt ff de donation. consequenter contra ius canonicũ ex trad per Panorm. in c. Cùm contingat. post nu. 5. de iureiur. vt animaduertit Socinus iunior d. cons. 44. nu. 41. lib. 2.

Imò

Imò vt superius dicebã ex sñia plurimorũ, pacta hæc dñr peccatum nutrire, seu peccandi occasionẽ præstare.

Adde quod vergunt in præiudicium tertij. Consequenter iuramento confirmari non possunt. Consequentiam probat c. Cùm contingat. de iureiu. c. Quamuis de pactis, lib. 6. vti notarunt Bartol. ad l. Titia Seio. §. Imperator. de leg. 2. Alciatus ad l. Pacta quæ contra. C. de pactis. Tiraq. ad l. Si vnquam. nu. 91. C. de reuo donat.

Antecedens autem probatur ex l. vlt. C. de pact. dum ait, eiusmodi pactiones plenas esse tristissimi & periculosi euẽtus, propter insidias videlicet quæ parari possunt viuenti, cuius hæreditas in pactum deducitur, vti annotarunt Salicetus in l. Pactũ quod dotali. C. de pactis. Socinus iunior d. cõs. 44. post nu. 40. lib. 2. Vasquius de succes. progressu lib. 2. §. 18. nu. 64. & nu. 208. vers. Ex superioribus. & lib. 3. §. 28. post num. 10. quibus adstipulatur quod scribit Andreas Isernia in c. 1. § Moribus. si de feudo fuerit controuers. &c. & in c. 1. col. 7. qui success. teneantur.

Denique his accedit, quod perpendit Alciatus in l. Stipulatio hoc modo concepta. de verb. obl. ita iure ciuili pactiones istas reprobari, vt paciscentes quoq; puniantur, fisco scilicet hæreditatem auferente, iux. l. 2. §. 1. ff. de his quib. vt indig. l. Quidã. §. vlt. de donat. Quare haud quaquam iuri consonum videri, iureiurando debere cõfirmari tam illicitas pactiones arg. c. Et si Christus. de iureiu.

CAPVT LXXIII.

Filia an possit agere ex promissione dotis marito facta per patrem, marito vita functo?

Diocletianus. *Si pro te pater marito tuo stipulanti promiserit dotem: non tibi sed marito contra successores soceri competit actio.* l. 5. C. de dotis promiss.

Paulus in l. Si socer. 45. §. Lucius. ff. sol. matr. *Respondi, &c. necesse habebit maritus aut exactam dotem aut actiones ei præstare, &c.*

Ex Diocletiano habemus actionem filiæ non competere contra patris sui successores, ex Paulo autem competere aduersus maritum suum, sed quoniam is dotem non recepit, & eam ob causam tenetur, quia actionem habet, ideo actionem cedendo liberari. Scæuola in l. Quod dicitur 52. *In omnibus quos ideo teneri dicimus, quia habent actionem, delegatio pro iusta præstatione est.*

Hæc cùm ita sint, non rectè scripsit Guido Papæ, q. 375. & in cõs. 6. nõ procul à fine, Boerius decis. 328. nu. 2. mortuo marito ex æquitate actionem filiæ cõpetere aduersus patris successores; nam hæredes mariti defuncti, qui eius successores sunt, & vna eademque persona cum defuncto censentur, vt in Nouell. de iureiu. à moriente præstito. conueniendi sunt à muliere, vt aut dotem, si exacta est, reddant, aut actiones aduersus patris successores cedant. Ex persona hæredis non mutatur conditio obligationis. l. 2. §. Ex his. ff. de verb. oblig.

Et ita rectè in terminis sensit Corneus cõs. 1. col. pen. lib. 2 & cons. 318. vers. His tamen non obstantibus, lib. 3. Baldus in d. l. 5. vers. Sed pone. C. de dotis promiss.

Arguméta Guidonis Papæ nullius sunt momenti. Primum est ex l. vn. §. Videamus. C. de rei vxor. actio. ibi. *Æquissimum nobis visum est, & in exstipulatu actione mulierem dotem suam præcipuam accipere.*

Respondeo, text. loqui de dote iam soluta & data marito, & hoc velle, mortuo patre actionem competere soli filiæ, ac in eam vt vulgò dicitur consolidari, licet emancipata vel exhæredata sit, quod ad quæstionem propositam nil facit.

Secundum argumentum est ex eadem l. vn. §. Accedit. ibi. *Tunc præsumatur, mulier ipsa stipulationem fecisse, vt ei dos ex huiusmodi casu accedat.*

Nihil ad rem, quia hæc est sententia legis, si extraneus qui dotem dedit pro muliere, non fuerit stipulatus eam

A sibi reddi, ad mulierem pertinere, & ei actionem ex stipulatu competere: Quid hæc ad propositum nostrum?

Multò minus ad rem pertinet quod S. Pontifex monuit in c. Dilecti filij, de iud. quem textum cõiungit Guido Papæ cum superioribus legibus, vbi S. Pontifex. *Prouideatur attentius ne ita subtiliter, sicut à multis fieri solet, cuiusmodi actio intentetur inquiratis, sed simpliciter & purè factum ipsum, & rei veritatem secundum formam canonum & sanctorum patrum instituta inuestigare curetis.*

Hic non est quæstio, quæ actio competat mulieri, sed an competat aduersus patris successores ex promissione dotis marito facta, & negat Diocletianus cõpetere, Paulus respondit competere aduersus maritum, eo vsque, vt ei actionem cedere compellatur. Si Pontifex illud monet, cùm certum est actionem competere, ne solliciti simus quæ competat actio, sed factum ipsum & veritatem inuestigandam esse, quod non procul abest ab eo, quod Constantinus statuit in l. 2. C. de formulis sublatis. Solet
B c. Dilecti. à doctoribus nostris citari, cùm probare volũt nomen actionis in libello exprimendum non esse, non malè. Ad hãc verò quam in manibus habemus facti speciem, non benè a' Guidone Papæ citari mihi videtur.

CAPVT LXXIV.

Si gener confessus fuerit se dotem à socero accepisse: deinde socer ei dotem promittat: an mortuo marito, vxori actio competat contra hæredes ipsius, vt dotem restituant, an verò ij cedendo actionem contra successores soceri liberentur?

Altera maioris momẽti ac longè difficilior quæstio proponitur inter doctores maximè cõtrouersa. Maritus cõfessus est se à socero doté accepisse, cùm matrimoniũ est contractum. De-
C inde socer ei doté promisit. Soluitur matrimoniũ morte viri. Quæritur an vxor cõpellere de iure possit hæredes viri ad doté restituendã, licet maritus defunctus eã non acceperit, an verò ij actioné quã ex promissione habet cedẽdo liberentur. Videri põt cuipiã hoc mirabile, vt tales cõfessiones ac promissiones fiãt, sed prẽterquã quod eo tẽpore, quo Bart. vixit, Angelus Perusinus, & alij antiquiores interpretes, in vsu erãt eiusmodi cõuentiones, de hac consuetudine mentionem facit Iustinianus in l. vlt. C. de dote caut non num. dum ait: *In dotibus quas datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, cùm adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantùm subsecuta sit, &c.*

In hac igitur quæstione cõmunior sentétia est, quæ vt verum fatear, mihi quoq; magis probatur, hæredes viri obligatos esse, atq; adeò cõpelli posse ad dotem restituendam, nec liberari actioné cedendo, ita Bart. in l. pen. §. Si vir. ff. sol. matr. Paulus Castr. ibidé, & Alex. Bald. in cons. 224. lib. 5. Abbas in cõs 72. nu. 3. lib. 2. Alex cons. 36 nu. 2.
D lib. 2. & cons. 148. nu. 1. 2. lib. 5. Corneus in cons. 151. nu. 16. 17. lib. 1. & 209. lib. 3. & 109. lib. 4. Soc. senior cõs. 179. col. pen. vers. Confirmantur postremò lib. 2. & cons. 64. nu. 8. lib. 3. & 88. nu. 21. & 130. num. 18. lib. 4. Iason. cons. 122. lib. 1. Ruinus cõs. 197. ad fin. lib. 1. Neuizanus lib. 2. Siluæ nuptialis, nu. 73. qui testatur sic iudicasse Senatum Mediolanésem, Afflictus decis. 323. nu. 1. Cãpegius de dote in 1. par. q. 52. nu. 3. vers. Aduertédũ tñ est, & in 5. par. q. 75. Crau. cõs. 253. in fine, & 282. nu. 3. & 285. col. pen. Menochius qui oẽs istos citat, quos ego in fonte volui videre de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 12. nu. 90. illis addo Cagnolum ad l. 2. nu. 20. C. de pactis inter empt. & vend.

Fundamentum est hoc, quod ego latius explicabo. Sẽper in stipulationibus & cæteris contractibus inspicitur quod actum est l. Semper in stipulationibus. de reg. iur.

Sed hoc actũ vr̃ inter cõtrahẽtes, vt vir vxori suę doté soluto matrim. restituat, perinde atq; si eam accepisset à socero. Ergo eam reddere mulieri hæredes eius tenẽtur.

Assumptio

Assumptio argumenti probatur, quia maritus cõfessus est, se à socero dotem accepisse, quam verè non accepit, pro cautione vxoris suæ, vt videlicet eum obligatum haberet ad restituendam dotem, non habita ratione an dotem acceperit, necne. Nam & ipsi marito prospectum satis est ex promissione postea facta per socerum, vt planè videatur, sicut rectè Bartolus dicebat, tanti promissionẽ illam æstimasse, vt se voluerit obligare, ac si ei numerata esset. Quod sanè confirmari potest, primùm ex eo, quod in instrumento, in quo confessio de recepta dote ipsius mariti continetur, idem promittit, se eam vxori restiturum soluto matrimonio, & in omnem casum dotis restituẽdæ, vt fieri solet. Quare mulier ex stipulatu actionem meritò habet, iuxta l. Vn. C. de rei vxor. actio.

Secundò, quia ea confessio non fit in fauorem soceri, & hoc certum est: nec enim gener confitendo se dotem accepisse, ipsum socerum liberat, imò adhuc obligatũ habet ex promissione postea facta Non etiã ea confessio fieri vſ à marito animo donãdi vxori suæ, iuxta l. a. C. de dote cauta nõ num. quia maritũ nolle aliquid donare ex eo apparet, quod postea stipulatur à socero sibi dotẽ præstari, & solui, & socer ei promittit se soluturũ dotẽ. Vt igitur confessio non sit prorsus inanis, & absq; vllo effectu, dicendũ est, eã in fauorem vxoris factam videri, vt maritũ eiusq; hæredes conuenire possit ad reddendam dotem soluto matrimonio, ipsi autem marito & hæredibus eius actionem competere ad dotem promissam cõsequendã.

Sed contrariam sentẽtiam Baldus est secutus in l. pen. §. Si vir. ff. sol. matrim. & ibidem Angelus, vbi testatur sic fuisse decisum Perusij, & idem in cons. 145. Romanus in cons 445. nu. 4. Andreas Siculus cons. 119. lib. 2. Curtius senior cons. 54. col. 2. & 3. Socinus senior cons. 27. nu. 24. lib. 4. alios citat Antoninus Thesaurus decis. Pedemont. 112. numero 3.

Horum argumentis respondendum est. Primum est ex l. 1. C. de dote cauta non num. *Dotem numeratio non sola confessio constituit*. Sed hic nulla est numeratio, sed confessio sola mariti, Ergo, &c.

Respondeo, hanc esse legis sententiam, dotem constitui ex numeratione, non autem ex confessione, quia obstat exceptio dotis non numeratæ, intra tempus constitutum, vt in illo titulo habetur. Veruntamen etsi maritus dotem non acceperit, nihil tamen prohibet, quo minus dotem reddere teneatur. Veluti si socerum liberauit, qui dotem præstare tenebatur ex alijs causis, vt in l. pen. §. Si vit. ff. sol. matr. l. Vir ab eo. l. Dotem. l. Prætermittendo. §. 1. ff. de iure dotium.

Hæc in proposita quæstione iusta causa est, quia vir suscepit in se periculum, & onus ac obligationem dotem vxori reddendi soluto matrimonio, contentus promissione soceri, vt suprà dictum est.

Secundum argumentum est, quia licet paternum officium sit dotem dare filiæ suæ. l. vlt. C. de dotis promiss. l. Qui liberos ff de ritu nupt. tamen filia dicitur à patre aliquod lucrum accipere, dum dotem accipit. l. vlt §. Si à socero. ff. quæ in fraudem cred. ibi: *Intelligitur quasi ex donatione aliquid ad eam peruenisse.* Ergo filia factum patris, à quo causam habet, præstare debet: Consequenter sicut patri agẽti ad repetitionem dotis obstaret exceptio propter promissionem postea factam, ita & filiæ obstare debet l. Apud Celsum. §. De authore. ff. de doli mali except. l. Ex qua persona de reg. iuris. l. Mẹuia. §. 1. ff. sol. matr.

Respondeo, non obstare filiæ hanc exceptionem, quæ patri obstaret (nisi hæres eius esset) quia nihil petit ex persona patris, sed petit ex cõfessione & promissione mariti, qui obligauit se ad restituendam ipsi vxori dotem, licet à socero non acceptam. Habuit enim promissionem soceri loco solutionis, ac proinde cõfessionem & promissionem fecit vxori suæ, perinde ac si dotem accepisset. Argumentum autem cõtrarium locum haberet, si versaremur in sola confessione mariti de recepta dote; nam intra tempora legibus constituta vxori dotem repetenti re-
A ctè obijceretur exceptio dotis cautæ non numeratæ. Sed hic uersamur in alia facti specie, cùm scilicet uir promisit uxori se dotem redditurum, non spe futuræ numerationis, sed simpliciter, quia scilicet promissionem habuit à socero, quam pro numeratione reputauit.

Tertium argumentum est, quia ex illa confessione mariti non est planè quæsitum ius uxori ante lapsum temporis, ad opponendam exceptionem non numeratæ dotis constituti. Ergo repellitur exceptione, &c.

Respondeo, id negando, quod in argumẽto assumitur. Etenim ius quæsitum esse mulieri contra maritum & eius hæredes, ex promissione mariti de dote ei soluto matrimonio reddenda, & confessione facta, patet ex iam dictis.

Quartum argumentum est, cùm quis eam ob causam tenetur, quia actionem habet, cedendo actionem liberatur l. Quòd debetur. ff. de peculio. Sed ideo maritus tenetur hoc in casu, quia actionem habet ex promissione con B tra socerum. l. Si pater 5. C. de dotis promiss. Ergo cedendo mulieri actionem, liberatur.

Respõdeo, negando, maritum ideo teneri, quòd actionem habeat, nam tenetur eam ob causam, quod vxori suę promisit se dotem redditurum, quam confessus fuit se habuisse, licet enim reuera non habuerit; tamen quantum ad mulierẽ voluit esse obligatus, ac si eam habuisset, suoque periculo dotem à socero ex promissione exigere.

Quintum argumentum est, Nouatio non inducitur, nisi expressè id agat. l. vlt. C. de Nouation. Ergo maritus qui confessus est se dotem accepisse, non videtur hoc fecisse animo nouandi, & obligationem in se suscipiendi.

Respondeo, imò videri: cuius rei luculentum est testimonium, ex eo, quod mulieri præsenti ac stipulanti promittit se dotem redditurũ, ac in fauorem, & commodũ eius fatetur se dotẽ accepisse, licet reuera non acceperit.

Vltimum argumentum est, quia eiusmodi cõfessio est erronea, nam vir fatetur se dotem accepisse, & tamen cõ C stat id falsum esse. Erronea autem confessio non nocet. l. Error. C. de iuris & fact. igno.

Respondeo, nullum hic errorem esse, nullam falsitatem videri: Nam res sic se habet: maritus accipit à socero promissionem. Ea promissione vsque adeò contentus est, vt eam loco numerationis dotis habeat; ac proinde se accepisse dotem profiteatur, promittatq; vxori se eam restituturũ. Hic periculum est mariti, si postea non exigar, non vxoris; quia satis ei cautum est ex ea confessione & stipulatione.

CAPVT LXXV.

Ad l. 1. C. de dotis promiss & ad l. Cùm post. §. Gener. ff. de iure dotium.

D PApinianus: *Gener à socero dotem arbitratu soceri certo die dari non demonstrata re, vel quantitate stipulatus fuerat, arbitrio quoque detracto stipulationem valere placuit: nec videri simile, quod fundo non demonstrato, nullum esse legatum, vel stipulationem fundi constaret: cùm inter modum constituendę dotis, & corpus ignotum, magna differentia sit. Dotis enim quantitas pro modo facultatum patris, & dignitate mariti constitui potest, &c.* l. Cùm post. §. Gener. ff. de iure donum.

At contra Imperator Alexander: *Frustrà existimas actionem tibi competere, quasi promissa dos tibi nec præstita sit, cum neque species vlla, neque quantitas promissa sit, sed hactenus nuptiali instrumento adscriptum, quod ea quę nubebat, dotem dare promiseris.* l. 1. C. de dotis promiss.

Quinque præcipuas Doctorum sentẽtias esse animaduerti, quas ordine referam, vt collatione inuicem facta lector facilius intelligere ac discernere valeat, quæ sit rationi ac iuri magis consentanea: qua in re operam etiam dabo, vt iudicium non desideret meum.

A Prima fuit Accursij & aliorum veterũ sententia, Papinianum loqui de dote per stipulationẽ promissa. Alexandrũ verò de dote in scriptura, vel nudo pacto promissa, quæ cùm incerta sit, non est præsumenda stipulatio, nec pactum nudũ actionẽ producere debet, ne duo specialia concurrant. Primum, vt ex nudo pacto detur actio. Alterum, ad incertũ, vel præsumatur stipulatio interuenisse.

Secunda fuit sententia Francisci Duareni lib. 1. anniuersar. disputat. cap. 56. distinguendum esse, an pater filię nomine dotem promiserit, an verò ipsa mulier. Posteriore casu nulla est promissio, propter incertitudinẽ, vt Alexander rescripsit. Priore autem casu promissio dotis vtilis est, vt respondit Papinianus, ea ratione, quia officium patris est dotare filiam, idque pro modo facultatum suarum, & dignitate mariti. Vnde promissio ex iure & legibus certitudinem accipit. Nullus autem legibus præfinitus est modus dotis, quo mulier citra conuentionem teneatur, imò potest indotata nubere.

B Tertia est sententia Antonij Guiberti de dotibus, c. 4. generalẽ ac indefinitã dotis promissionẽ valere, siue mulier eã promiserit, siue pater vel alius eius nomine, quoniã ex facultatibus promittentis, & dignitate eorum, qui matrimonio coniunguntur, dos certitudinem capiet. Ad Alexandri rescriptum quod attinet, respondet mulierem eo in loco dotem tantùm dicere promisisse, id est, solenniter constituere, secundùm antiquos emendatos Codices. Cùm itaque dotem mulier non promiserit, sed tantùm pacto nudo se dotem dicturam cauerit, meritò actio non competit, quia lex non confirmat talem dotis constituendæ pactionem, sed eam demùm quæ aliquam dotis constitutionem seu promissionem continet.

Quarta est sentẽtia Guilielmi Fornerij, lib. 3. selectionum, c. 24 in Alexãdri rescripto, nullã omnino à quoquã dotem Claudio fuisse promissam, non secus tamen, ac si promissa esset dotali adscripta instrumento. Ei rei argumento esse versiculum, *quasi promissa*, quo sermone falsa ac temerè arrepta opinio significari solet. l. 4. C. de hæred. C instit. l. Quidam ff. de probat. l. 2. §. Voluntatem. vers. Iulianus. l. Si alienã. ff. sol. matr. l. Si eum. ff. si cert. pet. l. Nec ignorans. C. de donat §. Sed istæ. de actio. cap. Quęsijt de verb. sig. Et licet regulariter instrumenti fidẽ sequamur. l. Sciẽdum. de verb. obl. Sæpe tamen tabellionum multa de suo adscribentium & affingentiũ vitio, negligẽtia, vel astutia hæc iuris definitio offendit. l. Si librarius. de reg. iuris, vt interdũ plus nũcupatũ, minus scriptũ; vel contra, plus scriptũ, minus cautum esse videatur. l. 4. C. de dotis promiss. Etsi pro scriptura præsumatur, permissum est id, quod gestũ sit inuestigare, vt veritati locus supersit. l. Optimã. C. de cõtrah. & com. stip. Ex quibus indotatã vxorẽ Claudio nupsisse relinquitur. d. l. 1. quod nec nouũ, nec insolẽs videri debet. l. Si cùm dos. rer. amot. l. Quid si nulla. de relig. & sumpt. fun. Nou. 2. 74. 117. Hęc ferè Fornerius.

Quinta est sententia Roberti Aureliani, lib. 4. senten. iuris, c. vlt. Alexãdri rescriptũ ad eam speciem pertinere, D qua dotis promissor in animo habuerit eam taxare & pręfinire, neq; tamen aliquo casu superueniẽte, aut errore id egerit, nine enim inutilis est promissio. Hocque indicere videntur illa verba Alexandri: *Sed hactenus nuptiali instrumento adscriptum*, nimirum ex proposita specie intellexisse Imperatorẽ, amplius quid adscribi voluisse instrumento partes, sed tamen hactenus tantùm, vt dos simpliciter promissa appareret, fuisse adscriptum: cùm neq; species vlla, neq; quantitas promissa fuisset, verùm eo imperfecta promissio relicta, quòd cùm sic dotem promitteret mulier, vt simul dotis modum præstituere vellet, id tamẽ actum non esset, nec per consequens instrumento adscriptũ: quod sibi imputare debeat stipulator maritus, in cuius potestate esset apertius ea omnia cõcipere & conscribi curare. Sic enim in cæteris, quæ obscura dubiaq; & incerta sunt, contra stipulatorem interpretatio fit, cæterosque istiusmodi omnes, quibus ex conuentione aliquid quæritur, & cõmodum adfertur. l. Stipulatio ista. §. In sti- A pulationibus. ff. de verb. obl. l. Veteribus. ff. de pactis. l. Labeo scribit obscuritatem. de act. empt. Hæc Robertus.

Nunc de singulis quid ipse sentiã paucis accipe. Prior sentẽtia nullo pacto mihi placere potest, primò, quia iam Alexander quàm Papinianus intelligi possunt de dote promissa, vel pacto nudo, vel per stipulationẽ. Nec enim refert l. Ad exactionem. C. de dotis promiss. nec vllum est vestigium huius diuersitatis in vtroque responso. Secundò, quia illa ratio, ne duo specialia simul concurrant, admodum infirma est; nam concurrere posse, multa specialia indicant. l. Licet. §. 1. ff. de iure dot. l. Singularia. ff. si cert pet. l. vlt. C. ad Velleian. §. Si ab hostibus. Instit. quib. modis ius patriæ potest. soluitur.

Tertiò, quia ratio Alexandri Imperatoris non est posita in impediendo concursu duorum specialiũ, sed quia in instrumẽto dotali nil aliud erat adscriptũ, nisi quod ea, quę nupserat, dotẽ dare promiserat. Quibus verbis apparet, rationem eius esse propter incertitudinem promissionis, B quia nec species vlla, nec quantitas expressa fuerat.

Quod attinet ad sententiam Francisci Duareni, illa mihi verissima videtur. Imprimis eam amplexi sunt Franciscus Connanus, aut is, qui Connano additamenta fecit, lib. 8. cap. 8. Deinde Corasius ad l. Qui liberos. ff. de ritu nupt. nu. 92. Denique Cuiacius in recitationibus ad Codicem tit. de dotis promissione, & ad Papinianum lib. 4. responsorum, dum tractat responsum illud Papiniani in l. Cùm post. §. Gener. ff. de iure dotium.

Adhæc, adstipulatur huic sententiæ Hermanopulus lib. 4. cap. 8 sic Latinè dicens: *Si spoponderit mulier dotem dare, non adiecta quantitate, aut re certa expressa, quæ in dotem detur, inutilis est eiusmodi dotis promissio, vtpote cùm possit mulier vel vilissimum quippiam dotis nomine exhibere. Alia causa est patris dotem pro filia pollicentis, qui etsi quantitatem dotis non præfinierit, rata tamen est ac valida promissio. Hoc enim cum dicit pater, non sese quantamlibet dotem, sed quæ facultatibus par sit daturum indicat.*

C Denique, his accedit argumentum ex ipsis verbis Papiniani & Alexandri, Papinianus enim apertè loquitur de patre promittente dotem, filiæ nomine; Alexander verò de muliere ipsa, quæ dotem promisit, Ergo hæc sententia verbis vtriusq; legis consentanea est, sed & rationi quoque conuenit. Nam pater debet dotem filiæ, tanquam æs alienum. l. Qui liberos. ff. de ritu nupt. l. vlt. C. de dotis promiss. Quantum verò debeat obscurum non est. Debet enim dotem filiæ constituere pro modo facultatum suarum, & mariti dignitate. Si ergo pater pro filia dotem promittat, non est incerta huiusmodi promissio, nec incerta dos. Sed nulla dos est certa, quã sibi ipsi mulier constituere debeat aut cogatur: nam in arbitrio eius est, quam & quantam marito velit dare vel promittere, modò omnia bona sua. l. Mulier 73. ff. de iure dot. modò exiguam pecuniam, modò etiam nullam. Ideo mulier dotem promittendo simpliciter non adiecta re vel quantitate certa, nihil agit, quia quantum promiserit non appa- D ret, & leuiculæ rei præstatione liberari potest, quam sibi suam dotem esse dicat.

His non obstat l. Quæro 61. ff. de iure dotium, quam Gunterius opponit ad probandum dotis promissionem incertæ quantitatis à muliere factam valere. Nam lex illa hoc non dicit. Celsus: *Quæro quanta pecunia dotem promittenti adultæ mulieri, curator consensum accommodare debeat? Respondi. Modus ex facultatibus & dignitate mulieris maritique statuendus est, quousque vel ratio patitur.*

Hæc est sententia legis, si adulta mulier, quæ curatorem habet, dotem certæ quantitatis promittat, curatorem eius consensum accommodare debere, prout facultates mulieris, eiusque & viri dignitas, & ratio postulat & patitur. Itaque mulieri immoderatam dotem promittenti, suum consensum curator non accommodabit. De incerta dotis promissione & quantitate obscura, nullum verbum in dicta lege habetur.

Ad

Ad tertiam sententiam quod attinet, hoc mihi occurrit, non videri solidã. Primò, quia repugnant omnes Codices, in quibus scriptum est, mulierem dotem dare promisisse. Secundò, quia & si mulier dotem se dicturã, hoc est, constituturam, promisisset, æquè (nisi incertitudo obstaret) deberetur, ac si dotem promisisset. Nec enim verbis leges scriptæ sunt, sed rebus. l. 2. C. commu. de leg. tertiò. Quia licet Vlpianus in fragmẽtis, tit. 5. dicat: *Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur*, dotis tamen actio tam ex dictione nascitur, quàm ex stipulatione, vt notat ibi Cuiacius, vbi etiam monet, sublatam esse dicendæ dotis solennitatem, & ideo Tribonianum in l. Ad exactionẽ. C. de dotis promiss. & alibi semper scripsisse, *dotis promittere*, vbi olim scriptum erat, *dotis dicere*.

De sententia Fornerij amplectenda nunquam cogitaui, quoniam repugnat verbis legis, quibus euidenter apparet dotem re uera promissam fuisse indefinitam, & ita comprehensum in instrumento, & ideo nullam falsitatẽ interuenisse manifestum est, totaque legis ratio in eo est posita, quod nulla species, nulla quantitas dotis expressa fuerit.

Postrema denique sententia Roberti nullo modo placere potest, quia nobis non constat, partes voluisse dotẽ taxare, & postea errore aut alia de causa nõ taxasse. Nulla huius rei mentio habetur in lege; nullum, vel minimũ argumentum. Nam illa verba illa, *sed hactenus instrumento dotali adscriptum*, non indicant partes voluisse dotem taxare ac definire, sed hoc significatur, in instrumẽto dotali hoc solùm fuisse comprehẽsum, quod ea quæ nupserat dotem dare promisisset, scilicet nulla certa quantitate vel specie expressa: quæ ratio & causa fuit, vt actio Claudio non competeret.

CAPVT LXXVI.

An fideiussores dotium dari possint.

A Marito non esse exigendam pro dote satisdationem certum est ex l. 1. C. Ne fideiussores dotium dentur, cuius rei adfert rationẽ Imperator ibi, quam latius explicat Alciatus lib. 4. Parergon, cap. 26. Sed an à marito volente præstari satisdatio possit, in controuersiam vocari potest. Quoniam Duarenus in cap. 4. de dotibus & dotium iure, sub tit. sol. matr. affirmat. *Equidem arbitrer*, inquit, *fideiussorem, qui à marito datus est obligari, ac conueniri posse, quamuis fideiussorem inuitus dare non cogatur. Mouet me primùm, quod omni obligationi potest accedere fideiussor. l. 1. de fideiuss. nec vlla lex est, quæ hanc fideiussionem prohibeat, aut ratio propter quã prohiberi debeat. Præterea, cum certi iuris sit, pignus à marito vxori pro dote dari posse. l. Quod autem. §. Si vxor. de dona. inter vir. & vxo. cur fideiussor non dabitur? Fideiussio namque pignoris dationi par similisq́, esse videtur. l. Promissor. §. vlt. de constit. pecu. Deinde nemo dubitat, quin fideiussor pro muliere dotẽ promittente intercedens teneatur. l. Cùm dotis. de iure dot. ex quo consequens est, & prò marito intercedentem obligari, cùm nulla ratio diuersitatis, nisi perquam inepta, negatoriaq́, adferri possit. Et sanè inter omnes conuenit soluto iã matrimonio, satisdationem hanc vtilem atque efficacẽ esse. l. Si constante. §. Quoties. ff. sol. matr. l. Exceptiones. de exception. §. Cùm autem. C. de rei vxo. act. sed cõstante matrimonio fideiussorem vtiliter dari negant. Ego verò fideiussionem valere contendo quocunque tempore data fuerit: Nec aduersatur nostræ sententiæ inscriptio illa siue titulus. Ne fideiussores dotium dentur: quem ego prohibitorium esse nego. Verba enim ea ambigua sunt, & possunt ita accipi, vel vt maritus non cogatur fideiussores dare, vel vt ne volens quidem, dare possit. In ambigua autem oratione ea accipienda interpretatio est, quæ vitio caret, non quæ rationi & iuri contraria est. l. In ambigua. de legib. Præterea duæ tantùm leges sub eo titulo collocantur, ex quibus nihil ad confirmationem vulgaris opinionis colligi potest. Prioris etenim legis hæc*

A *verba sunt: Siue ex iure, siue ex consuetudine lex proficiscitur, vt vir vxori fideiussorem seruandæ dotis exhibeat, tamen eam iubemus aboleri. Quibus verbis abrogantur leges ac consuetudines, quibus maritus ad dandum fideiussores cogebatur. Posterior lex clarè & apertè loquitur de fideiussionis exactione, non de ea, quæ à volente præstatur, vt satis constet, vel ea lege, tituli seu inscriptionis ambiguitatem explicari. Verus igitur sensus earum legum est, atque adeò tituli ipsius, maritum vxori, ad dandum fideiussorem dotis nomine, cogendum non esse. Nam etsi plerunque cautiones huiusmodi interponi soleant, maximè in bonæ fidei iudicijs l. In bonæ fidei. de iud. tamen indignum visum est eam cautionem à marito extorquere propter rationem à Iustiniano proditam in lege posteriore. Nostræ huic sententiæ Hermanopulus adstipulatur lib. 4. tit. 8. Nihil autem in priscis autoribus iuris nostri extare putamus, quod nostræ interpretationi refragetur, nisi fortè quis obijciat nescio quam Theodosij constitutionem, quæ legitur in Theodosiano Cod lib. 3. tit. 15. Sed in*
B *eius constitutionis verbis nihilo minor est, quàm in titulo illo Iustiniani, cuius modo mentionem fecimus ambiguitas. Nam & Codex ille, qui Theodosij nomine & titulo inscribitur, valdè mendosus est, nec Theodosij Codex est, sed Alarici Gottorum Regis potius, qui in Theodosij Constitutionibus multa immutauit.* Hactenus Duarenus.

Sed hęc noua Duareni sententia contra omniũ veterũ interpretationẽ ac sensum, nullo modo recipiẽda est. Primò, quia repugnãt verba l. 1. C. Ne fideiussores dotiũ dentur: quibus generaliter illa lex aboletur, quæ vir vxori seruãdæ dotis fideiussorẽ exhibeat. Secũdò, quia in Codice Theodosiano, ex quo illa lex sumpta est, ita legitur, lib. 3. tit. 15. tit. de fideiussorib. dotiũ: *Omnium sponsorum vel fideiussorum, deinceps in cauẽda dotis sponsione promissiones absoluimus.* Et ideò rectè Cuiacius ad hunc tit. Etsi vltrò, maritus dederit fideiussorẽ vel mandatorẽ, vt nõ obligetur, quia hanc obligationẽ constitutiones improbant. l. 1. C. Theod. de fideiuss. dotis. Tertiò, quia & Hermanopu-
C lus, cuius testimonio vtitur Duarenus huic cõi sententię adstipulatur. Sic enim scribit lib. 4. tit. 8. latinè redditus: *Vir dotem accipiens, fideiussores exhibere non cogitur. Nunquam enim pro muliebri dote fideiussor datur, nisi antequã sponsalia contraherentur, id conuenerit.* Si nunquã fideiussor datur, nisi ante sponsalia fuerit conuentum; Ergo sentit non valere fideiussoris dationem constante matrimonio, nisi ante sponsalia, vt præstetur, fuerit conuentum.

Argumenta Duareni non obstant. Primum, omni obligationi accedere posse fideiussorẽ, nihil mouet, quia hæc est exceptio, vt pro dote nõ accedat: Constitutiones enim fideiussoris obligationem hoc in casu improbant.

Secundum argumẽtum est, pignus à marito vxori pro dote dari posse, ergo & fideiussorem. Respondeo, rationẽ hanc diuersitatis esse inter pignus & fideiussorem, quia dato pignore dos potitur tantùm in mto, nõ etiam committitur alterius personæ fidei, quàm mariti ipsius. Fideiussor obtinet locum debitoris, pignus locum rei debi-
D tæ. Non quæritur aliena fides, si quæritur pignus; secus si fideiussor: quod inter coniuges fieri absurdum, & perfidiæ occasionem esse Imperator censuit.

Tertium argumentum est, quia fideiussor pro muliere dotem promittente obligatur. l. Cùm dotis. ff. de iure dotium. Ergo & pro marito. Respondeo, l. Cùm dotis, non loqui de vxore, sed de eo qui dotem viro promissam ab vxore, id est, qui dotẽ quam debuit vxor expromittit, verba hæc sunt: *Cùm dotis causa aliquid expromittitur, fideiussor eo nomine datus tenebitur.* Expromittere est nouandi animo suscipere alienam obligationem, & se facere reum principalem pro alio, soluto ab omni obligatione alio, quia nouatio liberat debitorem prius obligatum. Est ergo hæc sententia legis, si quis dotem debitam ab vxore, promiserit viro, nouandi animo, & fideiussorem dederit; vtique fideiussor tenebitur, nec enim ab vxore datus est, sed ab extraneo expromissore: quæ doctissima explicatio est Cuiacij ad tit. Ne fideiussores dotium dentur

in liberis posthumis: nec enim aliena mihi vendicare solitus sum; l eet furtum nō vsque adeò manifestum esset; Nam & furti non manifesti pęna legibus est constituta.

CAPVT LXXVII.

Confessio dotis receptæ à marito facta animo donandi, an confirmetur iuramento promissorio?

SI maritus animo donandi vxori suæ confiteaт se dotē accepisse, quam verè non accepit iuxta l.2.C.de dote cauta nnn num. quæritur, & in controuersiam vocaт, an ea confessio iuŕo confirmetur, quod promissorium doctores vocant; cùm scilicet iurat maritus, se dotem redditurū vxori suæ. Vocant enim doctores nostri tradendæ disciplinæ gratia, iuramentum promissorium illud, quo quis promittit iureiurando se aliquid daturum vel facturum.

B Duæ sunt contrariæ doctorum sententiæ. Vna, non cōfirmari iuramento promissorio huiusmodi cōfessionē. Authores huius sententiæ non satis bene commemorantur. Cynus ad l.1. circa fine.n.C.de sacros. Eccles. Bart. in l.Cùm quis decedēs.§.Titia.de leg.3. & quidam alij, qui loquuntur de iuramento simpliciter, quemadmodū Socinus senior in l.1.num.98.ff sol.matr. licet reuera eum hāc sententiā habuisse colligi nō possit ex ijs quæ docet ibi post num 102.vers. Quartò & vltimò limita. Inuenio igitur huius sententiæ Ruinum cons.137. lib.4. vt colligitur ex fine ipsius cōsilij Didacum Couuar.lib.1.variar. resolut.cap.7.nu.5. & Menochium de Præsumpt. lib.3. Præsumpt.12.num.43. Cæteros qui allegantur non inuenio hoc dicere.

Altera est sententia, confirmari promissorio iuramento huiusmodi confessionem, Authores sunt Bald. Nouella, de dote par.10. nu. 10. vers. Tamen hæc sua, Crauet. in cons.81.num. 3. Ioannes Lupus ad rub. de donat. inter C virum & vxorem. §.51. Ripa lib.3.cons.6. Alios quis piscari potest, ex his, qui à Gabrielio adseruntur, comm. concl. ut de donat. concl.5. præsertim verò Curtium iuniorem, qui pro contraria sententia adserri solet in cons. 95.nu.4.& Ruinū cons.154.lib.5.& ex Serafino Senensi de priuilegijs iuramenti, Priuileg.71.num.53. Sed non tam de numero authorum nos oportet esse solicitos, quā de argumentorum pondere, & rei ipsius vera decisione & explicatione indaganda.

Fundamentum prioris sententiæ est primò, quia iuramentum non confirmat actum simulatum, vt Gloss. docet in l.3.C.plus valere quod agitur, &c. citata l. Nō dubium.C.de legib. quæ lex ita ad hanc rem accommodari potest. Quod fit, lege id fieri prohibēte, nullius est momenti, licet iuramentum adijciatur, vt in illa lege constitutum est. Sed donatio inter virum & vxorem, quæ hac simulata confessione continetur, lege prohibetur. l.1.& toto titulo.ff.de donat. inter virum & vxorem, Ergo nul D lius est momenti, licet iuramentum adijciatur.

Scdò, quia iuŕm tunc confirmat donationē inter virū & vxorem, cùm donatio palam fit, verbis expressis, donatore id profitente: secus autem dicendum de huiusmodi donatione, quæ iuris præsumptione nititur, quia nimirū ex confessione dotis receptæ oritur. Nam tunc & donatio pręsumenda esset, & præterea iuramento confirmaretur, quod non videtur satis iuri consentaneum.

Tertiò, quia cùm cōfessio simulata sit, & nulla; sequitur etiam iuramentum & alia accessoria nullius esse momenti, quia iuramentum sequitur naturam actus, super quo interponitur l.vlt.C.de non num.pec. c.Accessoriū, de reg.iur.lib.6.l.Cùm principalis eod.tit.

Fundamentum posterioris sentētiæ est, quia hic adest consensus mariti donare volentis, & confitentis se dotē accepisse animo donandi. Ex eo consensus colligitur, qa promittit, iuramento etiam interposito, se redditurū dotem. Quamobrem in ea versamur quæstione, an donatio

A inter virum & vxorem iuramento cōfirmetur. Et verior sententia est confirmari; argument. cap. Cum contingat. de iureiur. cap. Quamuis de pactis, lib.6.

Hæc posterior sententia videtur mihi probabilior ex ijs, quę tradidi, lib.3. Controuersiarum, cap.81. vbi probaui donationem inter virum & vxorem iuramento confirmari. Hæc autem est effectu donatio viri in vxorem collata. l.2. C.de dote cauta non num.

Respondet Couuar. & post eum Menochius locis suprà annotatis, non esse certum, maritum consensisse, vt illa confessio haberet effectū donationis, & ex vno actu tot præsumptiones oriri non posse.

Replicari potest id supponi in hac quæstione, confessionem factam esse à marito animo donandi, non autem sub spe futuræ numerationis; Et ideo non esse laborandum de alia certitudine. Hoc ita supponi patet ex Menochio loco suprà citato. nu.40. vers. secundus est casus.

B Ad primum argm̄ r̄ndeo, confessionē factam esse animo donandi, ac proinde non esse prorsus actum simulatum, sed verā donationē continere, siquidem maritus sic confessus fuit aīo donandi, vt patet ex l.2.C.de dote cauta non num. Non obstat quod dr̄, donationē inter vir. & vxor. lege prohibitam esse, & consequenter iuŕo non cōfirmari ex l. Non dubium.C.de leg. Quia cùm agitur de vi & efficacia iuŕi, quod res spiritualis est, iuri Canonico standum est, non iuri Cęsareo. Sic aūt iure canonico constitutum est, vt iuŕm hmōi pactiones confirmet, quæ iure ciuili improbantur, si non vi non dolo præstitum sit; & seruari possit sine dispendio salutis æternæ, nec vergat in alterius pręiudicium, cap. Cùm contingat. de iureiur. d.cap. Quamuis. de pactis, lib.6. cum alijs similibus.

Ad fm̄ r̄ndeo, illud sibi locum vendicare posse, cū dubium est, & incertū, an confessio facta fuerit aīo donandi, vel sub spe futuræ numerationis. Sed cū certum est, atque ita supponitur, non video rōnem vllam diuersitatis inter hanc donationē, & eā quæ palam fit, ac verbis C expressis, donatore suam voluntatem apertè declarante. Nam & donatio quæ ex confessione oritur, pro vera donatione habetur, vt patet ex d.l.2.C.de non num. pec.

Ad vltimum argm̄ responsio clara est, iuŕm pro confirmatione adiectum, accessorij vice non fungi, quia facit, vt actus valeat, qui alioqui nō valeret, vt in d.c. Cùm contingat. de iureiur. d.cap Quamuis de pact. lib.6.

CAPVT LXXVIII.

Confessio dotis receptæ à marito animo donandi facta, qui dotem non accepit, an confirmetur iuramento assertorio?

ALtera est controuersia. Si vir constante matrimonio fateatur se dotē accepisse, & id verum esse interposito etiam iuŕo affirmet, (Hoc eñi iuŕm assertorium doctores vocant) nequa-
D quam tñ id verum sit, sed aīo donādi hæc facta sint: verū confessio eo vallata iuramento confirmetur, ac proinde non liceat marito eam vel reuocare, vel infringere, nec eius hæredibus. Multi responderunt confirmari. Paulus Castr. cons.383. colum.2. vers. Nos autem lib.2. Socinus senior cons.82.nu.2.lib.5. Alciatus ad c. Cùm contingat, nu.294. cum sequent. de iureiur. His adiungi possunt alij, qui simpliciter dixerunt confessionem hanc iuramento confirmari, Ancharanus cons.307. Nulli dubium. Corneus consil.284. colum. vlt. lib.1.& 104.col.2.lib.2.& 42. colum. vlt. l.3.& 108.lib.4. alios citat Serafinus Senensis de priuilegijs iuramenti, Priuileg.59 num.1.

Argumenta verò sunt ista. Primum, quia confessioni iuratę omnino standum est: nam probat in præiudicium confitentis & suorum hæredum, vt in Auth. Quod obtinet.C.de probation.

Secundum, quia generaliter valet donatio inter virū & vxorem iuramento confirmata. argum.c. Cùm contingat.

gar. de iureiur.c.Quamuis.de pactis,lib.6.Ergo valet enã huiusmodi confessio, quia censetur facta animo donandi,cùm re vera dotem maritus non acceperit.

Tertium argumentũ est, quia si maritus qui iuramẽto interposito confessus est,se dotem accepisse,contrariũ diceret,se non accepisse, diceret se periurum esse, & suam turpitudinem allegaret. Hoc autem iure permissum non est,vt quis veniat contra proprium factum, & suam turpitudinem alleget.l.Cùm profitearis. C. de reuo. dona.l. Transactione 30.C.de Transact.l.Aliàs.ff.de iureiur.

Verùm istis nil morantibus contrariã sententiam, & cõmuniorem & veriorẽ esse non dubito. Communiorẽ esse constat ex doctorũ Catalogo, quos citat Antonius Gabrielius lib.3. commu. conclus.titu. de donationibus, concl. 3. & quos citat Couuar. variarum resolutionum, lib.1.c.7.post nu.4.vers.Quinto eadem ratione, nec non Menochius de Præsumpt.lib.3.Præsumpt.12.nu.48.Clarus §.Donatio,q.9.vers.Hæc tamen conclusio.

Veriorem autem esse hanc sententiam sic probo. Iuramentum non debet esse vinculum mendacij,& falsitatis ac simulationis,sed debet habere tres comites, veritatẽ, iustitiã,& iudicium, c.Et si Christus.de iureiur. Sed hic maritus confitetur id quod verum nõ est, & iurans verũ esse,periurus efficitur, Ergo non confirmatur iuramento ipsius confessio simulata & falsa.

Et hoc est discrimen inter iuramentũ assertorium & promissorium,quòd promissorium ostendit virum confitentem voluisse donationem, quæ ex confessione præsumitur,sua iurata promissione corroborare, & confirmare:& ideo ne in periurium incidat,ab ea recedere non potest,vt in cap. præcedenti conclusum est. Assertorium autem nihil aliud facit, nisi quod mẽdacio cõfessionis periurium addit, quod meritò nihil operatur. Possitne quis iurando id esse verum, quod simulatum & fictũ est,efficere vt verum fit? Minimè gentium. Ergo si hoc veritatẽ non immutat,si iurans est periurus,si non decet iuramento vti ad confirmationem actus simulati, quasi diuinum testimonium esse possit ac debeat idoneum medium ac instrumentum ad tuenda & confirmanda mendacia,certè nihil iusiurandum in hac facti specie operabitur.

Ad primum argumentum respondeo,iuratam confessionem probare & præiudicare confitenti, quia vera esse præsumitur, vt in dicta Nouella quæ allegatur. Sed nos supponimus certum esse, confessionem fuisse fictam atque simulatam,animo donandi factam,& dotem nequaquam fuisse numeratam.

Ad secundum concedo, iuramento confirmari donationem inter virum & vxorem: sed hæc non est donatio iurata. Est confessio simulata & ficta cum iuramento falso coniuncta, quod nequaquam ferẽdum esset in repub. tantum abest, vt ex eo robur & confirmatio confessioni adijcienda esset.

Ad tertium argumentum respondeo, absolutionem à iuramento petendam esse, neque enim quis propria authoritate venire contra iuramentum potest,c.Si verò.de iureiur. c.Ad audientiam.c.Ad aures. de eo quòd metus causa. Absolutione obtenta nihil proponitur,cur is qui iurauerat venire contra promissa,& iuramento confirmata non possit,vt dixi lib.2 controuers.cap.17. circa fin.vers. Porrò absolutione. Regula illa generalis; Nemo potest allegare suam turpitudinem, in alijs casibus locum habet. Nam in terminis nostris locum non habere, nec impedimento esse, quo minus quis contra suam confessionem iuratam veniat,indicat l vlt.C.de nõ num.pecu.ibi. *Qua enim differentia est in huiusmodi exceptione,siue iuramentum positum est, siue non.* Quamquam nec mihi improbatur eorũ responsio,qui dicũt,hoc in casu remissam videri ab altera parte periurij exceptionem,& propriæ turpitudinis allegationem permissam, quoniam in actum fictũ & simulatum pariter consensit. Nil igitur Iudæus Iudæo, nil Catilina Cethego,vt dici solet. Et in pari causa turpitudinis,melior est conditio illius, qui de damno euitando certat, quàm qui de lucro captando.argumen.l.vlt.C. de Codicill.

Non obstat,si dicatur,peti nõ posse absolutionem à iuramento,cùm periurium quis commisit. Nam dato hanc propositionem veram esse,de qua nũc non disputo, locũ non habet,cùm iã constat de simulatione,vti nostra supponit quæstio, vt declarat Iason.in l.Nemo potest in prima lectura,nu.47.de leg.1. Ludouicus Bolognin.cõs.44. col.pen.vers.Vnde cum fraus.Serafinus Senensis,de priuilegijs iuramenti,Priuileg.59.nu.7.

CAPVT LXXIX.

Quid si confessioni dotis receptæ accedat iuramentum assertorium ac promissorium simul?



Vm suprà c.77.disputatũ, & ni fallor satis probatum ac demonstratũ sit, solo iuramẽto promissorio confirmari cõfessionẽ dotis receptæ simulatã,atq; animo donãdi factã, non dubito quin idem statuendum sit, cùm vtrunque iuramentum accedit,assertorium, vt vocant, ac promissorium. Licet enim assertorium non sit idoneũ,neq; sufficiens, vt dixi,præcedente capite; promissoriò tamen adiũctum,hoc sanè efficere poterit: Namque ex eo colligitur, maritum velle ratam donationem habere, quæ ex cõfessione præsumitur, atque supponitur, quod iuramento effici posse magis est vt credam,vt & aliàs defendi lib.3. cap.81.

Atq; hãc esse crebriorẽ doctorũ sentẽtiã,affirmare nõ dubito ex his quę Antonius Gabrielius habet lib.3.cõm. concl.tit.de donationib.concl.3.nu.5.Rolandus à Valle, cõs.93.nu.22.lib.1.Ioseph Ludouicus decis.Perusina 66. nu.11.vers. Tertia conclusio, in secunda parte, Serafinus Senensis de Priuilegijs iuramenti, Priuileg 71.nu.55.

Sed contrariũ sensisse video Marianũ Soc.cons.65.& Bartholomæũ eius filiũ, cons.66.lib.1. Ruinũ cons.130. & 190.lib.1.& 137.lib.4.& alibi,quẽ in terminis quibus de simulatione cõstat,sequitur Serafinus Senensis d.Priuilegio 71.post num.56.57.58.& in vers.Amplius intelligo.Idem sensit Couuar.lib.1.variar.resolut.cap 7.num.5.

Argumenta præcipua sunt tria. Primum,quia donatio inter virum & vxorẽ iuramento non firmatur,Ergo multò minus tacita donatio,quæ oritur ex confessione.

Secundum,quia dato quod donatio expressa cõfirmetur iuramento, non potest tamen confirmari tacita donatio,quæ oritur ex confessione,ne concurrant duo specialia,Vnum,quod donatio præsumatur, Alterum,quod donatio præsumpta iuramento confirmetur.

Tertiũ argũ est, quia iuramentum non cõfirmat actũ simulatum ex Gloss.in l.3. C. plus valere quod agitur.

Respondeo ad primum,nõ obstare,quia verius est donationem inter virum & vxorem iuramento confirmari,vt aliàs dixi & ostendi d.c.81.lib.3.

Ad secundum dico, idem statuendum in tacita donatione,quæ ex confessione resultat: quia nulla est ratio diuersitatis, cur expressa donatio iuramento confirmetur, tacita verò non confirmetur. Nam fabula illa de concursu plurium specialium,quæ fundamẽtum habet in Gloss. ad l.1.C.de dotis promiss.iã diu à viris doctis explosa est, & tradita vera interpretatio dictæ l.1.sicut à nobis suprà disputatum & expositum est hoc eodem lib.cap.75.

Ad tertium argumentum respondeo, distinguendum esse:nam si actus simulatus turpitudinem vel peccatum, vel aliquid contra bonos mores contineret, aut consensum agentis & contrahentis non haberet, tunc iuramento non confirmaretur. Sed cùm hic agatur de donatione inter virum & vxorem, quæ ex confessione dotis receptæ oritur, vbi maritus nullam dotem recepit, sed animo donandi se accepisse confessus est, non video aliquid fieri contra bonos mores, & quod vllam turpitudinem cõtineat. Tantùm peccari video contra iuris ciuilis præcepta,quorũ authoritas iurisiurandi religioni meritò

 cedit,

cedit, vt patet ex c. Cum contingat. de iureiur. ex c. Quã uis de pactis, lib. 6. & ex alijs testimonijs notissimis. Consensus verò mariti hoc in casu non deficit, quia supponimus eum confessum se dotem accepisse, quam non accepit, animo donandi vxori suæ, quam donationem tacitã iureiurando etiam confirmauit.

CAPVT LXXX.

Confessio dotis receptæ à marito facta constante matrimonio & absque iuramento, an præsumatur facta spe futuræ numerationis an verò animo donandi?

SI maritus constante matrimonio cõfessus sit, se dotem accepisse, nullo iuramento interposito, quæritur an hæc confessio præsumatur facta in fraudem legis prohibentis donationem inter virum & vxorem, an verò spe futuræ numerationis, quasi dos cauta, non sit numerata sit, posito scilicet quod de numeratione non constet. Et in hac quæstione tam ingens est catalogus authorum, qui responderunt præsumi factam animo donandi, & in fraudem legis prohibentis donationem inter virum & vxorem; & rursus eorum qui dixerunt factam videri spe futuræ numerationis, vt otiosum esse putauerim omnes hic adscribere. Præsertim cùm maximè sollicitus nunc sim, de eorum sententia confutanda, qui dixerunt factam videri animo donandi, & in fraudem legis, quæ vti falsa est, & erroris plena, ita meliorem sibi in foro locum vendicauit. Videantur Couuar. lib. 1. variar. resol. c. 7. nu. 4. Rolandus à Valle, in cons. 93. nu. 2. lib. 1. Andr. Geyll. lib. 2. obseru. 81. nu. 3. Menoch. de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 12. nu. 58. Ioseph. Ludouicus decis. Perusina 66. in 1. conclus. par. 2. vbi parum consideratè dixit, neminem cõtradicere conclusioni ab eo firmatæ, eam confessionem factam videri animo donandi, cùm plurimi à Couuar. & à Menochio citati contrariam sententiam ex professo amplexi fuerint, & copiosè tutati sint.

Ego, vt dixi, operam dabo in hoc capite, vt vera opinio tam studiosorum mentibus instilletur, quàm etiam apud pragmaticos in foro defendatur, explosa prorsus & reiecta contraria sententia, quam à iure alienissimam esse existimo.

Hęc est igitur vera doctrina ac sententia, confessionẽ, qua de agitur, factam non videri animo donandi, sed spe futuræ numerationis.

Prius ostendam non videri factam animo donandi, atque adeò in fraudem legis. Deinde factam pręsumi spe futuræ numerationis.

Non videri factam animo donandi, & in fraudem legis, probatur, quia nulla lex hoc dicit. Nulla iuris ratio id suadet. Repugnant vulgares iuris regulæ. Donatio non præsumitur. Fraus non præsumitur. Nulla causa est præsumendi maritum voluisse donare ex hac sola confessione, cùm videri possit confessus fuisse spe futuræ numerationis. Nulla hic pugnat verisimilitudo, quia si donare voluisset poterat id exprimere, & confiteri se accepisse dotem quam non accepit, vel maiorem quã accepit animo donandi, quæ donatio morte eius confirmatur, & de qua facti specie loquitur, l. 2. C. de dote cauta non num.

Videri factam spe futuræ numerationis, probatur primò ex l. 3. C. de dote cauta non num. Iustinianus: *In dotibus quas datas esse, dotalibus instrumentis conscribi moris est, cùm adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantum subsecuta sit, liceat non numeratæ pecuniæ exceptionem opponere: non solùm marito contra vxorem, &c.* Hic non dicit Imperator donationem pręsumi, sed exceptionem non numeratæ dotis competere, quia scilicet ea confessio facta pręsumitur spe futuræ numerationis.

Secundò, id probatur ex eadem l. 3. dum ita Iustinianus pergit, dicens, exceptionẽ non numeratę dotis competere etiam hęredibus mariti, ibi: *Sed etiam hęredibus mariti, cuius morte dissolutum est matrimonium.* Si enim donatio pręsumenda esset ex confessione, illa morte mariti confirmaretur, consequenter, hæredibus mariti exceptio non competeret dotis non numeratæ. Donationem enim inter virum & vxorem morte confirmari donatoris, palam est ex l. Cùm hic status. ff. de dona. inter virum & vxorem.

Porrò ridiculum est, quod aliqui dicunt d. l. 3. esse accipiendam de confessione facta ante contractum matrimonium: siquidem lex est generalis de cautione dotis non numeratæ, quæ ita fit, & fieri potest matrimonio iã contracto, sicut ante matrimonium contractum.

Tertiò, hæc sentẽtia probatur ex l. Si voluntate. C. de dotis promissione, vbi si confessus fuerit maritus se plus accepisse in instrumento dotali, quàm accepisset, agere potest, vt id quod non accepit, pręstetur.

Si confessio hæc animo donandi facta præsumeretur, non posset maritus quidquam petere.

Quartò, probatur ex Nouella 100 & secundum veterem translationem ex Authenticis de tpe non solutæ pecuniæ super dote, in illis verbis: *Sin autẽ neque intra decennium* quæratur, taciturnitate mariti, auferimus querelam, neque ei post decennium hoc agere sinemus, &c. *Vbi enim licet in prolixo sic tempore decennij diximus proponere querelam, si tacite elegerit, palam est voluisse, vel si non accepit dotem omnino eum, aut suos reddere, heredes.*

Si tempus decennij requiritur ad excludendum maritum & eius hæredes à querela non numeratæ dotis, quomodo confessio eiusdem mariti videri potest donationem continere? Nunquid is qui donauit, querelam habet dotis non numeratæ? Si donatio est, cur morte viri non confirmatur, vt cęteræ donationes inter coniuges. l. Cùm hic status. ff. de dona. inter virum & vxorem, ac proinde hęres statim non tenetur eam ratam habere, ante lapsum decennij, pręstituti ad querelam proponendam dotis non solutæ?

Sed hęc nimis clara sunt. Videamus quantum habeãt momenti argumenta contrariæ opinionis. Primum est ex l. Qui testamentum. ff. de probation. in illis verbis: *Videtur enim eo quod plus ille capere non poterat in fraudem legis, hęc in testamento adiecisse.* Alterũ est ex l. Cùm quis decedens. §. Titia. de leg. 3. *Titia testamentum condidit, & volo vt dentur Callimacho mercedis gratia denaria decem mille. Quæro an hęc pecunia ex causa mercedis, ab hęredibus Titiæ exigi possit? Respondi non idcirco quod scriptum sit, exigi posse in fraudem legis relictum.*

Sententia horum responsorum hęc est, si cui legetur, qui per legem capere non possit, relictũ pręsumi in fraudem legis. Et ideo eum probare oportere causam expressam à testatore veram esse.

Sed hæc longè dissimilia sunt. Primùm, quia mulier capax est donationis, etiam cõstante matrimonio, ad hoc scilicet, vt si maritus præmoriatur, res donatas retinere possit, quia morte donatio confirmatur. l. Cùm hic status. ff. de dona. inter vir. & vxor.

Secundò, quia maritus hic confitetur se dotem accepisse, quod in prima sui figura non tendit contra legis alicuius prohibitionem. Nam aut dotem accepit, aut non accepit. Si accepit, confessio veritatem continet, & omni suspicione caret. Si non accepit, habet à lege tempus ad excipiendum, & conquerendum dotem sibi numeratam non fuisse. Quare nulla ex parte iuris dispositionem offendit.

At is qui legat incapaci eo ipso legem offendit, per quã legari non posse constitutum est, & legatum irritum est & nullum. Quare si causam adijciat pro legati confirmatione, cùm res suspecta sit, & legibus repugnet, meritò probanda est, vt in d. l. Qui testamentum. ff. de probation. ibi: *Si Filius suprascripta ex ratione sua peruenisse ad testatorem probare potuerit, exigi, &c.*

Tertiò,

Tertiò, nã in ea facti specie quæ obijcitur, sic res procedit: legatarius petit legatum sibi ab hærede præstari. Hæres opponit eum capere non posse. Replicat ille, se capere posse, quia ex bonis suis ea peruenerunt ad testatorem; quia merces illi debetur, & mercedis gratia relictum est. Duplicat hæres, hanc allegatam causam & colorem verum non esse. Probatio ergo incumbit legatario, qui dicit; nõ hæredi qui negat. l. 2. ff. de probation. At in specie hac nostra nihil tale proponi potest; quia nulla est lex, quæ prohibeat confessionem à marito fieri posse dotis receptæ, siue acceperit eam, siue non receperit. Sed lex permittit & probat eiusmodi cautiones & confessiones inter virum & vxorem, & confitenti exceptionem & querelam concedit eiusque hæredibus, non autem donationem inde præsumit.

Nisi confessio ipsi à marito facta sit animo donandi, quomodo loquitur l. 2. C. de dote cauta non num. tunc enim locum habent ea quæ de donationibus inter virũ & vxorem constituta sunt, vt ibi dicitur. At nos loquimur in dubio cùm non constat animo donandi factam esse confessionem, ideo concludimus donandi animo factam non videri, sed spe futuræ numerationis.

CAPVT LXXXI.

Quid si dotis promissio præcedat, & postea sequatur confessio mariti de dote soluta, an valeat, & opponi possit exceptio non numeratæ dotis?



IMperator Iustinianus in l. In contractib. 14. §. 1. C. de non num. pecu. sic ait: *Illis etiam securitatibus, quæ post cõfessionem dotalium instrumẽtorum de soluta dote, ex parte vel in solidum exponuntur, nullam exceptionem non numeratæ pecuniæ penitus opponi.*

Coniungendus est hic textus cum l. vlt. C. de dote cauta non nume. vbi idem Iustinianus ita scribit: *In dotibus quas datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, cum adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantùm subsecuta sit, liceat non numeratæ pecuniæ exceptionem opponere, &c.*

Sententia Imperatoris est, exceptioni non numeratæ dotis locum non esse, si præter instrumẽtum dotale etiá apocha cauerit maritus se dotem accepisse.

Atque hinc nostri colligunt, confessionem dotis receptæ à marito factam, constante matrimonio, omni suspicione carere, & dotem viro numeratam præsumi, si eam præcedat dotis promissio, & constitutio. Nihil enim ea confessio aliud est, quàm apocha mariti, qua se dotem instrumento dotali promissam & constitutam accepisse fatetur, & cauet. Et hęc sñia communis est: & si ita intelligatur, omnino amplectenda, cùm aperta legis decisione nitatur. Communẽ esse testantur Couuar. authores laudans lib. 1. variar. resol. c. 7. num. 6. Antonius Gabrielius lib. 3. commũ. concl. tit. de iure dotium, concl. 4. Iacobus Menochius de Præsumpt. lib. 3. Pręsumpt. 12. nu 53.

Contrarium docuit apertè Socinus senior in l. 1. num. 102. ff. sol. matr. quem sequitur Loffredus consi. 22. non procul à principio. Alios citat eiusdem sententiæ, parum tamen fideliter Antonius Gabrielius loco proximè citato. Nam Felinus, quem citat, superiori sententiæ adstipulatur. Potuisset adferre Francisc. Aretinum l. 2. §. Creditum, nu. 27 ff. si certum petatur.

Sed vt ab Aretino incipiã, is suam fundat opinionem in l. vlt. C. de dote cauta non numer. cuius legis verba initio huius capitis retuli, nec video quo pacto in eis fundamentum constitui possit, cùm nihil aliud velint, quàm exceptionẽ non numeratæ dotis cõpetere, cùm in dotalibus instrumẽtis continetur, eã fuisse datam, licet nulla datio sed tãtùm nuda promissio subsecuta sit. Non loquitur ibi Iustinianus de confessione mariti post dotale instrumentũ, quo dos promissa fuit, facta, de quo nostra di-

A sputatio est; sed de cõfessione, quæ in ipso dotali instrumento continetur; cùm scilicet maritus dotem se accepisse cõfitetur, deinde promissio dotis subsequitur, iuxta ea quæ disserui suprà cap. 74.

Nititur præterea Nouella 100. tit. de tempore non solutæ pecuniæ super dote, dum decẽnnium requirit, vt cõfessio dotis receptæ marito & eius hæredibus præiudicet, quasi tunc is velit dotem vxori reddi, siue eam acceperit, siue non acceperit.

Sed illa Nouella non excluditur nec abrogatur tex. in d. l. In contractib. §. 1. C. de non num. pecun. Sit ergo decennale tempus vnũ ex remedijs excludendi maritum eiusq; hęredes ab exceptione & querela non numeratæ dotis. Alterũ nobis remediũ Iustinianus suppeditat in d. l. In contractib. §. 1. nec vnum remedium alteri est impedimento, imo simul optimè cohęrent, neque colliduntur.

Sed Socinum aggrediamur: *Rationes*, inquit, *per quas*
B *sola confessio præsumitur suspecta, militant etiam præcedente promissione, maximè quia faciliùs quis se obligat & remittit, quàm actualiter donat.*

Secundò, quia d. l. In contractib. 1, tollit exceptionem non numeratæ pecuniæ, quæ est temporalis, non autem tollit exceptionem simulationis, quæ est perpetua, quæ competit contra talem confessionem.

Tertiò, quia cõfessio de recepto probat numerationẽ tẽpore cõfessionis, Ergo præsumitur tunc pecunia numerata ab vxore, & p cõsequẽs numerata de pecunia viri. Hęc Soci.

Respondeo, nullam esse rationem idoneam, qua probetur eiusmodi confessiones suspectas videri posse, sicut latè in præcedenti capite disputaui. Sed vt maximè aliqua esset ratio, negaui tamen eam habere locum in casu de quo agitur. Etenim Imperator præsumit dotẽ verè numeratã fuisse marito sic confitenti, & cauenti. post dotale instrumentum, quo dos promissa & cõstituta fuit: q̃ causa est, vt non concedat eidem marito exceptionẽ non
C numeratæ pecuniæ, quam proculdubio concederet, si suspicaretur dotem verè non fuisse numeratam, sicut aliàs concedit in l. 3. C de dote cauta non num. Vbi ergo nulla est suspicio quin dos verè numerata sit, quomodo suspicio esse simulationis poterit? Nunquid Iustinianus fauet simulatis cautionibus, & tacitis inter virum & vxorem donationibus, quas prohibuit, & interdixit? Certè non, & tamen id necessariò dicendum fuerit, si tales confessiones simulatas esse, & suspectas dixerimus. Hac respõsio valet ad primum & secundum argumentum.

Tertium autem argumentum nullius planè momenti est, quia negatur illa collectio, dotẽ numeratã p̃sumi de pecunia viri. Siquidẽ certũ esset, confessionẽ simulatam esse, & animo donandi hęc à viro fieri liquidò cõstaret, valeret ea collectio. Sed hoc est absurdũ, & petitionẽ cõtinet principij, quia supponit id, de quo est controuersia.

CAPVT LXXXII.

D *Quid si post confessionem dotis receptæ à marito factam, lapsa sint tempora opponendi exceptionem, vel querelam proponendi de dote non numerata?*



CVm tempus lapsum est proponendi querelam, vel exceptionem non numeratæ dotis, tunc ex confessione dotis receptæ à marito, magis argui donandi animum, & idcirco eam confessionem præsumi simulatam ac in fraudem legis donationes inter virum & vxorem prohibentis factam, responderunt Baldus in l. Vn. C. de priuileg dotis. Imola in l. Si constante, nu. 47. ff. sol. matrim. Paulus Castrensis in consi. 383 nu. 2. lib. 2. Aretinus in §. Fuerat, nu. 15 Instit. de actio. Socinus senior in l. 1. nu. 102. vers. Secundo limita. ff. sol. matr.

Fundamentum est, quia eiusmodi confessio est facta inter personas suspectas, & suspicio augetur magis ex lapsu dicti

dicti temporis. Videtur enim voluisse maritus eam dotē reddi suæ coniugi, licet eam non recepérit, vt dicit Imperator in Nouella 100. siue in Authen. de tempore, non solutæ pecuniæ super dote. ver. *Vbi enim*. Quare nihil obstat huic exceptioni simulationis, quę perpetua est, lapsus temporis prædicti ad querelam, & exceptionem non numeratæ dotis constituti.

Sed istis ego non consentio. Vera enim & solida doctrina hæc mihi videtur; cùm lapsum est tempus constitutum ad proponēdam querelam & exceptionem dotis non numeratæ, non posse amplius proponi, & idcirco eam confessionem marito, eiusque hæredibus nocere. Ita expresse docet Imperator in d. Nouella dum ait, si non fuerit exceptio, & querela proposita tempore constituto, *palam est voluisse* (maritum scilicet) *vel si non accepit dotem, omnino eum aut suos reddere hæredes*.

Vides non hoc velle Iustinianum, vt illa confessio simulata esse, & in fraudem legis præsumatur, quia tūc nō valeret, nec maritum obligaret, (licet eius morte donatio confirmaret) sed hoc velle, vt dos reddatur mulieri, siue soluta sit, siue non sit soluta. Ita ergo rectè docuerūt Couarru. libro variarum resolut. cap. 7. nu. 5. in fi. vers. Quod si velimus, & Menochius de Præsumptione, lib. 3. Præsumpt. 12. nu. 75.

Fundamentum verò contrariæ sententiæ non est firmum, quia negamus eiusmodi confessiones præsumi simulatas, & in fraudem legum factas, vt supra cap 80. disputatū est. Sublato enim hoc axiomate, corruit id quod ex eo sequitur, exceptionem nimirum simulationis post lapsum tempus competere. Nulla enim simulatio adest, nec præsumenda est; ideo frustrà objicitur, eam esse perpetuam exceptionem.

CAPVT LXXXIII.

Si ignobilis vir, vel senex duxerit vxorem nobilem vel diuitem, & se dotem accepisse confessus fuerit, quid de eiusmodi confessione statuendum?



Vthores qui de hac re disputant, interpretes nostri sunt, veteres ac recentiores ad l. 1. ff. solut. matr. ad l. Diuor no. ff. de verb. obl. & alibi, nouissimè Menochius de Præsumptione, lib. 3. Præsumpt. 12. nu. 4. cum sequentib. Ioannes Vaudus variarū quęstio. lib. 2. c. 37. isti alios plurimos citant, quos huc adferre non est operæ precium.

Ne obscuritas & confusio oriatur, distinguo tempora. Primum est ante contractum matrimonium, cùm scilicet vir ignobilis, vel senex ductus nobilem ac iuuenē ante matrimonium contractum, confitetur se dotem accepisse. Secundum tempus est, post contractum matrimonium: Cùm scilicet matrimonio iam contracto eiusmodi confessio facta est.

Circa primum tempus hæc est communior sententia, si constet confessionem fuisse factam animo donandi, valere, & efficacem esse.

Fundamentum est, quia videtur facta eiusmodi donatio remunerationis seu recompensationis gratia, quia vir & vxor non sunt paris conditionis. Nobilis enim mulier suæ nobilitatis iacturam facit, & iuuenis seni nubendo non paruam suscipit crucem.

Donatio autē valet inter virū & vxorē remunerationis gra. l. Qd autē. §. Si vir. ff. de donat. inter vir. & vxor.

Non assentior huic sententię ob eadem argumenta, quibus alij ante me vsi sunt, & quæ nunc ego defendam, nimirum ex l. 3. §. Videamus, & l. Et ideo. §. vlt. ff. de dona. inter virum & vxorē. Vlpianus: *Videamus inter quos sunt prohibita donationes. Et quidem si matrimonium moribus legibusq́, nostris constat, donatio non valebit. Sed si aliquod impedimentum interueniat, ne sit omnino matrimonium, valebit donatio. Ergo si senatoris filia liberto*

A *contra Senatusconsultum nupserit, &c. valebit donatio, quia nuptia non sunt.* Sed moribus nostris valet matrimonium inter nobilem mulierem, & ignobilem virum, inter iuuenculam, & senem. Ergo donatio non valet.

Respondent contrariæ sentētiæ authores, textus istos loqui cùm donatio sit post contractum matrimonium, quæstionem autem proponi de donatione facta ante contractum matrimonium. Rationem hanc diuersitatis adferunt, quia post contractum matrimonium huiusmodi donatio voluntaria est, neque enim cogebatur vir, vt mulierem ad matrimonium contrahendum induceret, aliquid ei donare, quoniam iam matrimonium erat contractum. Cùm autem aliquid donatur ante contractum matrimonium, tunc necessaria videtur ea donatio, vt mulier ad matrimonium contrahendum alliciatur.

Non est bona responsio, quia confessio viri facta animo donandi, etiam ante matrimonium contractum non valet, scilicet, si facta sit in eum finem, vt matrimonium
B contrahatur. Impp. Seuerus & Antoninus: *Multū interest, si ea qua donat vir futurus, tradiderit vxori, & postea in dotem acceperit, an verò donandi animo, dotem auxerit, vt videatur accepisse, quod non accepit, priore enim casu donatio non impeditur, &c. Posteriore autem casu nihil actū est donatione, & quod in dotem datum non est, repeti non potest.* l. 1. C. de donat ante nup.

Docent in ea lege Impp. modum & rationē, qua vxorem ducturus ante contractum matrimonium donare possit vxori futuræ, nimirum, vt res vxori tradat, quas donare vult, deinde eas in dotem accipiat. Et ita in specie facti nobis proposita valere poterit donatio ante matrimonium contractum, si ducturus vxorem res tradiderit, postea in dotem acceperit.

Nec valet illa responsio, hanc legem locum non habere inter virum & mulierem disparis cōditionis, quia hęc exceptio probanda est. Lex enim generalis est, & clara,
C nullam distinctionem adhibens.

Quod verò attinet ad rationem diuersitatis inter hęc duo tempora, ante scilicet contractum matrimonium, & post contractum matrimonium, illa quidem satis idonea & probabilis est, quantum ad hunc effectum, vt valeat donatio ante matrimonium contractum, si non solùm fiat, vt mulier inducatur ad illud contrahendum, sed etiā seruetur forma legis, siue ratio illa & modus, qui iure permissus est, nimirum, vt vir tradat pecuniam, vel alias res futuræ vxori, deinde eas in dotem accipiat: sicut docent Impp. in d. l. 1. C. de donatio ante nup. Verùm si donandi animo, vt in hac facti specie nostra confessus fuerit se accepisse, quæ non accepit, *nihil actum est donatione*, vt in eadem lege dicitur.

Non obstat argumentum communis opinionis, nimirum donationem inter virum & vxorem remunerationis gratia factam valere: quia in primis respondeo, in terminis nostris, cùm vir ignobilis ducit vxorem nobilem, eamque ob causam remunerationis gratia donari dicitur, contrarium docuisse Vlpianum in d. l. 3. §. Videamus.
D ff. de dona. inter virum & vxor. si enim hoc in casu valeret donatio quasi remunerādi gratia facta, deberet apud Vlpianum valere donatio filiæ senatoris collata à libertino, licet matrimonium valeret: quod tamen Vlpiani sententiæ aduersatur, dicentis, donationem valere, *quia nuptia non sunt*.

Deinde respōdeo, textum qui adfertur in l. Quod autem. §. Si vir & vxor. longè dissimilem facti speciem continere. Sic ait Vlpianus ibi. *Si vir & vxor quina inuicem sibi donauerint, & maritus seruauerit, vxor consumpserit, rectè placuit compensationem fieri donationum.*

Nihil ad rem facit: loquitur enim de reciproca donatione, non de ea quæ fit remunerandi gratia, vt in specie nostra, qua de re etiam disserui lib. 3. Controuersi. cap. 80.

Secundò, circa idem tempus matrimonij nondū contracti, alia à plerisque recepta est sententia, multis tamē

repu-

repugnantibus, Confeſſionem dotis receptæ à viro ignobili vel ſene factam, quia poſtea fœminam nobilem, vel iuuenem vxorẽ duxit, in dubio videri factam animo donandi, & ideo non competere exceptionem, vel querelam dotis non numeratæ. A

Fundamentum eſt, quia ſubeſt cauſa donandi pro remuneratione nobilitatis & iuuentutis. Argumento l. Si verò. non remunerandi. §. Idem Papinianus. ff. Mandati.

Sed nihil textus ille ad rem facit, quia donatio patroni præceſſerat, vnde ex liberti conſenſu meritò præſumitur donatio, vt patet ex illis verbis: *Quod ſi donationem patronus in libertum contulit, videri & poſtea libertum patrono donaſſe*. Quia ſcilicet vendenti fundum patrono libertus conſenſerit, vt paulò antè dixerat ibi Iuriſconſultus. Hic verò nihil mulier donauit viro ſuo, nec vllum alium actum exercuit ex quo donatio argueretur. Quod enim mulier nobilis & iuuenis ſeni & ignobili nupſerit, illud donationem in ſe continet nullam. Tanti feciſſe illum videtur, vel propter diuitias, vel probitatem, vel alias B ob cauſas, vt dignum ſuo coniugio exiſtimauerit.

Quare contrariam ſententiam amplector vti probabiliorem, eiuſmodi confeſſionem factam videri ſpe futuræ numerationis, & idcirco intra tempus à lege conſtitutum, competere marito & eius hæredibus exceptionem, & querelam dotis non numeratæ.

Probatur hæc ſententia ex l. vlt. C. de dote cauta non num. & ex Nouella 100. quibus in locis apertè id eſt cõſtitutum, vt in dotibus quas datas eſſe dotalibus inſtrumentis adſcribi moris eſt, licet nulla datio ſecuta ſit, competat exceptio non numeratæ dotis.

Non diſtinguit lex vtrum maritus ignobilis, vel ſenex duxerit nobilem mulierem, vel iuuenem, an matrimonium inter pares contractum fuerit necne. Non adiecit hanc exceptionem, ſed generaliter locuta eſt. Cur igitur ſine lege, ſine iuris manifeſta, aut probabili ratione, audeamus exceptionem nos effingere, & in ea ſubuertere, tam claram legis definitionem, quæ dotis non numeratæ exceptionem tribuit? Hæc de tempore nondum contracti matrimonij. C

Quod ſi matrimonium iam contractum ſit, & eo conſtante proponatur eiuſmodi confeſſio mariti, cum ſuprà dictis circumſtantijs, ſunt qui putent in dubio, eam videri factam animo donandi, quaſi remunerationis gratia facta ſit, & ideo legibus non improbetur ex d. l. Quod autem. §. Si vir. ff. de donat. inter vir. & vxor.

Sed ego contra ſentio vnà cum multis alijs, confeſſionem factam videri ſpe futuræ numerationis, & idcirco competere exceptionem dotis non numeratæ.

Adſtipulatur ſententiæ noſtræ l. vlt. C de dote cauta, non num. quæ vt antea dixi generalis eſt, & hunc noſtrum caſum non excipit.

Contrariæ verò ſententię aduerſatur l. 3. §. Videamus. ff. de donatio. inter vir. & vxor. ſicut ſuprà in prima concluſione huius capitis diſſerui.

Nec ſuffragatur l. Quod autem. §. Si vir. ff. eod. tit. quia D loquitur de mutua ſeu reciproca donatione inter virum & vxorem, in quibus terminis noſtra non verſatur diſputatio. quia mulier nil donauit viro ſuo, ſed tanti eius matrimonium fecit, vt nec iuuentutis, neque nobilitatis rationem habuerit.

Erit igitur (neque enim vtilia repetere piget) cùm donare maritus vxori ſuæ voluerit, animo eam remunerandi & compenſandi nobilitatem ac iuuentutem, ſeruandus modus, quem ponunt Impp. Seuerus & Antoninus in l. 1. C. de donat. ante nupt. nimirum, vt quod donare voluerit, ei tradat, poſtea in dotem accipiat: nam ſi donandi animo fateatur ſe accepiſſe, quod non accepit, nihil agit, vt ibi dicitur.

CAPVT LXXXIV.

Quid ſit ſtatuendum de confeſſione dotis receptæ, facta constante matrimonio, adiecta renunciatione exceptionis, non numeratæ dotis?

Ommunis eſt Doctorũ ſententia, confeſſionem dotis receptæ à marito factam conſtante matrimonio, cum renunciatione exceptionis non numeratæ dotis, animo donandi factam videri. Vide Socinum ſeniorem in l. 1. nu. 100. ff. ſol. matrim. Alexandrum conſ 142. nu. 2. lib. 5. Menochium de Præſumpt lib. 3. Præſumpt. 12. nu. 51.

Fundamentum eſt, quia apparet ex ea renunciatione exceptionis non numeratæ dotis, ipſum maritum contentem voluiſſe mulieri dotem reddi, licet eam non acceperit. Aufert enim renunciatio illam exceptionem, quæ B aliàs competeret. Cùm itaque ſuſpecta ſit alioqui confeſſio iſta, quaſi videatur facta in fraudem legis prohibentis donationem inter virum & vxorem, augetur eiuſmodi ſuſpicio ex adiecta renunciatione, quia illa indicat, confeſſionem factam non fuiſſe, ſpe futuræ numerationis, conſequenter animo donandi factam cenſeri.

Sed hoc primùm negatur, cõfeſſionẽ aliàs ſuſpectã eſſe, & in fraudem legis factam videri. Contrarium enim verius eſſe conſtat ex his, quæ ſuperiùs dicta ſunt cap. 80.

Deinde negatur, vllã ſuſpicionẽ ex hac renunciatione oriri, niſi hæc facti ſpecies proponatur, nimirũ certò conſtare, dotem numeratam non fuiſſe: nunc enim proculdubio videretur animo donandi confeſſio emanaſſe.

Sin autem res in obſcuro ſit, non video, quomodo ſuſpecta ſit hæc renũciatio, & non potius arguat maritum verè dotem accepiſſe. Nã cùm nemo præſumatur iactare ſuum. l. Cùm de indebito. ff. de probat. admodum probabile eſt, maritum ideo renunciaſſe exceptioni dotis non C numeratæ, quia reuera dotem acceperit.

Igitur aſſentior Couarruuiæ diſcedẽti à communi ſententia hoc in caſu, lib. 1. variar. reſol. c. 7. nu. 4. verſ. Quamobrem ego opinor. & nu. 5. in principio, & rectius Bartolum docuiſſe non dubito in l. Aſſidius. nu. 11. C. qui potio. in pig. hab. hoc operari dictam renunciationem, vt exceptio dotis nõ numeratæ obijci nõ poſſit. Rectè, quia quilibet poteſt renunciare iuri ſuo. l. pen. C. de pact.

Non rectè autem Socinus ſenior loco ſuperiùs annotato, Bartoli ſententiam accipiendam eſſe, de renunciatione, & confeſſione ante matrimonium contractũ emiſſa, quia Bartolus non ita loquitur, & eius ratio vtroque in caſu locum habet.

CAPVT LXXXV.

D *Si maritus poſt contractum matrimonium confeſſus ſit, ſe dotem recepiſſe ab alio quàm à muliere, an præſumatur verè numerata, an verò competat exceptio dotis non numeratæ?*

On cõpetere exceptionẽ dotis non numeratæ marito cõfitẽti, ſe dotẽ accepiſſe ab alio quàm ab vxore ſua, authores ſunt, Bald. in l. vn. nu. 4. C. de priu. dotis, Iaſon in §. Fuerat. nu. 89 inſt. de act. Ioan. Lupus ad rub. de dona. inter virũ & vxorẽ. §. 30. nu. 12. verſ. *Et quod plus eſt*. Marſilius ſingulari 345.

Allegantur prętereà Salicetus in Authent. Sed iam neceſſe. C. de donatio. ante nup. Socinus ſenior conſilio 82. col. 1. verſ. tertia ratio lib. 3. Decius conſ. 536. nu. 9. verſ. Ad hoc reſpondetur, & Rolandus à Valle in conſ. 93. nu. 29. lib. 1. qui ſanè diligenter inſpecti hoc non dicunt, ſicut lector videre poterit.

Sed etſi mille alij Doctores hoc dicerent, non verã & manifeſtè repugnantẽ Iuſtiniano doctrinam traderent.

Statuit

A Statuit enim Imperator Nouella 100. seu in Authent de tempore non solutæ pecuniæ super dote; exceptionem dotis non numeratæ marito competere, siue dotem accepisse se ab vxore cauerit, siue à patre, siue ab alio quopiam. Verba eius hæc sunt: *In nullo discernentibus nobis, siue mulier tanquam dotem offerens conscribat, siue pater, siue alius quispiam pro eo tempore in omni casu, sicut suprà prædiximus extendente suos effectus, & dante vel perimente querelam.*

Quare à supradictorum sententia meritò discesserunt doctissimi viri, quos nos sequimur, docentes, querelam & exceptionem non numeratæ dotis competere, siue à muliere, siue ab alio dotem maritus se accepisse confessus fuerit. Baldus Nouell. ad l. 1. num. 207. vers. Tertiò limito. ff. sol. matrim. & de dote, parte 10. nume. 14. Didacus Couuaruu. lib. 1. variarum resolut. cap. 7. num. 6. vers. Est & alia in hac re. Menochius de Præsumption. lib. 3. Præsumpt. 12. num. 79.

B Prioris sententiæ fundamentum est, quia cùm ab alio quàm à muliere vir fatetur se dotem accepisse, nulla est suspicio tacitę donationis, ac proinde dos verè numerata pręsumitur.

Respondeo, nullam quidem donationis suspicionem esse, sed non idcirco denegandam fore non numeratæ dotis exceptionem, quam Imperator Iustinianus in sua Nouella tam disertè concessit, quia confessio videri potest facta spe futurę numerationis, vt in d. Nouella.

CAPVT LXXXVI.

Confessio dotis receptæ à marito facta, an præiudicet creditoribus post elapsum tempus opponendi exceptionem dotis non numeratæ?



Non parui momenti controuersia hæc est: ideo accuratè tractanda. C Quatuor præcipuę sunt Doctorum sententiæ, quas ordine referam, & refutabo, prima excepta, quam cęteris probabiliorem esse iudico.

Prima est sñia eorũ qui simpliciter dixerunt, nulla distinctione adhibita inter confessionẽ factã ante vel post matrimoniũ, eiusmodi cõfessionẽ dotis receptę pìudicare creditorib. mariti, post elapsum tẽpus iure cõstitutum ad opponendã non numeratę dotis exceptionẽ. Ita Bart. in l. Assiduis, nu. 11. C. qui potior. in pig. hab. & multi alij apud Rolandum à Valle, in consi. 20. nu. 14. & 74. nu. 16. lib. 4. Andr. Geyll. lib. 20 obseru. 81. nu. 10.

Fundamentum est primò in l. Duobus §. 1. ff. de iureiu. vbi probatur fideiussorem agere posse contra principalem debitorem, ob solutam creditori pecuniã, si probauerit solutionem ex creditoris confessione, elapso scilicet triginta dierum spatio, quod datur ad excipiendum, vt in l. In contractib. C. de non num. pecu. *Secundò*, in l. D Pecunię. C. de solu. vbi pecuniæ solutæ professio rei gestę probationem continet, & idem probatur in l. Si ita stipulatus §. Chrysogonus de verb. oblig post lapsum tempus opponendi exceptionem, vt declarat Alexãder post alios quos citat in l. 1. § Si quis ita, nu. 34. ff. eod. tit.

Sed hoc fundamentum non est satis firmum, quia responderi potest, quod attinet ad primum, hęc esse dissimilia, tũ quia debitor principalis, cui cõfessio creditoris pìiudicat, nõ est tertius quidã, de cuius pìiudicio agatur, veluti sunt in hac qõne nostra creditores alij, quib. mariti confessio pìiudicare debet: tũ quia ratio est manifesta, cur debitori õiudicet confessio creditoris, quòd receperit sibi debitam quantitatẽ à fideiussore, nimirum illa, quia per illam confessionem commodũ sentit; ex ea enim probare potest creditori iam pecuniam esse solutam, qua solutione ipse proculdubio liberatus iam est, quare meritò à fideiussore conueniri potest actione mandati.

Alterum verò argumentũ nihil aliud probat, quàm ex confessione probari solutionẽ & numerationem: sed responderi potest, id locum habere quoad confitentem, nõ autem in alterius pręiudiciũ. Confessio enim præiudicat confitenti, non alijs; arg. l. Si quis post hac. C. de bonis dãnator. ibi. *Dos etiam, non quæ aliquoties inaniter dotalium instrumentorum tenore conscribitur, sed quam se corporaliter tradidisse docuerit, repræsentetur.* Quibus verbis apparet mariti confessionem dotis receptæ non pręiudicare fisco, sed probandam esse veram numerationem.

Hæc igitur sñia, quę mihi cæteris probabilior videt́, probatur hoc argumẽto: quia post lapsum tempus à lege constitutum ad opponendam non numeratę dotis exceptionem istam & querelam, opponi non potest nec à marito, nec ab eius hæredib. vt in l. vlt. C. de dote cau. non num. & in Nouella 100. siue in Auth. de tempo. nõ solutę pecunię super dote. Certũ est quoque, iuriq; & rationi cõsentaneũ, nõ posse dictã querelam proponi ab alijs, puta creditorib. vel tertijs possessoribus, quorũ interest, quia tempus est à lege constitutum ad eam opponendam, sine vllius personæ exceptione: nec iustum est, vt plus iuris concedatur extraneis quàm ipsi marito & eius hæredibus, quorum principaliter interest. Itaq; tempore elapso excluduntur omnes, quorũ interest, ab eiusmodi querela & exceptione proponenda dotis non numeratę.

Hoc ita posito res sic se habet. Creditores objiciunt, dotem numeratã nõ fuisse, consequenter dotem nõ esse dicendam, quia dotẽ numeratio nõ scriptura facit. l. 1. C. de dote cau non num. Respõdebit mulier, tẽpus elapsum esse quo ista exceptio nõ numeratę dotis proponi potest, ac proinde sibi actionem cõpetere aduersus maritum & eius hæredes, cum priuilegijs dotib concessis. Quod si ea res vergat in pręiudicium creditorum, istud in cõsequentiam fieri, & vt dici solet, per accidens, non principaliter. Posito.n. hoc iure mulieris aduersus maritũ, & eius hęredes pro dote recuperanda, cætera quæ sequuntur iura p̃lationis, ex legibus & constitutionibus prouenire, quas creditores euertere non possint. Sed iam reliquas Doctorum sententias expendamus.

Secunda est sñia Francisci Aretini in consi. 86. num. 4. vers. Aut maritus confitetur. Is iam proximè relatã sententiam amplectitur, sed cũ hac exceptione, nisi maritus qui cõstante matrimonio confessus est se dotem accepisse, simul renunciaret exceptioni non numeratę dotis, qa ex hoc p̃sumptio & coniectura oritur eam confessionem factam esse animo donandi, atque adeò in fraudem legũ & non valere, præsertim in pręiudicium aliorum.

Sed hæc exceptio iure non probatur, & eo nititur argumento quod suprà confutatum est à nobis cap. 84. nimirum ex renunciatione exceptionis non numeratę dotis argui simulationem, & donationem pręsumi.

Tertia est sñia, sic distinguens: aut Confessio facta est constante matrimonio, aut ante contractum matrimonium. Priore casu non pręiudicat creditoribus, etiã post lapsum tempus opponendi exceptionem non numeratę dotis, quia præsumitur facta animo donandi, atque adeò simulata, & in fraudem legis. Posteriori autem casu, quia suspicio ista locũ habet, præiudicat creditoribus: ita post alios multos Didacus Couuar. variar. resolut. lib. 1. cap 7. post nu. 6. vers. Quamobrem breui quadam vtar distinctione, & post eum Iacobus Menochius de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 13. nu. 14.

Sed quod attinet ad posterius mẽbrum, illud conuenit cum priori sententia quam secuti sumus. Prius autẽ membrum fragili nititur argumento, quoniam nec iure probatur, nec ratione defendi potest ea opinio, qua dicitur, confessionem dotis receptæ à marito factam constante matrimonio, præsumi factam animo donãdi: Hęc sententia à nobis superiùs est confutata cap. 80.

Quarta est sententia, eiusmodi confessionem dotis receptæ non pręiudicare creditoribus mariti, etiam si lapsa sint tempora opponendi exceptionẽ non numeratæ dotis. Ita Imola in l. Si ita stipulatus. §. Chrysogonus, n. 11.

ff. de

A ff de verb.oblig. Iaſ.in §.Fuerat.nu.75.de act. Felin. in c. Si cautio.nu.84. de fide instru. Ludou. Romanus ad l.1. nu.22. ff.ſol.matr. & ibid.Socinus,num.90. Alios citant Couuat.& Menochius locis proximè citatis.

Argumenta ſunt iſta. Primum ex Authent. Sed iam neceſſe.C.de donat.ante nupt.in illis verbis: *At ſi debitor ſit,ne fraudis erga creditores ſuſpicio ſubeſſe poſſit, omnino res immobiles incremento dotis proficiant. Si enim mulier immobilis ſubſtantię domina res mobiles in augmentum dederit, in hac parte dotis nullo vtetur aduerſus alios creditores priuilegio.*

Secundum ex l. Si quis poſt hac. C.de bonis damna.in illis verbis, quibus dicitur probandam eſſe dotis numerationem,ſi cum fiſco agatur. ibi. *Dos etiam non quæ aliquoties inaniter dotalium inſtrumentorum tenore conſcribitur, ſed quam ſe corporaliter tradidiſſe docuerit, repræſentetur.*

Tertium eſt ex l.pen.C.de non num.pecun.quatenus ibi dicitur creditoribus & alijs, quorum intereſt licere B exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere debitore principali *ſuperſedente*, ea vti nec ideo prohiberi, *quod principalis debitor ea nunquam vſus fuerit.*

Sed iſta nihil mouent. Quod attinet ad primum, ſenſus Nouellæ eſt, marito ære alieno obſtricto, non licere mulieri dotem augere, præterquam in rebus immobilibus, ne fraudis ſuſpicio ſit,ſi fortè augere eam velit in rebus mobilibus & in pecunia, vt ſcilicet creditoribus pręferatur, quia ſi liceret hoc facere, in promptu eſſet ratio fraudis committendæ aduerſus creditores, non ſolùm ſi maritus confiteretur accepiſſe quod non accepiſſet, ſed etiam ſimulatione adhibita circa fictam numerationem pecuniæ,quod facilè committi poſſe non ignorant ij, qui verſantur in foro, quæ ſuſpicio non habet locum in rebus immobilibus.

De hac facti ſpecie nos non loquimur, id eſt, de dotis augmento, in rebus mobilibus facto matrimonio conſtante, eo tempore quo talis fraudis ſuſpicio eſſe poteſt. C Sed de ipſa dote à principio cauta,quam maritus eſt confeſſus ſe accepiſſe, & quam numeratam non fuiſſe intra tempora legibus conſtituta, licebat marito excipere & cõqueri,necnon etiam creditoribus, quorum intererat, ſi vllam fraudis ſuſpicionem timebant.

Ad ſecundum reſpondeo,illam legem accipiendã eſſe cum iſta exceptione,niſi dotis receptæ confeſſio munita ſit tempore legibus conſtituto, ad querelam proponendam non numeratæ dotis: tunc enim ſicut mulieri actio competit aduerſus maritum, ita & aduerſus fiſcum, qui in locum eius ſucceſſit; quæ communis eſt expoſitio, vt poſt Bart. in d.l.Poſt hac nouiſſimè,docet Peregrinus de iuribus & priuilegijs fiſci, lib.5.tit.1.nu.82.

Ad tertium reſpõdeo, illam legem accipiendam eſſe, ſicut vltima verba indicant, ſi exceptio non numeratæ pecuniæ opponatur, *intra ſtatuta ſcilicet tempora:* licet.n. illa verba referantur ad principalem debitorem & fideiuſſorem eius, tamen indicant, etiam ab ipſis Creditori- D bus proponendam eſſe exceptionem intra legitima tempora: Nam hoc dicit lex, non nocere principali debitori & fideiuſſori eius, quod creditores victi fuerint,ſed poſſe illos poſtea,ſi conueniantur, intra ſtatuta ſcilicet tempora,ea ſe exceptione tueri. Conſequenter lex præſupponit, creditores exceptionem oppoſuiſſe intra legitima tempora,ſed victos fuiſſe.

Et certè, vt ſuprà dixi, id à iure longè alienum eſſet, magnaque hic oriretur iuris perturbatio, ſi liceret alijs quàm principali debitori exceptionem non numeratæ pecuniæ poſt legitima tempora opponere: quoniam, vt ſuprà indicaui, maiori fauore dignus eſt principalis debitor, & eius magis intereſt, imò eius gratia introductum eſt auxilium illud exceptionis non numeratæ pecuniæ. Quamobrẽ ſi ille excluditur, iuſtum eſt & cæteros, quorum in conſequentiam intereſſe poteſt, excludi.

CAPVT LXXXVII.

A *Si præcedat dotis promiſsio, deinde confeſſio dotis receptæ à marito fiat, an etiam creditoribus præiudicet, vt non poſſint exceptionem opponere dotis non numeratæ?*



TRes ſunt Doctorum ſniæ hac de re. Vna,eiuſmodi confeſſionẽ creditoribus quoque nocere. Altera non nocere,quin poſſint opponere exceptionem non numeratę dotis. Tertia,diſtinguendum eſſe circa tempus, quo confeſſio facta eſt. Nam ſi eo tempore ſit facta,quo maritus ære alieno maximè obſtrictus eſt, præſumitur eſſe facta in fraudẽ creditorum,& ideo creditoribus non obeſt;ſecus ſi eo tempore,quo facta eſt, non apparebat magnum æs alienum. Vide Paulum Caſtrenſ.in l.1.ff.ſol.matr. & ibidem Socinum ſeniorem,nu.95. & Baldum Nouellum,nu.213. & eundem in tract. de dote, par.10. num 18. Antonium B Gabrielium comm.concl.lib.3. tit.de iure dotium, concluſ.4.Menoch.de Præſumpt.lib.3.Præſumpt.13.nu.21.

Prioris ſniæ fundm̃ eſt, qm̃ certũ eſt exceptionẽ non numeratæ dotis nõ cõpetere marito, qm̃ poſt dotale inſtrm̃ ſecuritas expoſita eſt de dote ſoluta,vt docet tex. in l.In cõtractibus.§.Sed qm̃;verſ. *Illis etiam ſecuritatibus.* C.de non num pecun. Ergo nec competit creditoribus.

Secundæ opinionis fundamentum eſt,quia non videtur eſſe bona conſequentia, Confeſſio mariti nocet marito hoc in caſu, ergo nocet etiam creditoribus: quia l. In contractibus.§.Sed quoniam,non loquitur de creditoribus; ſed negat exceptionem dotis non numeratæ marito competere.

Tertiæ opinionis fundamentum eſt, quia vbi æs alienum apparet, ſuſpicio eſt fraudis,ne videlicet facta fuerit confeſſio in fraudem creditorum,iuxta Anthent. Sed iam neceſſe. C. de donat. ante nupt. quæ ſuſpicio ceſſat, ceſſante ære alieno mariti.

C Ego priorem ſententiam amplector. Cùm enim præceſſit inſtrumentum dotale, deinde ſequitur eiuſmodi confeſſio mariti,dos pręſumitur verè numerata,ideo lex marito non concedit exceptionem non numeratę dotis, vt in d.§.Sed quoniam.

Si marito non conceditur exceptio, igitur nec creditorib. quia maritus eſt principalis debitor dotis, & eius principaliter intereſt dotem numeratam eſſe; quare nõ debet eſſe deterioris cõditionis quàm creditores,ſed potius quodammodo melioris,aut ſaltem æqualis. Ergo nihil obſtat argumentum contrariæ opinionis. Licet enim l.In contractibus. §. Sed quoniam. non loquatur de creditoribus, tamen ea ratione excluduntur creditores ab exceptione,qua & maritus ipſe excluditur,cui illa magis principaliter competit.

Argm̃ autem quo nititur diſtinctio in primo membro ex Authen.ſed iam neceſſe,non frangit noſtram ſententiam,quia loquitur d.Authent. de augmento dotis,quod D certè in fraudem creditorum fieri,ære alieno apparente, ſi conſiſtat in rebus mobilibus, manifeſta eſt & euidens ſuſpicio: aliud eſt de dote dicendum à principio conſtituta in inſtrumento dotali, deinde marito chirographum exponẽte,vel aliam cautionẽ de ea ſoluta. Pręſumitur.n. verè ſoluta, nec tanta viget fraudis ſuſpicio, cùm illa, ſi quæ oritur,contraria præſumptione tollatur, quæ ex dotali inſtrumento præcedente proficiſcitur.

CAPVT LXXXVIII.

Ad l.Quoties.C.de donat. quæ ſub modo.



DIocletianus: Quoties donatio ita cõficitur,vt poſt tempus id quod datum eſt alij reſtituatur, veteris iuris authoritate reſcriptum eſt,ſi is in quem liberalitatis compendium conferebatur ſtipulatus non ſit, placiti fide non impleta ei, qui liberalitatis author

hærede donatoris libertas præstanda est, Ergo inuito donatore præstanda non est. Non hoc ibi dicitur, nec quæritur, neque potest ex verbis textus colligi.

Ad secundum argumentum ex l. 3. ff. de seruis exportan. & alijs similibus, quibus requiritur perseuerãtia voluntatis, respondeo, omissis aliorũ responsionibus, ideo requiri venditoris perseuerantiam, quia ipsius interest. Nam si quis vendiderit seruum ea lege, vt post certum tempus manumittatur, sine dubio tenetur in id, quod interest emptoris, tenetur, inquam, actione ex vendito, quia emptor cogitur seruo carere, quem emit & manumittit. Igitur venditor serui ne conueniatur actione ex vendito, mutare potest voluntatem, quo casu si emptor manumittat seruum, actio euanescit, vt inquit l. Quæsitum, ff. de seruis expor. Mutare, inquam, voluntatem potest, & pœnitere, vt seruus non manumittatur, ne ipse ad dandum eo nomine aliquid emptori condemnetur.

At in quæstione nobis proposita hæc ratio locum non habet. Nam si donet quis Titio quantitatem vel speciem ea lege, vt post certum tempus, vel incertum alteri tradatur, seu restituatur, iam exercuit liberalitatem in Titium, atque in alterum, cui postea restitui rem voluit, ipse nullam amplius iacturam subire potest, nullũ amplius vertitur ea in re ipsius præiudiciũ, iam enim donauit. Cur igitur mutare voluntatem possit, cùm sibi mutatio non possit, alteri verò noceat, cui consultum voluit? Nemo potest mutare volũtatem in alterius iniuriam, l. Nemo mutare de reg. iuris. Si conditionem illam mutaret, quæ in fauorem tertij adscripta erat, pœnitendo & reuocando pactum, quo rem donatam alteri post tempus aliquod dari conuenerat, non sibi ipsi donator commodum pararet, sed donatario: is enim rem donatam sine omni onere retineret. At in l. 3. ff. de seruis expor. venditor pœnitẽdo sibi prospicit, ne teneatur actione ex vendito in id quod emptoris interest, propterea quòd ex pacto cogatur seruum manumittere.

Tertium verò argumentum nihil prorsus ad rem facit, quia l. Aristo, ad rem non pertinet, vt cuilibet eã intuenti facilè est intelligere: Nec donatio contractus est, vt probatur satis luculenter in l. Interdictum, 14. ff. de precario, ibi: *Magis enim ad donationem & beneficij caussam, quàm ad negotij contracti spectat precarij conditio.* Non est hic contractus Innominatus, sed pactum donationi adiectum, vt alteri detur restituaturve quod donatum est, quod actionem parit, vt in d. l. Quoties. Non ergo hæc ad extraneas res ac longè diuersas, qualis hæc nostra est, reuocanda sunt: sed in suis sunt terminis exaudienda, ac suis regulis decidenda.

CAPVT XC.

Ad l. 1. C. de donatio. quæ sub modo, & c. Verum, de conditio. appos. de donatione in Ecclesiam collata sub modo, vel conditione.

Recte respondisse & iuri cõuenienter mihi videtur Ludouicus Romanus in cõsil. 284. si Ecclesiæ res donata sit ea lege, vt donatori alimenta suppeditet, & illa non impleuerit hanc conditionem, repetitionem donatori competere rei donatæ. Sic enim constitutum est in l. 1. C. de donatio. quæ sub modo Impp. Valerianus & Galienus: *Si doceas (vt affirmas) nepti tua ea lege donatum, vt certa tibi alimenta præberet, vendicationem etiam in hoc casu vtilem, eo, quòd legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes.*

At contra Didacus Couuar. post alios ab eo citatos lib. 1. variar. resol. cap. 14. num. 6. ex c. Verum, de A cond. appo. Alexander. 3. *Verùm cùm alicui Ecclesiæ possessio qualibet interposita conditione donatur, a donatore postea donum reuocari non potest, nisi fortè tali sit conditione collatum, quod ea cessante debeat reuocari.*

Nihil mouet hoc responsum, primùm, quia non cõtinet quicquam aduersus legem suprà dictam. Deinde, quia potius huic sententiæ suffragatur: *Nisi fortè tali sit conditione collatum,* inquit, *quod ea cessante debeat reuocari.* Atqui talis est conditio, de qua agitur, vt reuocetur donatio, nisi alimenta præstentur, vt statuit lex Cæsaris. Ergo donatio reuocari potest; quia lex Pontificia contrarium non decernit, quo casu ius Cæsareum obtinet, vt docet S. Pontifex in c. 1. & 2. de op. no. nunc.

At obijcitur prælatum non posse Ecclesiæ præiudicare. Respondeo, in istiusmodi lucris acquirendis contrariam sententiam magis obtinere, vt patet ex Rolã- B do à Valle in cons. 15. nu. 23. cũ multis sequẽtib. li. 1.

CAPVT XCI.

An per stipulationem Notarij contractibus adhibitam, acquiratur aliquod ius absenti ante ratihabitionem.

Frustra nunc disputabitur, an Notarij in contractibus stipulari alteri possint, quoniam in plerisq; ditionibus vsus iam obtinuit, vt stipulari possint, & alteri ius quærant absenti & ignoranti. Illud non frustrà ad examen reuocabitur, an per stipulationem Notarij quęratur ius absenti ante ratihabitionẽ. Fuit hæc olim controuersia diu agitata, nec dum finita est, alijs affirmantibus, alijs verò negantibus. Vide si plaustra cupis allegationum Anton. Gabrielium comm. C concl. tit. de verb. obligat. concl. 1. nu. 100. Cacheranũ decis. Pedemontana 31. Tiraquellum de iure constituti, parte 3. limitatione 30. nu. 10. cum multis seq. Hyppol. Riminaldum consi. 345. nu. 46. lib. 3. cæteros sciẽs prætereo.

Fundamentum eorum qui affirmant, ius ante ratihabitionem acquiri, quantum mihi diligenter vestiganti videre licuit, consistit in ijs tribus.

Primum, in legibus quibus fit mentio serui publici stipulantis impuberibus, & alijs, l. 2. 3. 4. ff. rem pupilli saluam fore. l. 1. §. Exigere. ff. de magistratib. conueniẽ. l. Non enim aliter. ff. de adoptio. l. 2. C. eod. tit. §. Cùm autẽ, Insti. ead. l. Cùm cognatos. C. de captiuis & postlim. reuersis. c. Quanquam. de vsuris. lib. 6.

Secundum est, quia Notarius est publica persona. Posse autem publicam personam alteri stipulari, puta iudicem seu magistratum, colligunt multi ex l. Eum pro quo. ff. de in ius vocan. melius probatur in d. l. 1. D §. Exigere, ff. de Magistratib. conuenien.

Tertium est, quia Notarium dicunt esse seruum publicum, ac proinde per eum acquiri sicut per seruos nostros. Constat autem per seruos nostros etiam ignorantibus nobis acquiri. §. Item vobis acquiritur, Insti. per quas personas nobis acquiritur. Ergo simili modo, & per Notarij stipulationem acquiritur.

Fundamentum autem negantium ius acquiri ante ratificationem positum esse video in l. Si hac mente 25. aliàs, si ego. ff. de nego. gest. vbi patet non acquiri ante ratificationem per alium, nempe procuratorem, vt patet ex illis verbis: *Potest tamen creditor etiam inuito me ratum habendo pecuniam suam facere.*

Animaduerti ego seruum publicum, cuius mentio fit in supradictis legibus, non alium fuisse, quàm seruum reipublicæ, de quibus seruis reipublicæ extat titul. C. de seruis reipub. manu. quod & Tiraquellus obseruauit adductis compluribus testimonijs loco superiùs annotato, numero 33. & de nobilitate, capit. 30. nume. 9.

Quia tamen serui publici olim erant tabularij, hoc est, vt nunc vulgò loquimur, Notarij, sicut patet ex dictis legibus (licet Arcadij & Honorij constitutione id fuerit postea emendatum, vt in l. Generali. C. de Tabularijs, ad quod alludit l. vlt. C. de seruis reipublicæ manumitten.) idcirco non omnino mala est cõparatio serui publici, cuius dictæ leges meminerunt, & notarij siue tabellionis: quantum ad hoc, vt per eũ cautiones & stipulationes interponantur & fiant, sicut olim per seruos publicos fiebat, & per personas publicas, sicut indicat etiam l.4. C. de arbitris.

In eo autem claudicat comparatio, quòd eiusmodi personæ publicæ, sicut nunc sunt Notarij, cùm serui amplius non sint, non rectè nunc seruis comparãtur, & multò minus seruis quos priuatim possidemus, vt quemadmodum per seruos nostros nobis ignorantibus & inuitis acquiritur, ita etiam nunc per Notarios nobis stipulantes acquiratur. Etenim seruus municipum non est singulorum seruus, sed reipublicæ, vt in l.1. §. Seruum, ff. de quæstio.

In iudicialibus itaque & prætorijs stipulationibus, de quibus leges superiùs adductæ loquuntur, non malè retinebimus notariorum & seruorum publicorũ, seu personarum publicarum comparationem, quod confirmari potest ex l. Orfanotrophos. C. de episcop. & Cler. ibi: *Publicas personas, id est, tabularijs*, secus autem in contractibus & cæteris negotijs, in quibus nullum habemus legis testimonium, si secundùm leges hæc quæstio dirimenda sit.

Quod si ex consuetudine id etiam amplius tribuamus nostris tabellionibus, vt passim in omnibus priuatis negotijs & contractibus stipulentur, & cautiones pro absentibus recipiant, non tamen video, quo pacto eis tribuere id etiam valeamus, vt absentibus acquirant ante ratificationem. Id iuri consentaneum non est, neque consuetudine munitum est. Abijciamus ergo eorum sentẽtiam qui affirmant, amplectamur eorum qui negant ante ratihabitionem quicquam iuris acquiri per istiusmodi tabellionum stipulationes.

CAPVT XCII.

De Saluiano interdicto controuersia, an competat extra caussam locationis & conductionis, sicut hypothecaria actio.

NOn committam, vt silentio prætercam duas de Saluiano interdicto controuersias, quarũ in foro maximus est vsus. Prima est, an cõpetat Saluianũ interdictum cuicũque creditori, extra caussã locationis & cõductionis, sicut hypothecaria actio. Altera, an præcedere debeat principalis debitoris excussio. Priorem hoc, posteriorem sequenti capite explicabo.

Tractat hanc quæstionem magnus Menochius in commentarijs de adipiscenda possess. remedio 3. in 3. quæstione, & refert duas extare tàm veterum quàm recentiorum sententias, autores simul laudans, quos huc transferre non est operæpretium. Vna est, eiusmodi interdictũ competere contra quemcunque debitorem. Altera, non concedi creditori extra caussam locationis & conductionis, nec contra alium debitorem, quàm ex causa locationis & conductionis.

Omnis difficultas posita est in rescripto Imperatoris Gordiani in l.1. C. de precario & Saluiano interdicto, cuius hæc sunt verba: *Si te non remittente pignus debitor tuus ea quæ tibi obnoxia sunt venundedit: integrum tibi ius est ea persequi, non interdicto Saluiano (Id enim tãtummodo aduersus conductorem debitoremve competit) sed Seruiana actione, vel quæ ad exemplum eius instituitur, vtilis aduersus emptorem exercenda est.*

A Quod ait lex *debitoremve* exponunt aliqui, id est, ex caussa conductionis. Alij verò accipiunt de quocũque debitore, inter quos Iacobus Cuiacius ad lib. 5. sententiarum Pauli tit. de interdictis, circa finem, & in paratitlia Codicis & Digestorũ eiusdem tituli de Saluiano interdicto.

Quæ sententia & expositio, & verbi proprietati consentanea est, & probabilior videtur, quia si Gordianus voluisset dicere hoc interdictum dari duntaxat contra debitorem ex caussa conductionis, dixisset, dari aduersus conductorem hæredesve eius, non autem *aduersus conductorem debitoremve*, quia his verbis omnis debitor continetur, non autem solus conductor, vel debitor ex conductione.

Illud etiam rectè monet idem Cuiacius lib. 5. Obseru. c.24. vtile Saluianum dari contra extraneũ possessorem. Et quidem contra possessorem rerũ conductoris, quæ locatori sunt obligatæ, res nullam habet B dubitationem, quia ita respondit Iulianus in l. 1. ff. eod. tit. dum dixit: *Si colonus ancillam in fundum pignoris nomine induxerit, vt eam vendiderit: quod apud emptorem ex ea natum est, eius apprehendendi gratia vtile interdictum reddi oportet.*

Sed an competat contra extraneum possessorem rerum debitoris alterius, extra caussam locationis & conductionis non ita exploratũ est. Putat tamen Cuiacius competere in paratitlis, vtile scilicet interdictũ Saluianum ad exemplum vtilis Seruianæ, cui magis est, vt assentiar, quia si datur hoc interdictum directũ aduersus quemlibet debitorem, ratio iuris postulat, vt & aduersus possessorem quemlibet pignoris, vtile concedatur: quemadmodum directum competit aduersus conductorem, l.1. C. eod. tit. vtile verò aduersus emptorem pignoris ipsius debitoris.

Rectè igitur & multi tradiderunt, & vsus forensis obtinuit, vtile interdictũ Saluianum in omnibus caC sibus competere, in quibus vtilis competit Seruiana, siue hypothecaria actio; quamuis alij multi repugnauerint, qui accipiunt illa verba rescripti Gordiani, *debitoremve*, pro debitore ex causa conductionis: quæ sanè expositio non satis congrua videtur.

CAPVT XCIII.

An excussio principalis debitoris præcedere debeat antequam Saluianum interdictum aduersus extraneum possessorem intendatur?

NOn esse necessariam excussionem principalis debitoris, vt Saluiano interdicto agi possit aduersus extraneum possessorem, responderunt Socinus sen. consil. 80. lib. 3. Crauetta consil. 201. Rolandus à Valle consil. 9. & cons. 14. lib. 1. Menochius de adipiscenda possess. remedio 3. D num. 179.

Fundamentum est, quia hoc interdictum possessorium est, Ergo non habet locum exceptio excussionis non factæ debitoris principalis, l. vlt. C. de acq. possess.

Contrarium responderunt Bertrandus consil. 213. lib. 4. & cons. 449. & 458. lib. 7. Calcaneus cons. 29. nu. 5. Bellonus cons. 34. nu. 9. Natta cons. 521. Franciscus Beclus cons. 88.

Fundamentum est in Nouella constitutione Iustiniani, quæ excussionẽ principalis debitoris requirit, antequã agatur contra extraneos possessores. Sic ait Iustinianus: *Sed neque ad res debitorum, quæ ab alijs detinentur, veniat prius, antequam transeat viam super personalibus cõtra mãdatores, & fideiussores, & spõsores, sitq; ad res veniẽs principalis debitoris, siue ab alio detineãtur, et detinẽtes eas cõueniens, si neq; inde habuerit satisfactionẽ, tunc veniat aduersus res fideiussorũ et mãdatorũ, et spõsorũ, &c.*

In Aothẽ. de fideiussorib.& mãdatorib. §. Sed neque.

Huic posteriori sententiæ acquiescendũ puto. Nec enim ad rem facit l.vlt.C.de acq.possess.hoc dicit: *Si ue seruus, siue procurator, vel colonus, vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere corporaliter uactã possessionem cuiuscũque rei dereliquerit, vel alij prodiderit de sidia forte, vel dolo, vt locus aperiatur alij eandem possessionem detinere: nihil penitus domino præiudicij generetur, sed & ipso si libera conditionis est, competentibus actionibus subiugetur: omni iactura ab eo restituenda domino rei, vel ei circa quem negligenter, vel dolo versatus est.*

Argumentum ex hac lege sumitur hoc modo, quia agenti ad recuperãdam possessionem ex remedio dictæ legis, non obstat exceptio, non factæ excussionis debitoris principalis.

Sed inter hæc & quæstionem nostram magna est dissimilitudo. Primò.l.vlt.loquitur de domino rei, & ait nihil ei præiudicij generari ex dolo vel negligentia aliorum & meritò; rem itaque suam vindicabit & possessionem recuperabit. At in quæstione nostra agitur de creditore, non de domino ipsius rei, vel possessore. Secondò, in quæstione nostra debitor est certæ quantitatis, cum quo negocium gestum est, & contractus initus, ex quo debitum est generatũ, meritò prius conueniendus est quàm extraneus possessor, qui non est obligatus, & ad quem bona fide, & iusto titulo res peruenit. At in l.vlt. nullus est debitor, cum quo contractus fuerit initus, immò is ad quẽ possessio iniustè peruenit, principaliter tenetur eam restituere domino: Is qui fuit in culpa vel dolo, tenetur in id quod interest. Tertiò, debitor rei pignoratæ dominium retinet, ac proinde eam in alium potest transferre, at in l. vlt. seruus vel colonus, vel procurator, vel alius quispiam dominum spoliauit sua possessione, nullum ipse in ea re ius habens.

Denique argumentum tam longinquum & remotum ab hac nostra facti specie, non videtur mihi tanti esse faciendum, vt à præclara & speciali constitutione recedamus, quæ hanc propositam quæstionem satis apertè decidit.

CAPVT XCIV.

Reductio ad arbitrium boni viri apud quem petenda.



ARbitriorum multa sunt genera. Vnum huiusmodi vt siue æquũ sit, siue iniquũ, parere debeamus, quod obseruatur cum ex compromisso ad arbitrium itum est. Alterum huiusmodi, vt ad boni viri arbitrium redigi debeat, arbitratorem Doctores appellãt, l.Societatem, §. Arbitrorum, ff. pro socio. Sunt & alij quos Magistratus è re nata litigatoribus constituunt, à quibus appellare licet, sicut à iudicibus, l. Arbitro, ff. qui satisd. cogãtur. Ab arbitris autem ex compromisso appellare non licet, l.1. C.de arbitris. Si tamen fordes vel eudẽs gratia eorum, qui arbitrati sunt, intercessit, aduersus agentem ex stipulatu ad pœnam exceptio doli mali comperit, l.3. C.eod. tit. *Per hanc autem exceptionem quadam appellandi species est, cùm liceat retractare de sententia arbitri*, inquit Paulus in l.Non distinguemus, §. Cùm quidam, ff. de receptis arbitris. Atque hinc nostri communiter distinxerunt arbitrũ ab arbitratore, à sententia arbitri negatunt peti posse reductionem ad arbitrium boni viri, quia ei standum sit, siue æqua siue iniqua sit, l. Diem proferre, §.Stari, ff.de recep. arb. A sententia verò arbitratoris peti reductionem docuerunt ex d.l.Societatem, §. Arbitrorum cum ll.seq. ff. pro socio, vt testatur Io. Imolensis in c.Quintauallis, nu.47.de iureiurando. Sed apud quem iudicem petenda sit reductio ad arbitrium boni viri, diligenter inquirendum est à sententia arbitratoris.

Variæ enim sunt Doctorum sententiæ. Vna, petẽdam esse apud iudicem superiorem ipsius arbitri, Angelus in l.Si suscepta, §.vlt.ff.de inoff.testam. Romanus consil.265. Io. And. in c. Statutum, §.Cùm autem, de rescript.in 6. Afflictus decis.51. Felyn. in c.1. col.5. de præscript. Parisius consil.45.num.11.lib.1.

Fundamentum est, quia reductio ad arbitrium boni viri similis est appellationi, d.l.Non distinguemus, §. Cùm quidam, ff. de recept. arb. Appellatio autem ad superiorem pronunciantis sententiam deferenda est, l. Præcipimus, C.de appellat.

Non est satis firmum, primò quia reductio ad arbitrium boni viri, non est per omnia similis appellationi, sed in eo duntaxat, quod sententia arbitri retractatur, vt in d. §. Cùm quidam, in alijs multis est dissimilis, vt dicebat Federicus Senensis consil.285.nu.2.

B Deinde, quia appellatio deuoluit quidem caussam ad superiorem iudicis qui pronunciauit, sed ille idem superior est iudex etiam litigatorum. Hæc autem sententia requirit tantùm, vt iudex reductionis sit superior arbitri. Ideo dicunt isti, si compromittatur in clericũ & laicum, & ab eorum sententia petatur reductio ad arbitrium boni viri, adeundum esse Episcopum, tanquam superiorem clerici, & consequenter ratio duntaxat habetur, vt iudex reductionis sit superior arbitri non litigatorum, quod est absurdum.

Secũda est sententia, iudicem competentem caussæ reductionis ad arbitrium boni viri eum esse, qui ordinarius iudex est illius, aduersus quem reductio ad arbitrium boni viri postulatur. Ita respondit Federicus Senensis in consil.285.quem refert & sequitur, Io. Imolensis in c. Quintauallis, nu.54. de iurein. Didacus Couuar.lib.2.variat.resol.cap.12.nu.2.

Fundamentum est in l.2.C.vbi & apud quem, &c.

C Diocletianus: *Quoniam ea quæ in transactione dari placuerat, te tradidisse proponis, consequens est, si de his repetendis per in integrum restitutionem, vel quamcunque aliã caussam putaueris agendum, eius te adire prouinciæ Præsidem, in qua domicilium habent, quos conuenis.*

Non est satis firmum, quia ratio diuersitatis est inter restitutionem in integrum aliamve caussam, per quam data repetuntur, & reductionem ad arbitrium boni viri. Petens per in integrum restitutionem quæ aduersario suo dedit, est actor, & iudicium instituit nunc primùm, ideo sequi debet forum rei quem conuenit, secundum vulgarem iuris regulam. At petens reductionem sententiæ arbitratoris ad arbitrium boni viri, non tunc primum litem instituit, sed caussam suam iam cœptam persequitur. Aut igitur actor fuit ab initio, cùm ad arbitrium itctur, aut reus. Si actor, sine dubio sequi debet forum rei, atque adeò reductionem petere apud iudicem ordina-

D rium rei: sin autem reus erat is qui petit reductionem, similiter reductionem petere apud suum ordinarium iudicem poterit: quia in caussa reductionis non desinit esse reus, & actor qui erat non desinit esse actor: quamobrem actor in cuius fauorem pronunciatum est, ab arbitro eum cõuenire debet apud suum iudicem, si nolit parere arbitri sententiæ, ipse verò contra excipere apud eundem poterit, vel etiam præuenire actorem, & reductionem apud suum ordinarium iudicem postulare.

Tertia est sententia, petendam esse reductionem apud ordinarium iudicem rei, apud quem aliàs actio fuisset instituta, & hunc esse iudicem competentem, ita Bartolus in d.l.Societatem, §. Arbitrorum, nu.18. ff. pro socio, & multi alij quos refert & sequitur Rolandus à Valle in consil.24.lib.4.

Et hanc sententiam multis præiudicijs in Camera Imperiali firmatam testatur Andrea Gcyll, lib.1. Ob-

Aaa 2 seru.

seru. 149. & in pleno consilio ita iudicatum fuisse anno 1542. testatur Mynsingerus centur. 2. obseru. 61. Sic & in Gallia ordinatione Regia hanc sententiam probari testis est Rebuffus de arbitris, art. 1. Gloss. 10. & in Senatu Pedemontano ita sæpè iudicatum fuisse scribit Anton. Tessaurus decis. Pedemontana 14. Itaque ab hac sententia, quasi iam consuetudine approbata, propter Cameræ Imperialis autoritatem, & aliorum insignium Tribunalium, non puto recedendum esse.

Adfertur pro hac sententia l. Cùm hi. §. Trãsactiones. ff. de Trãsact. & l. Si quis rem. 35. ff. de recept. arb. in vltimis verbis, ibi. *Lite apud iudicem suo ordine peragenda.* Magis vrget argumentum Bartoli, quia actor sequitur forum rei, Ergo reductio petenda est apud iudicem ipsius rei.

Non obstat si dicatur hoc habere locum, si actio petat reductionem, non si reus, quia respondetur etiam si reus reductionem petat idem statuendum esse. Nã cùm reus petit reductioné senteĩtia in fauorem actoris lata est: tunc ergo inter actorem & reum hæc est contentio, ac status caussæ. Actor dicit, arbitratoris sententiam iustam esse & exequendam, agens scilicet ex stipulatione proposita, vel contractu præambulo, impleto per sententiam arbitratoris, iuxta doctr. Bartoli in d. l. Societatem. §. Arbitrorum. nu. 15. ff. pro socio. reus contrà, iniquam esse contendit, & reducendam ad arbitrium boni viri. Huius rei definitio spectat ad iudicem ordinarium rei, quia actor sequi debet forum eius; Cognoscet igitur ordinarius iudex æquum an iniquum fuerit arbitrium; nec aliter illud ratum habebit, quàm si æquum fuerit. Præclarè enim Celsus. *Et fere ea mens est personam arbitrio substituentium, vt quia sperent eam rectè arbitraturam, id faciant, non quia vel immodicè obligari velint.* l. Si libertus 30. ff. de operis liberto.

CAPVT XCV.

Intra quod tempus sit petenda reductio ad arbitrium boni viri à sententia arbitratoris.

Controuersia quoque est de tempore, intra quod reductio petenda sit ad arbitrium boni viri à sententia arbitratoris. Et vt statim dicam, existimo intra decẽ dies petendam esse, autoritate l. pen. C. de arbitris. illis verbis: *Sin autem post sententiam minimè quidem subscripserint se arbitri formam amplecti, sed silentio eam roborauerint, & nõ intra decem dies proximos attestatio missa fuerit vel iudici, vel aduersario ab alterutra parte, per quam manifestum fiat, definitionem non esse amplectẽdam: tunc silentio partium sententiam roboratam esse,* &c. Atque ita docent Speculator tit. de arbitr. & arbitrato. §. Sequitur. nu. 24. Panorm. in c. Quintaual. nu. 16. de iureiu. Pract. Papiens. in forma libelli, quo agitur ad pœnã ex cõpromisso, in verbo *Reductio*. n. 2.

Communis sententia concedit annos 30. ad petendam reductionem, teste Decio in cons. 39. nu. 6. Engenio cons. 1. nu. 60. Andrea Geyll, lib. 1. Obseruat. 150. nu. 2. vbi dicit, Cameram Imperialem eã sequi solere.

Fundamentum est, quia hæc reductio vel est actio, vel exceptio ac defensio, vel ius aliud quodcunque, Ergo non tollitur minori spatio 30. annorum. l. Sicut. C. de præscript. 30. vel 40. annorum.

Ad l. pen. C. de arbitris respondent, eam loqui de arbitro, non autem de arbitratore.

Sed etsi magna sit autoritas communis sentẽtiæ, non tamen tanta esse debet, vt rationem vincat aut legem, quæ decem dies constituit, satis clarè & directè. nimirum, l. pen. C. de arbitr.

Quod autem dicitur tempus 30. annorum requiri

A ad tollendam actionem, defensionem, & ius alteri competens verum est, nisi minus tempus à lege sit constitutum. Nam & appellatio defensionis est species, & tamen intra decem dies proponenda est, Auth. Hodie. C. de Appellatio. Sic & reductio sine querela a sententia arbitri, vt in d. l. penult. C. de arbitris; quemadmodum & supplicatio, vt in Authen. quę supplicatio. C. de precib. Imperatori off.

Non obstat quod respondetur l. pen. C. de arbitris, loqui de arbitris, non autem de arbitratoribus: quia lex illa loquitur de arbitris electis, non ex cõpromisso, nec ex iudicis mandato, vel necessitate vlla, sed ex communi sententia & consensu partium, quorum etiam mẽtio fit in l. pen. C. de pactis, & in l. vlt. C. vbi & apud quem. Et isti sunt non autoribus iuris nostri, sed Doctoribus nostris arbitratores. Id probo ex traditis per Bartolum, & alios, in l. Societatem, §. Arbitriorum. ff. pro socio, vbi textus dicit, Arbitriorum
B duo sunt genera, *vnum huiusmodi, vt siue æquum sit siue iniquum, parere debeamus, quod obseruatur, cùm ex cõpromisso ad arbitrum itur. Alterum huiusmodi, vt ad boni viri arbitrium redigi debeat, si nominatim persona sit comprehensa cuius arbitratu fiat.* Priores dicuntur arbitri nostris Doctoribus, à quibus appellare non licet, nec reductionem petere. Posteriores dicũtur à nostris arbitratores. vnde Bartolus ibi sic scribit in principio: *Sententia arbitri omnino est parendum. Sententia vero arbitratoris, si sit iniqua, reducitur ad arbitrium boni viri.* At Iurisconsultus eos vocat arbitratores, & ij sunt arbitri de quibus loquitur l. pen. Non enim illa loquitur de arbitris ad quos ex compromisso itur, quorum sententiæ parendum est, siue æqua, siue iniqua sit, aut pœna soluenda. l. Diem proferre. §. Stari. ff. de recept. arbit. Non etiam loquitur de arbitris quos Magistratus eligunt, vel dant litigatoribus, à quorum sententia appellatur, sicut à sententijs iudicum. l. Arbitro. ff. qui
C satisd. cog. Loquitur ergo de arbitris communi sentẽtia electis, sine pœna, sine iudicis mandato, quorum sententia redigi debet ad arbitrium boni viri, si iniquitatem contineat, vt in d. §. Arbitriorum. & sequentibus legib⁹. Et ij Doctoribus nostris sunt arbitratores. Ergo d. l. penult. loquitur de arbitris, qui vocantur à nostris arbitratores. Et expressè statuit decem dierũ tempus ad reclamandum à sententia arbitri, vt iam dictum est. Consequenter expressè quæstionem à nobis propositam decidere videtur; nisi ego toto aberrem cęlo quod viri docti, vt spero, mihi indicabunt.

CAPVT XCVI.

Vtrum appellari possit à sententia iudicis reducentis laudum ad arbitrium boni viri.

D Insignis quoque controuersia est inter Bartolum & Baldũ, an à iudice, ad quẽ tanquam ad bonũ virum recurritur, vt arbitratoris sententiã (laudum vulgò dicitur) redigat ad æquitatem, appellare liceat. Negat Bartolus in l. 1. nume. 18. de legatis 2. Affirmat Baldus in l. 1. nu. 10. C. Ne liceat tertiò prouocare. A Bartolo stant Innocentius in c. Præsenti, de rescript. Abbas Panormitanus in c. Quintauallis. nu. 40. de iureiu. Io. Andr. in add. Speculatoris, tit. de Appellatio. §. In quibus. nu. 16. Salycetus in l. Et in maioribus. C. de appell. & in l. pen. quęst. pen. C. de arbitris. Cepola cõs. ciuili 16. Fulgol. cõs. 111. & 114. Lanfrancus de arbitris, quæst. 20. Socin. iun. cons. 15. lib. 5. Cardinalis cons. 140. Bologninus ad Ananiæ cõs. 51. Castrẽsis cõs. 121. nu. 8. lib. 2. Pract. Papiẽsis in forma libelli ad pœnam compromissi. §. Nec redactio. nu. 9.

A sentẽtia Baldi stãt Paul. Castr. Imola, & Alexãder

det in l. 1. de leg. 2. idem Imola in d. c. Quintauallis. nu. 36. & Anton. Butr. 24. differētia. Vitalis tract. Clausular. tit. de reductione ad arbitrium boni viri, cap. vltimo ad finem, Baptista de S. Blasio de arbitris, quæst. penult. colum. penult. Aretinus in c. Super ijs. nu. 47. de accusa. & ibidem Felynus nu. 13. Alex. consil. 106. nu. 7. lib. 3. Didac. Couuar. variat. resol. lib. 2. cap. 12. nu. 4. & 5. Andreas Geyll, lib. 1. obser. 149. nu. 4.

Fundamentum sententiæ Bartoli est, quia hoc non reperitur iure cautum, vt à iudice reductionis appellare liceat. Et ratio est, quia nō ad eum simpliciter recurritur vt iudicem, sed vt bonum virū, vt in l. Societatem. §. Arbitrorum. ff. pro socio cum ll. sequentib. Quamobrē videtur esse arbiter quidā, non iudex. A sentētia verò arbitri nō appellatur, l. 1. C. de arbitris.

Fundamentum sententiæ Baldi est, quia regulariter permissa est appellatio à sententia iudicis. l. Et in maioribus. C. de appellat. Et iste est iudex, nimirum reductionis. Ergo appellare licet.

Non obstat, quod dicitur ad iudicem reductionis recurri tanquam ad bonum virum, quia cùm quid arbitrio iudicis committitur, id censetur ei commissum, vt bono viro. l. Fideicommissa. §. Quāquam. de leg. 3. l. Si libertus, de operis libet. l. vir bonus. ff. iud. solui, l. Continuus. §. Cùm ita. de verb. oblig. & tamen constat ab eius sententia appellari posse, c. 1. de dilatio.

Mihi sententia Baldi magis probatur. Primò, quia iudex reductionis non est arbiter ex compromisso, à quo non licet appellare, sed iudicis officio fungitur. Ergo ab eius sententia appellare licet. l. Ex consensu. ff. de appell. vbi dicitur, à iudice dato ex consensu litigatorum citra compromissum prouocare licere. Secundò, quia ad eam tāquam ad bonum virum recurritur, vt reformet sententiam arbitratoris secundùm æquitatem & iustitiam. Ergo si inique pronunciauerit, & ipse quoque læserit alterum ex litigatoribus, nihil proponi video, cur non liceat ab eius sententia prouocare.

Tertiò, licet maxima sit inter Doctores controuersia, vtrum appellare liceat à iudice, cuius arbitrio res cōmittitur, quam latè tractat Menochius de arbitrarijs iud. quæst. 70. tamen in quæstione nostra non puto eam militare, quia caussa reductionis non est simpliciter commissa iudicis arbitrio, & multò minus libero eius arbitrio, in quibus duobus casibus controuersia illa locum habet, sed committitur iudicis arbitrio, tanquam boni viri. Dicimus enim, reductionem esse ad arbitrium boni viri, siue sententiam redigi ad arbitrium boni viri, vt loquitur l. Societatem. §. Arbitriorum. ff. pro socio. Ergo si non vt virum bonum decet, iudex pronunciauerit, appellare profectò licebit.

Quæ sententia confirmatur. Nam in iudicijs bonæ fidei iudex à Prætore datus arbiter dicebatur, quia æquitatem sequi poterat, & multa ex arbitrio suo decernere, vnde arbiter familiæ herciscundæ. Arbiter communi diuidundo, pro socio. Dotis recuperandæ & similes, l. 1. ff. de colla. do. l. 5. C. fam. hercis. l. 4. de ser. leg. l. 1. ff. de pactis dotalib. & latè explicat Brissonius lib. 1. de verbor. signif. in ver. Arbiter. Et tamē nemo dixerit ab eorum sententia appellare non posse.

Quid plura? nonne iudex boni & innocentis viri officio fungi debet. l. Cæteræ. §. 1. ff. fam. hercis. nonne dicimus: *Totam rem ad iudicem, id est, ad virum bonum* remitti. l. Continuus. §. Cùm ita, de verb. oblig. *Et arbitratu iudicis vtique quasi boni viri.* in l. Sed si vnius, 17. §. Prætor ait. ff. de iniurijs? Ergo non liceret appellare? At absurdum est hoc, iniquum, & contra omnes leges & constitutiones, quibus appellatio permissa est. Demus igitur & à iudice reductionis appellandi potestatem, si iniustè pronunciauerit, & arbitri laudum in peius reformauerit.

A

CAPVT XCVII.

Emphyteusi concessa alicui, & filijs suis, an veniant fœminæ.

FRequentioribus Doctorum suffragijs in hanc sententiam itum est, filiorum appellatione fœminas non contineri in emphyteusi concessa alicui, pro se, & filijs suis, vt fatetur Couuarruu. qui contrariā sententiam secutus est lib. 2. ca. 18. nu. 1. latè adductis autoritatibus, Roland à Valle, in cons. 93. lib. 2. Bursatus cons. 80. nu. 7. Clarus q. 32. Emphyteusis. Benintēdius deci. Bononiēsi 52. Hyppol. Riminald. cōs. 153. nu. 3. lib. 2. nouissimè Aurelius Corbulus de iure Emphyteutico. ca. 11. nu. 3. & seq. vbi multos alios citat.

Fundamentum est, quia in contractibus stricti iuris, qualis est Emphyteuticus, verba strictè sunt accipienda. l. Quicquid adstringendæ, de verbor. oblig. B Filiorum autem appellatio propriè fœminas non comprehendit, sed ex interpretatione & extēsione, l. Pronunciatio. l. Iusta, de verb. sig. l. Cùm in adoptiuis. §. Quæ in filio. de verb. sig. Præterea in stipulationib. & pactis verba ambigua interpretari debent contra stipulatorem, qui potest legem contractus apertius dicere. l. Veteribus. ff. de Pactis. l. Stipulatio ista. §. In stipulationibus. de verb. oblig.

Contrarium docuit Salycetus in l. 2. q. 17. de iure Emphyt. Decius ad l. 2. de reg. iuris in tract. quando masculinum concipiat fœmininum. nu. 9. Alciatus in l. 1. de verb. sign. Couuar. qui malè citat Iasonem pro eadem sententia, d. lib. 2. variar. resol. ca. 18. nu. 1. alios citat Antonius Gabrielius comun. concl. lib. 6. concl. 6. nu. 94. quibus adde Pinellum ad l. 3. nu. 33. C. de bonis mater. Menoch. cons. 111. nu. 57. & nu. 60. lib. 2.

Fundamentum est, primò in §. Emphyteusim, in C Auth. de non alienandis rebus Eccles. vbi dicitur expressè, Emphyteusin Ecclesiasticam transire tam ad masculos, quàm ad fœminas, ibi: *Filijs tantùm masculis, aut fœminis, aut nepotibus vtriusque naturæ.* Secundò, quia iusta interpretatio hæc est, vt filiorum appellatione filiæ contineantur, & id sæpe, & plerunque fit l. Iusta. l. Pronūciatio. de verb. sig. Immò sexus masculinus semper fœmininum continet, loquit Iulianus in l. Qui duos. de leg. 3.

Hæc posterior sententia, nisi aliud obstet, videtur mihi sanè probabilior, & iuri magis consentanea. Etsi enim in §. Emphyteusim, non decidatur quæstio nostra, sed tantùm hoc dicatur, Emphyteusim ad fœminas quoque transire (quod pro responsione à contrariæ sententiæ autoribus allatum scio) tamen ex eo possumus argumentum conficere huiusmodi. Contractus secūdum sui naturam & legis dispositionem confectus præsumitur.

D Sed hæc est natura huius contractus & legis dispositio, vt fœminæ succedant in Emphyteusi, sicut masculi. Ergo verba contrahentiū, tàm masculos, quàm fœminas comprehendunt.

Maior propositio probatur ex l. Quæro. §. Inter locatorem, ff. locati. ex l. Si stipulatus. ff. de vsuris, tradit Alciatus de præsumpt. reg. 3. Præsump. 32. nu. 1. latissimè probat Menochius de Præsump. lib. 3. Præsump. 38. & lib. 6. Præsumpt. 9.

Minor probatur ex §. Emphyteusim, & ex legib. quib. habetur filiorum appellatione filias contineri.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, negando verba in contractibus ita propriè & strictè accipienda esse, vt excludatur iusta interpretatio, & contrahentium menti conformis. Mens etenim contrahentium magis spectāda est, quàm verba, l. In conuentionibus, de verb. sig. l. Semper in stipulationib. de reg. iuris.

Ad secundum respondeo, verba dubia interpretanda esse contra stipulatorem, ita loquuntur leges in argumento allatæ. Sed hæc verba non sunt dubia, quia lex illa interpretatur, vt tã masculos quàm fœminas comprehendant. l. Iusta. l. Pronunciatio. de verb. sig.

Respondent diuersæ sententiæ autores, id non esse tam certum, filiorum scilicet appellatione filias cõtineri, vt nõ recipiat probationem contrariam: Nam in materia stricta nõ contineri filias, indicat l. 1. §. Sed si incertum sit, de ventre in possess. mittendo. Hæc est autem materia strictè accipienda, quia contractus est stricti iuris.

Non me frangit hæc responsio, quia etsi cõtractus Emphyteuticus stricti iuris sit, admittit tamen fœminas sicut masculos. Ergo contrahentiũ voluntas ea esse videt. quæ & leg. & naturæ contractus conueniat.

Nec iuris regula, qua masculinus sexus fœmininũ continet, ideo euertitur, quod si testator dixerit: *Si mihi filius vnus nascetur exheres esto*, non continetur filia: nam plerũque secus est l. Iusta. l. Pronunciatio. l. Qui duos. de leg. 3. Hic non agimus de tali exhæredatione, Ergo in regula versamur. Ergo res est clara nõ dubia. Non est bona collectio. Potest verbum illud aliquando trahi ad alium sensum, Ergo ambiguum est. Si hoc valeret, nihil esset certum, nihil clarum, omnia obscura, & ambigua. Nam quæ sunt verba tam perspicua, quæ secundùm materiam subiectam non aliter atque aliter accipienda sint? l. Si vnu. ff. locati. l. Insulam. ff. de præscript. verbis.

CAPVT XCVIII.

Emphyteusim non Ecclesiasticam, si quis stipuletur filijs suis, an etiam filijs naturalibus stipulatus videatur?

SED rursus controuersia est. Pater Emphyteusim filijs stipulatur, an etiam naturalibus filijs stipulari videatur, & sermo est de Emphyteusi priuatorum, non autem Ecclesiastica. Affirmant plurimi Doctores, adeò vt hæc sententia communior dicatur. Vide Ripam in l. Ex facto. §. Si quis rogatus. num. 58. ff. ad Trebell. Negant autem Decius in c. In præsentia. nu. 44. & seq. de probatio. & ibidem Berous, num. 325. Auctus Corbulus de iure Emphyt. cap. 12. num. 56. vers. Ampliatur, vt naturales.

Illustrissimus & Reuerendissimus Cardinalis Paleotus de nothis & spurijs cap. 30. nec hos nec illos sequitur, sed ita pronunciandum censet. Si quis sibi & filijs fuerit stipulatus, siquidem tunc naturales habebat, de his quoque actum uideri ex mente contrahentium, secus autem, si naturales postea suscepti sint.

Fundamentum prioris sententię est in d. l. Ex facto, §. Si quis rogatus. ff. ad Treb. vbi: *Si quis rogatus fuerit, si sine liberis decesserit, vt restituat hæreditatẽ, Papinianus scribit etiam naturalem filium efficere, vt deficiat conditio.*

Fundamentum posterioris sententiæ est, quia filiũ eum definimus, qui ex viro & vxore natus est. l. Filiũ. de his qui sui, vel alie. iuris sunt, Ergo naturalis non continetur, præsertim in stipulatione, in qua verba sunt strictè accipienda. l. Quicquid adstringendæ. de verb. oblig. & si dubia sunt, vt hoc in casu contra stipulatorẽ. l. Stipulatio ista. §. In stipulationib. de verb. obl.

Illustrissimi & Reuerendissimi Cardinalis sententia eo nititur fundamento, quod stipulatoris hæc fuisse voluntas & mens videatur, cùm filios naturales habet, vt ij in Emphyteusi ita quæsita succederẽt, quę voluntas in stipulationibus magis spectanda est, quã verba, l. In conuentionibus. de reg. iur.

Hæc sententia mihi quoque placet, eamque confirmo ex verbis Vlpiani in d. l. Ex facto. §. Si quis rogatus. sic dicentis: *Mihi autem quod ad naturales liberos attinet, voluntatis quæstio videbitur esse, de quibus liberis testator senserit, sed hoc ex dignitate, & ex voluntate, & conditione eius, qui fideicommisit accipiendum erit.*

Quibus verbis prior sententia refellitur: Etsi enim Papinianus scripserit, naturales filios efficere, vt conditio deficiat. Vlpiani tamen alia est sententia, hoc ex voluntate, &c. pendere. Vlpiani sententiam secutus est Imperator, dum eius responsum in Pandectis posuit, & consequenter approbauit.

Posterior autem sententia firmo satis & solido nititur fundamento, quam ego non refello, sed probo & amplector cum distinctione Illustrissimi & Reuerendissimi Cardinalis, loco annotato.

CAPVT XCIX.

Emphyteuta qui 30. vel 40. annis canonem non soluit, an præscriptionem allegare possit, ne in futurum soluere cogatur?

MAXIMA quoque controuersia est, vtrũ emphyteuta, qui annis 30. vel 40. canonẽ nõ soluit, nec à domino interpellatus ad soluendum fuit, libertatem præscribat nõ soluendi canonem temporis futuri; qua in re ne diu lectorem morer, pronunciandum sic existimo, nequaquam eum præscribere libertatem pro futuro tempore. Vtor in primis autoribus Accursio in l. Competit. C. de præscript. 30. vel 40. anno. Iasone in l. 2. num. 72. C. de iure Emphy. Guidone Papæ decis. 406. & alijs quos refert Anton. Tessaurus decisione Pedemon. 179. ac præterea Andr. Geyll, lib. 2. obser. 73. dum scribit, præscriptionem in annuis præstationibus locum nõ habere, idque multis præiudicijs in Camera confirmatum.

Vtor præterea autoritate l. Cùm notissimi. §. vlt. C. de præscript. 30. vel 40. anno. vbi Imperator: *In ijs etiam promissionibus, vel legatis, vel alijs obligationibus, quæ dationem per singulos annos vel menses, aut aliquod singulare tempus continent, temporum memoratarum præscriptionum non ab exordio talis obligationis, sed ab initio cuiusque anni, vel mensis, vel alterius singularis temporis computari manifestum est.*

His verbis indicauit Imperator & statuit, in annuis præstationibus tot esse præscriptiones, quot sunt anni: quare si Emphyteuta non soluit spatio annorum 30. vel 40. præscripsisse videtur præteritas pensiones, non autem futuras, quia noua pręscriptio est necessaria futurorũ annorum; & quidem in singulos annos, quod clarius etiam apparet ex l. Eos, C. de vsuris: licet enim ibi sit cõstitutum principali actione sublata præscriptione 30. annorum, nullam super vsuris quæstionem moueri posse, quia principali caussa non subsistente, nec ea quę sequuntur locum habent, l. Cùm principalis. de reg. iuris: Tamen illa lex satis indicat, in annuis præstationibus singulorum annorum præscriptionem requiri, in illis verbis: *Iubemus non posse super vsuris vel fructibus præteriti temporis aliquam moueri quæstionem, dicendo ex ijsdem temporibus eas velle sibi persolui, quæ non ad 30. vel 40. præteritos annos referuntur: ad ferendo singulis annis earum actiones nasci,* &c.

Contrarium docuit Barto. in d. l. Competit. C. de præscript. 30. vel 40. annor. & in l. Ius Emphyteut. in fi. C. de fundis patrimon. lib. 11. alios citat Corbulus de iure Emphyt. cap. 15. num. 31.

Fundamentum est in l. vlt. C. de fundis rei priuatæ lib. 11. Et quia omnis actio tollatur spatio 30. uel 40. annorum. l. Sicut. l. Omnes. C. de pręscript. 30. uel 40. annor. Et quia in annuis præstationibus agi possit, tã pro tempore præterito quàm pro futuro. l. 1. C. de fideicom. l. Libertos quos. §. 1. ff. de alimen. & cib. legatis.

tis. Ergo præſcriptio pro toto tempore currit, ſicut pro toto tempore agi poteſt. A

Ad l. Cùm notiſſi. §. ult. reſponderi poteſt, ex mente Bartoli tribus modis intelligi. Primò, in annuis præſtationibus præſcriptionem currere à die ceſſationis, pro illo anno, in quo ceſſatum eſt. Secundò, præſcriptionem omnium annorum currere ab eo tempore, quo ceſſatum eſt. Tertiò, in ſtipulatione annua hanc poſteriorem ſententiam ueram eſſe, quia annua ſtipulatio eſt una pro toto tempore, in legatis uerò locum habere priorem ſententiam, quia quot ſunt anni, tot ſunt legata.

Tertiam autem expoſitionem, quę Gloſſę & Ioannis fuit, eſſe ueriorem.

Sed ad hęc refellenda non magno labore opus eſt. In primis quod attinet ad l. ult. C. de fundis rei priuatę, illa non dicit penſionem annuam 40. annorum ſpatio præſcribi ab Emphyteuta, uel alio, ſed hoc dicit. Si quis emerit fundum rei priuatę Principis, ea lege, ut canonem ſoluere non teneatur, non poſſe ſe tueri pręſcriptione temporis, niſi 40. annorum. Nunquam iſte emptor ſuſcepit in ſe obligationem ſoluendi canonē, ſed eam recuſauit & noluit ſuſcipere. Conſequenter non pertinet ad rem noſtram, quia non ſtatim quęſtio eſt, an is qui ad annuam præſtationem canonis Emphyteutici obligatus eſt, poſſit præſcriptione temporis ſe tueri. Verba dictę ult. legis hęc ſunt, ne lectoris animus diſtrahatur: *Nemo dempto canone ad comparationem dominica poſſeſſionis accedat. Quod ſi quis in poſterum ad interdictum contractum acceſſerit, cum voluntas pretia perdere perpetuò, nec expenſarum vel meliorata res fructuum exactionem compenſationem opponere; nec temporis ſibimet contra noſtra commoda præſcriptione, excepto vetuſtatis auxilio blandiri.*

Ad l. Sicut. & l. Omnes. reſpondeo, nil obſtare, quia C nos quoque dicimus annuas pręſtationes præſcriptione 30. uel 40. annorum extingui; ſed ſingulorum annorum, quibus actio naſcitur, pręſcriptionem eontem plamur, & requirimus ex mandato legis, ut in d. l. Cù notiſſimi. §. ult. non autem totius temporis futuri ex unius anni, uel alterius penſionis præſcriptione ius metimur.

Non obſtat quod dicitur, agi poſſe pro toto tempore, Ergo & præſcriptionem currere pro toto tempore: quia negatur conſequentia. Agitur enim pro toto tempore, quia ualde abſurdum foret, ut quis pro ſingulis penſionibus peculiarem proceſſum inſtituere deberat. argu. l. Malè agitur. C. de præſcrip. 30. uel 40. annor. declarat optimè Andreas Geyll, lib. 1. obſeru. 74. Sed hęc res non immutat naturam obligationis; & multò minus legis ſanctionem circa ipſam annuæ obligationis præſcriptionem, tam apertè poſitam in d. D l. Cùm notiſſimi, §. ult. quam legem conſequentia illa, ſi ualeret, profectò deſtrueret. Sic enim inferr. Eſt una actio pro toto tempore; Ergo una præſcriptio pro toto tempore. At contra Imperator dicit, per ſingulos annos uel menſes tempora pręſcriptionum currere, non ab exordio obligationis, & in d. l. Eos. C. de uſuris. fatetur Imperator ſingulis annis *actiones naſci*, quā tum ad effectum præſcriptionis.

Porrò expoſitioni d. §. ult. l. Cùm notiſſimi. quam ſuprà tertio loco retuli, & probari dixi Gloſſę, Ioanni & Bartolo, obſtant primò uerba textus, quæ nēminò diſtinguit inter annuas obligationes & legata. Secundò, quod ad rem noſtram attinet, obſtant uerba illa, quibus apertè dicitur, præſcriptionum tempora currere per ſingulos annos uel menſes, non autē ab exordio obligationis. Quid eſt aliud hoc (bona pace doctiſſimorum uirorum) quàm exponere album pro nigro? Si una præſcriptio ſufficeret pro toto tempore futuro, non eſſent tempora præſcriptionis inchoanda ex ſingulis annis uel menſibus. Nulla erat ratio dubitandi in l. Eos. C. de uſuris, quin ſublata eſſet actio ad fructus & uſuras ſingulorum annorum, quia una præſcriptio pro toto tempore ſufficiebat. Erat tamen Imperator adſeri eam dubitandi rationem, quòd ſingulis annis *noua actio naſcitur*, quę proinde pręſcriptione eligenda ſit, quanquam alia ratione poſtea contrarium in ea ſpecie ſtatuat, quia ſcilicet perempta principali obligatione, ęquum eſt, & quę eam ſequuntur, perimi.

Aliter hanc rem explicauit Balbus de præſcript. 4. par. 4. partis principalis, quęſt. 8. quem ſecutus eſt Aurelius Corbulus de iure Emphyteutico, cap. 15. limit. 31. ubi diſtinguit. Aut Emphyteuta qui præſcriptionē iſtam allegat, eſt ille met, qui rem conduxit in Emphyteuſim, & dominum recognouit, & pręſcribere non poteſt, quia eſt in mala fide. c. vlt. de pręſcrip. Aut alius eſt extraneus, qui rem tenuit bona fide tanquam ſuā, & is pręſcribere poteſt directum dominium, ſeruata B diſtinctione, Auth. Malę fidei. C. de pręſcrip. longi tempo.

Non repugno huic ſententię; ſed hoc ipſe contendo, nec ſi ſit in bona fide Emphyteuta, prima hęres primi Emphyteotæ, uel aliam ob cauſſam, locum eſſe pręſcriptioni annuę pēſionis temporis ſumti. Et idem in omni alio poſſeſſore bonorum Emphyteuticorum ſtatuo, qui non ipſum directum dominium legitimè præſcripſerit; tunc enim & penſionem ſiue canonem in conſequentiam præſcribere uidetur. argum. l. Eos. C. de uſuris.

CAPVT C.

Debitor certæ rei, an liberetur eius interitu poſt moram, & primo agitur in obligatione deſcendente ex maleficijs.



Rauis cōtrouerſia eſt, & ſcitum adſerens multarum legum cognitionem, an debitor interitu rei poſt moram liberetur. Ordinis & lucis gratia, prius agam de debitore ſiue reo ex obligatione deſcendente ex maleficio. Deinde de eo, qui ex contractu uel quaſi, & ex alijs cauſſis obligatus eſt.

Quatuor adnotaueri Doctorum ſententias. Prima, Gloſſæ in l. 1. C. de his quę ui uel metus cauſſa geſta ſunt, diſtinguendum eſſe, an res eodem modo peritura eſſet apud actorem, uel non eſſet peritura. Priore caſu reum liberari, Poſteriore, nequaquam. Eam Glo. probarūt ibi Salycetus & Alexander, & eandem ſententiam habuerunt Fulgoſius, Aretinus & Decius in l. Quod re. nu. 50. ff. ſi cert. pet. & in eandem propendet Couuar. affirmans eam in foro conſcientiæ veriorem eſſe, ad reg. Peccatum. de reg. iuris, lib. 6. §. 6. in 2. parte.

Fūdamentum eſt in l. Si cum exceptione, 14. §. Sed & ſi non culpa, ff. de eo quod metus cauſſa. vbi ſic ſcribitur: *Sed & ſi non culpa eius cum quo agetur abeſit, ſi tamen peritura res non fuit, ſi metum non adhibuiſſet, tenebitur reus, ſicut in interdicto. Vnde vi, vel quod vi aut clam obſeruatur. Itaque interdum hominis mortui pretium recepit, qui eum venditurus fuit, ſi vim paſſus non eſſet.*

Secunda eſt opinio Cornei & Aretini in d. l. 1. C. de his quæ vi vel metus cauſſa geſta ſunt, & aliorum communiter, in l. Quod re. ubi Ripa, num. 28. ff. ſi cer. pet. in actionibus deſcendentibus ex maleficijs reum interitu rei non liberari, ſed actionem integram eſſe ſine diſtinctione, an res eſſet peritura, vel non.

Fundamentum eſt in d. l. 1. & in l. 1. §. Rectiſſimè. & in l. pen. ff. de vi & vi arm. in l. vlt. ff. de cond. furti. & l. Inter omnes, 47. ff. de furtis, & alijs ſimilibus, in quibus generaliter, & abſque vlla diſtinctione conſtitutum eſt, reum teneri licet res perierit.

Sed fragile eſt fundamentum hoc: Nam dictę leges non

non negant adhibendam esse distinctionem, an res peritura esset, licet nec affirment adhibendam esse. Tantùm enim hoc declarant, reum non liberari interitu rei, licet actor fuerit in mora petendi, & actionem instituendi. Idem scilicet reum nō liberari docet tex. in d. l. Si cum exceptione 14. §. Quatenus. vers. Sin autem homo, sed infrà in vers. Sed & si non culpa. distinctionem adhibendam esse indicat, an res peritura esset nec ne.

Tertia est sententia Bartoli in d. l. 1. C. de his quæ vi vel metus caussa, & in d. l. Quod te. si cert. pet. in obligationibus descendentibus ex delicto, non esse locum distinctioni huic: An res esset peritura, excepta actione, quod metus caussa, in qua locum esse probatur in d. §. Sed & si non culpa. Rationem hanc adfert, quia actio quod metus caussa damnum exigit. l. Sed & si pactus. §. 1. ff. eod. tit. Nullum autem damnum actor sentit, quando res erat peritura, etsi metus illatus nō fuisset.

Et quoniam huic sententiæ videbantur obstare verba dicti §. Sed & si non culpa. quibus dicitur, *tenebitur reus, sicut in interdicto. Vnde vi*, &c. Respondet Bartolus, hanc similitudinem non esse omnimodam, sed in hoc esse positam, quia tam in actione, *quod metus caussa*, quàm in interdicto, *Vnde vi*, reus tenetur, licet res perierit, quando non erat peritura apud actorem. Ad eum autem casum quo res erat peritura, penes actorem similitudo non pertinet, quia reus in actione quod metus caussa non tenetur: At in interdicto vnde vi tenetur. Itaque Bartolus concludit sic accipiendam esse hanc similitudinem, quemadmodum cùm dicitur in sacris literis: *Estote perfecti sicut pater vester qui in cœlis est.*

Sed ista nihil habent firmitatis. Primùm, quia textus in d. §. Sed & si non culpa, in hac ipsa re, de qua agitur, æquiparat actionem, *quod metus caussa*, interdicto, *Vnde vi*. Quamobrem verisimile non est, in hoc ipso diuersitatem esse. Esset autem maxima diuersitas secundum sententiam Bartoli.

Deinde quia nulla diuersitatis ratio adferri potest, inter actionem quod metus causa, & alias actiones ex maleficijs descendentes. Etenim in omnibus ijs actionibus ratio iustitiæ commutatiuæ locum habet, quæ hoc exigit; vt damnum quod iniuria tua passus sum, quodq; mihi abest, culpa tua, mihi restituatur. Si nullum damnum verè patior, & nihil mihi absit, consequenter nil restituendum uidetur.

Quartam sententiam ego colligo ex scriptis Iacobi Cuiacij in l. Si ex legati 23. de verb. oblig. & in d. l. Si cum exceptione. §. Quatenus. ff. de eo quod metus caula. Summa hæc est, has tres actiones, *de vi, de metu, de furto*, non recipere hanc distinctionem, an res peritura fuerit, re post mora perempta: Verùm re perempta ante moram, recipere. Post moram dicitur perempta, cùm post condemnationem & post tempora iudicati faciendi perempta est: Ante moram autem perēpta dicitur, cùm intra tempora iudicati faciendi perēpta est. Et tunc ait locum esse distinctioni, an res peritura fuerit, quia si non erat peritura, reus tenetur, secus si erat peritura, & ita accipiendum esse tex. in d. §. Sed & si non culpa.

Sed huic sententiæ obstat primò, quod reus ex ijs causis, quæ ex delicto descendunt, semper dicitur esse in mora Triphonino teste in l. vlt. ff. de condict. furt. & in l. pen. ff. de vi & vi arm. vbi dicit, plusquam frustratorem esse ex eo tempore, quo rem abstulit alienam.

Si reus omni tampore in mora esse dicitur, non video, quo pacto locum illa distinctio habere possit; *ante moram & post moram.*

Deinde obstat quod tex. in d. §. Sed & si non culpa. non pertinet ad eum casum quo res perijt, post con-

A demnationem: sed ad eum casum quo ante condemnationē perijt. Id patet ex ordine Iurisconsulti Vlpiani in d. l. Si cum exceptione. §. Quatenus: nam in prima parte loquitur de re perempta post condemnationem intra tempora iudicati, vsque ad illa verba: *Hæc post condemnationem*. Deinde loquitur de re perempta ante condemnationem: sic dicens: *Sin autem homo ante sententiam, sine dolo malo, & culpa mortuus fuerit, tenebitur.* Postea interiectis quibusdam, sequitur §. Sed etsi non culpa, vbi illam distinctionem indicat, an res fuerit peritura, quæ proculdubio ad eum casum pertinet, qui proximè relatus fuit, nimirum cùm homo mortuus est ante sententiam, sine condemnationem.

Quid ergo concludendum in proposito iuris articulo? Priorem sententiam quæ textus autoritate nititur, quæ rationem sequitur iustitiæ commutatiuæ, cæteris probabiliorem videri.

B

CAPVT CI.

Quid statuendum sit in alijs obligationibus, quæ non ex maleficijs descendunt, an debitor post moram re perempta simpliciter liberetur, an verò cum distinctione, an res fuerit peritura?



TRactaui hanc controuersiam lib. 2. controuersiarum, cap. 71. sed iuuat eam retractare nunc paulò magis accuratè: Et quæ hic dicam tanquam posteriora prioribus meis scriptis præferri volo, quanquam eis non repugnabunt.

Tres sunt præcipuæ Doctorum sententiæ. Vna & magis communis, distinguendum esse inter actiones reales & personales: In realibus recipiendam esse hāc distinctionem, an res peritura fuerit. In personalibus non esse recipiendam, Bartolus in l. Quod te. nu. 10.
C ff. si cert. petat. Ripa ibidem num. 28. Menochius de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 138. Robertus Aurelianus lib. 1. sentent. iuris, cap. 23.

Fundamentum est, quod attinet ad actiones reales, in l. Item. Si verberatū. §. vlt. ff. de rei vind. & in l. De eo. §. Si post. ff. ad Exhib. Quod verò attinet ad personales, in l. Si pecuniam. §. vlt. ff. de Cōd. causa data, in l. Si filiusfa. §. Si post diuortium. ff. sol. matr. in l. Apud Iulianum. §. j. aliàs incipit l. Cùm seruus. §. Fructus, in fine. de leg. 1. in l. Cùm filiusfa. in principio. & in §. vlt. de verb. obl. in l. Qui decem. ff. de solutio.

Addit Bartolus hanc rationem in actionibus personalibus, quia fur & morosus æquiparantur, l. Inter stipulantem, §. vlt. de verb. oblig. Sed in fure non admittitur hæc distinctio. l. 1. C. de his quæ vi uel metus cau. l. 1. §. Rectissimè. l. penult. ff. de ui & ui ar. l. ult. ff. de cond. fur. l. 2. C. eod. l. Subtracto. C. de fur. Ergo nec
D in debitore post moram admittenda est.

Addit etiam Robertus Aurelianus diuersitatis rationem inter actiones in rem, & in personā; quia personalibus actionibus non simpliciter rem petimus, sed personam obligatam, obstrictamq; persequimur: ideo re perēpta non minus subsistit obligatio, quia persona ipsa manet obligata. In realibus autē res simpliciter petitur. Ideo re fato perempta reus liberatur, si ea peritura fuerit; quia tantum actori reus præstare tenetur, quantum haberet, si litis contestatæ tempore res ei restituta fuisset.

Secunda est opinio Franc. Duareni, ad l. Si ex legati, 23. de uerb. oblig. tres casus distinguendos esse. Primus est, cùm certum & exploratum est, rem de qua agitur, eodem modo perituram fuisse, si reddita esset actori, ut puta seruus erat senio confectus, quem quia se daturum promiserat, & tunc debitor liberatur. l. Si plures. §. ult. ff. depo. l. Si is qui Stichum, 57. ff. de iure dot. l. Si à domino, 39. §. Si prædio. ff. de petit. hæred.

Secundus

Secundus casus est, quando constat rem perituram non fuisse si reddita fuisset; Perijt enim, uerbi gratia, seruus debitus ruina, uel naufragio, tunc non liberatur debitor, l. Cum exceptione, §. Quod si homo, ff. quod met. causa l. De eo. §. Si post, ad exhib. l. Item si uerberatum, §. Si seruus, ff. de rei uend.

Tertius casus est, cum dubium atque incertum est, an eadem modo res peritura fuerit, ut puta, quia seruus febri aliqua communi occubuit; & hoc casu contra frustratorem interpretamur, perinde ac si certum esset interituram non fuisse, l. Si ex legati 23. l. Nemo 82. ff. de uerb. oblig. l. Si in Asia. §. ult. ff. depos. l. Cum res, 49. ff. de legatis primò, l. 1. §. Remissiuè, l. Meritò, ff. de ui & ui ar.

Excipiendus est bonæ fidei possessor, quem constat absolui, si res naturaliter interierit secundum Pauli distinctionem, qua Proculianorum & Cassianorum opiniones conciliat in l. Illud. ff. de peti. hæred.

Tertia est sententia, tam actiones in rem, quàm in personam admittere hanc distinctionem, an res peritura fuerit, & hanc secutus sum lib. 2. Controuers. cap. 71. ex l. Si plures, §. 1. ff. depo. ex l. Si cum exceptione, §. Sed etsi non culpa, ff. quod metus cau. ex l. Item si uerberatum, §. ult. ff. de rei uend. ex l. Si uehenda. §. Si ea conditione, ff. ad leg. Rhod. de iactu.

Ego hac in re omnibus maturè consideratis ita respondendum ex Iurisconsultorum nostrorum responsis existimo. Aut uersamur in petitione hereditatis, & habemus claram decisionem Pauli in l. Illud, 43. ff. de petitio. hæred. his uerbis: *Quid enim, si post litem contestatam mancipia, vel iumenta aut pecora deperierint? Damnari debebit secundum verba orationis: quia potuit petitor restituta hæreditate ea distraxisse: & hoc iustum esse in specialibus petitionibus. Proculo placet: Cassius contra sensit: In prædonis persona Proculus rectè existimat: In bona fides possessoribus Cassius: Nec enim debet possessor aut mortalitatem præstare, aut propter metum huius periculi temerè indefensum ius suum relinquere.*

Ex hoc responso Pauli habemus duo. Primùm, bonæ fidei possessorem liberari in iudicio illo petitionis hæreditatis, ob naturalem rei interitum. Secundò, prędonem, hoc est, possessorem malæ fidei, non liberari.

Secundò, aut uersamur in rei uendicatione, & in ea quid statuendum sit, Vlpiani responsum habemus in l. Item si uerberatum, §. ult. ff. de rei uend. dum ait: *Sed est verius, si fortè distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere præstari. Nam si ei restituisset, distraxisset, & precium lucratus esset.* Et suprà dixerat: *Si seruus petitus, vel aliud animal demortuum sit sine dolo & culpa possessoris, precium non esse præstandum plerique aiunt.*

Hoc responso palam est, possessorem liberari ob interitum rei, nisi rem distracturus petitor fuisset.

Tertiò, aut loquimur de actione depositi, & eandem distinctionem locum sibi uendicare testimonium habemus Caij in l. Si plures 14. §. 1. ff. depo. ita scribentis: *Sine autem cum ipso apud quem res deposita est, actum fuerit, siue cum herede eius, & sua natura res ante rem iudicatam interciderit. (Veluti homo mortuus fuerit) Sabinus & Cassius absolui debere eum, cum quo actum est dixerunt; quia æquum sit naturalem interitum ad actorem pertinere: utique cùm interitura esset ea res, & si restituta esset actori.*

Quartò, aut loquimur de actione ex testamento, & quid statuendum sit indicat Vlpianus in l. Cùm res 49. §. ult. de leg. 1. sic dicens: *Item si fundus Chasmate perierit. Labeo ait, utique æstimationem non deberi, quod ita uerum est, si non post moram factam id euenerit. Potuit enim eum acceptum legatarius vendere.*

Quintò, aut loquimur de alijs contractibus, & obligationibus, & obseruandum est, multa ac varia esse Iurisconsultorum responsa, quæ decernunt simpliciter, & nulla distinctionis huius mentione facta, reum

A post moram non liberari re perempta, ut l. Quod re. ff. si cert. pet. l. 8. ff. de re iud. l. Si ex legati 23. & l. Nemo 82. §. 1. & l. Cùm filiusfamil. de uerb. oblig. l. Electio. §. Si is quem. ff. de noxalibus act. l. Si in Asia 12. §. ult. ff. depo. l. Cùm seruus, §. Fructus, de leg. 1. & quædam aliæ quæ nunc non occurrunt.

His legibus non negatur distinguendum esse, an res peritura fuerit apud actorem: sed tantum hoc continetur, actorem rei interitu post moram nō liberari; quod uerissimum & extra omnem controuersiam est.

Ergo non potest ex dictis legibus inferri aut colligi repudiandam esse hanc distinctionem: quia dictæ leges illam non respuunt.

Difficultas ergo est an & dictæ leges accipiēdę sint, cum hac distinctione, quæ ex alijs legibus colligitur: & nihil proponi uideo, cur non debeant admittere eādem distinctionem, quia leges priores ad posterio-

B res trahi debent, & contra posteriores ad priores, l. Non est nouum, cum duabus legibus sequentibus, ff. de legibus.

1 Quare sententiam postremo loco relatam, quam & alias amplexus sum, nunc quoque amplector, nimirum tam in actionibus, in rem quàm in personam admittendam esse hanc distinctionem, an res peritura fuerit: quàm sententiam secutus est etiam Cuiacius in d. l. Si ex legati caussa 23. de uerb. oblig. Itaque si res non fuisset peritura, quia petitor eam distraxisset, reus non liberabitur interitu rei; si uerò non distraxisset, & ideo peritura fuisset. etsi reddita fuisset actori, liberabitur. atque accipio suprà dictas leges, & totā hanc materiam & disputationem.

Et hanc sententiam nunc confirmo, quia siue de in rem actionibus agatur, siue in personam, ita iure constitutum est, ut actori tantùm debeatur, quantum ha-

C biturus esset, si post litem contestatam res soluta uel restituta fuisset, l. Cùm fundus, 31. ff si certum peta. l. Et ex diuerso, §. 1. in fi. l. Si hominem, ff. de rei uend. Sed nihil petitor habuisset, si res peritura fuisset; & non potuisset eam distrahere: Contra, si potuisset eā distrahere, precium lucraturus esset. Ergo priore casu reus liberatur. Posteriore casu non liberatur.

Ad argumenta Bartoli & aliorum, quibus probare conantur in actionibus personalibus non esse admittendam hanc distinctionem; respondeo, quod attinet ad l. Si pecuniam, §. ult. ff. de cond. cau. data, hanc distinctionem ibi non reijci, in debitore post moram, quantum ad hunc effectum, ut rem præstare teneatur, sed quoad alium effectum, nempe ut restituat id quod accepit ea lege, ut seruum manumitteret; qui post moram eius mortuus est. Nam iure per eum factum sit, ut seruus non manumitteretur, lucrari non

D debet, quod ob eam caussam accepit. Verba text. hæc sunt: *Sed ubi accepit, ut manumitteret; Deinde seruus decesserit: Siquidem moram fecit manumissioni: consequens est, ut dicamus refundere eum debere, quod accepit.*

Ad l. Si filiofam. §. Si post diuortium, ff. sol. matrim. respondeo, ad rem non pertinere, uerba hæc sunt: *Si post diuortium res dotales deteriores factæ sint, & vir in reddenda dote moram fecerit, omnimodo detrimentum ipse præstabit.*

Hic non agitur de naturali rei interitu, nec reijcitur distinctio nostra, an res esset peritura.

Ad l. Cùm seruus, §. Fructus, de leg. 1. respondeo, non excludere hanc distinctionem, uerba hæc sunt: *Ipsius quoque rei interitum post moram dabit, sicut & in stipulatione, si post moram res interierit, æstimatio eius præstatur.*

Eadem responsio accommodatur ad l. Cùm filiusfam. 49. de uerb. oblig. Ait lex. *Si pater in mora fuit, non tenebitur filius, sed actio in patrem danda erit,* &c. Nulla mentio huius distinctionis est, quæ eam adstruat, uel destituat.

Quod

Quod attinet ad argumentum illud, fur & morosus æquiparantur; Ergo in debitore morofo non est adhibenda distinctio, quia in fure non adhibetur, id negatur. Nam & in fure adhibendam esse probatur ex iis, quæ dicta sunt capite præcedenti.

Huc accedit illam æquiparationem furis, & debitoris morosi, non esse perpetuam neque generalem, sed pertinere ad hunc casum tantùm, quo res periit, nam sicut fur non liberatur interitu rei, ita nec debitur qui est in mora: Ita loquitur tex. in d.l. Inter stipulantem, §. pen. de verb. obl. quod nos non negamus, sed id fatemur verum esse cum distinctione, an res peritura fuerit.

Ad rationem Roberti respondeo; etsi persona obligata sit, æquitatis tamen rationem hoc exigere; ut re petepta, quæ utique peritura fuisset: etsi restituta fuisset, debitor liberetur, vt in l. Si plures, §. vlt. ff. de pos. Et ratio illa, quam in actionibus realibus ipse considerat, scilicet sufficere, vt actor tantùm consequatur, quantum esset habiturus, si litis contestatæ tempore res restituta fuisset, æquè militat in actionibus personalibus, in quibus idem iuris esse indicat l. Cùm fundus, ff. si cert. peta. Quod verò dicebat in actionibus personalibus nos non rem petere, cõfutari potest ex §. Rei persequendæ, Instit. de actio. ubi Imperator: *Earum verò actionum quæ in personam sunt, ea quidem quæ ex contractu nascuntur, ferè omnes rei persequendæ gratia comparata videntur.* Ratio est, quia cõtra personam agimus, in ordine ad rem, id est, ut rem nobis debitam consequamur.

Vnus restare uidetur scrupulus contra hanc sententiam nostram ex l. de eo, §. Si post iudiciũ, ff. ad exhib. in illis uerbis: *Tantò magis si apparebit, eo casu moriturũ esse; qui non incidisset, si bona exhibitus fuisset*: quia dicto, *Tantò magis*, indicare videtur idem esse, si appareat eodem modo rem perituram fuisse.

Sed eo nos liberauit Bellonus, lib. 4. Supputationũ, cap. 8. perpendens alia verba dicti, §. *Tamen interdum tanti damnandus est, quanti actoris interfuit per eum non esse effectum, quò minus tunc cùm iudicium acciperet, homo exhiberetur.* Sensus est, aliquando debitorem condemnari, & quando condemnatur; tantò magis procedere condemnationem, si appareat eo casu mortuum esse, qui non incidisset, si tunc exhibitus fuisset.

Quid autem sit dicendum, id est, an cõdemnandus sit reus, si seruus moriturus fuisset, licet exhibitus fuisset; non decidit ibi Iurisconsultus: sed decidenda hæc quæstio est ex l. Item si uerberatũ, §. ult. ff. de rei uend. nimirum hoc in casu reum liberari, nisi petitor cum distracturus fuisset.

CAPVT CII.

Iuramentum metu extortum an obliget?



Quatuor hac de re Doctorum sententias animaduerti, quas ubi fideliter retulero, tum quid ipse sentiam paucis indicabo.

Prima, est iuramentum metu extortum nullius esse momenti, reddere actum super quo interponitur nullum, & à tali iuramento nõ esse absolutionem necessariam, Thomas Grammaticus, consi. 91. nu. 4. Cornæus consi. 11. col. 6. lib. 3. Gratus responso 71. lib. 1.

Fundamentum est primò in Auth. Sacramenta puberum, C. si aduersus uend. ubi Imperator Fridericus ait: *Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis inuiolabiliter custodiatur. Per vim autem, vel per iustum metum extorta etiam à maioribus (maximè ne querimoniam maleficiorum commissorum faciant) nullius esse momenti iubemus.* Secundò, quia tale iuramentum metu extortum proculdubio est cõ-

A tra bonos mores, Ergo non est obligatorium, c. Non est obligatorium, de reg. iur. libro 6. Tertiò, quia dicit S. Pontifex in c. Cùm contingat, de iureiur. & in cap. Quamuis de pactis, lib. 6. seruãda esse iuramenta, quæ nec vi nec dolo extorta sunt, neque uergunt in dispẽdium salutis æternæ, aut in alterius præiudicium, Ergo iuramenta ui extorta (à contrario sensu) seruare nemo cogendus erit.

Secunda est opinio, quæ uersatur in altero extremo, iuramentum etiam metu extortum obligare donec absolutio fuerit impetrata. Hanc esse communẽ Doctorum sententiam testimonijs allatis Couarruu. in Epitome de sponsalibus, parte 2. cap. 3. §. 5. nu. 2. & Seraphinus Seoensis de Priuilegijs iuramenti, Priuilegio 110.

Fundamentum est in c. Si uerò, & in c. Verùm, de iureiur. ubi S. Pontifex respondit, loquens de iuramento ui extorto, & per metum grauissimum, *non esse tutũ*

B *quemlibet cõtra iuramentum suum venire, nisi tale sit quod seruatum vergat in interitum salutis æternæ.* Et postea subdit, S. Pontifices solitos esse absoluere à tali iuramento: Ex quibus infertur tale iuramentum obligare, quia si non obligaret, absolutione opus non esset.

Ad argumenta prioris sententiæ respondent, illa sic esse accipienda, ut probent, iuramentum effectu non obligare, si per uim uel metum fuerit extortum, quia scilicet iurans à tali iuramento absoluendus est, sed antequam absoluatur, tenetur iuramẽtũ seruare.

Tertia est sententia, quasi media, distinguendum esse inter contractus à legibus reprobatos, & alios cõtractus qui ualent, & legibus approbati sunt. Si iuramentum per uim & metum fuerit extortum in contractibus, qui legibus sunt reprobati, nullius momenti esse, nec iurantem eo obstringi, & ita accipiendum

C esse S. Pontificis rescriptum in c. Cùm contingat, de iureiu. & in cap. Quamuis, de pactis, lib. 6. & Imperatoris Frid. constitutionem in d. Authent. Sacramenta puberum, quia loquuntur de contractib. reprobatis, ut ex eis patet. Si uerò extortũ ui metu ve iuramentum fuerit in contractib. ualidis & approbatis, tunc iurantem obstringi, & absolutionem necessariam esse, & ita accipiendum c. Verum, &c. Si uerò, de iureiur. ita Panorm. in c. Cùm contingat, de iureiur. & ibi. Alciatus in 3. lect. nec non Felynus in cap. 2. de iureiur. & multi alij quos commemorat Seraphinus d. Priuilegio 110. num. 7. 8. & seqq.

Quarta & postrema sententia est eadem quidem cum secunda superiùs relata, sed meliùs ac dilucidius rem enarrans, distinguendum esse inter forum internum, scilicet conscientiæ, & forum externum, in quo nos uersamur sub Magistratus Imperio & Iurisdictione. Iuramentum metu & ui extortum obligare in foro conscientiæ, at in foro externo non obligare, ita S.

D Thomas & Caietanus 2.2. q. 89. art. 7. Reuerend. Pater Gregorius de Valentia, *nostrum decus*, in 3. tomo, disput. 6. q. 7. puncto 4.

Et hæc mihi uerissima uidetur, tum quia iuri & rationi consentanea est, tum quia per eam conciliantur omnia iura, quæ prima fronte inuicem pugnare videntur, necnon & Doctorum discrepantes sententiæ.

Præclarè enim D. Thomas: *In iuramento*, inquit, *quod quis coactus fecit, duplex est obligatio, vna quidem qua obligatur homini, cui aliquid promittit: & talis obligatio tollitur per coactionem, quia ille qui vim intulit hoc meretur, vt ei promissum non seruetur. Alia autem est obligatio qua quis Deo obligatur, vt impleat quod per nomen eius promisit, & talis obligatio non tollitur in foro conscientiæ, quia magis debet temporale damnum sustinere, quam iuramentum violare*, &c.

Hinc iura, ut dixi, conciliantur. Nam S. Pontifex, in c. Verùm, & in c. Si uerò, de iureiu. apertè loquitur de

de obligationa iuramenti quoad Deum, ut patet ex illis verbis: *Tutum non est quemlibet contra iuramentum suum venire*. Et rursus: *Ne autores periurij uideamur*, &c. Et rursua ibi: *Non eis ita expresse dicatur, vt iuramenta non seruent, sed si ea non attenderint, non ob hoc sunt tanquam pro mortali crimine puniendi.*

Quod autem Fridericus Imperator statuit in dicta Auth. Sacramenta puberum, & quod S. Pontifex respondit in d.c. Cùm contingat. & d.c. Quamuis, iuramenta vi extorta non obligare, & nullius esse momenti, ad forum externum rectè applicari potest, quia iurans habet exceptionem iustam, qua se defendat ex hoc edicto, *quod in aut metus caussa*, ne promissa seruare teneatur, l.1. toto tit. ff. de eo quod met. cau.

Denique concilantur discrepantes Doctorum sententiæ. Nam prima, quæ negat iurantem obligari, accipienda erit in foro externo. Secunda, quæ affirmat obligari, accipienda erit cum hac distinctione, scilicet quoad Deum & forum conscientiæ, non autem quoad forum externum. Tertia denique distinguens inter contractus approbatos & reprobatos, non incommodè hanc distinctionem inter forum internum & externum admittet.

CAPVT CIII.

Vtrum Ecclesia in integrum restituatur aduersus præscriptionem 40. annorum.

IN controuersia positum est, an Ecclesia in integrum restitutionem petere aduersus 40. annorum præscriptionem possit. Et multis placuit non posse, quos refert & sequitur Socinus senior in consi. 166, num. 23. lib. 2.

Fundamentum est, quia nullus ex toto Iure Canonico vel ciuili locus extat, vbi probetur huiusmodi restitutionem Ecclesiæ competere: sed contrà multa iuris loca proferri possunt, quibus constitutum, & diserte cautum est, quadraginta annorum præscriptionem Ecclesiæ nocere, c. De quarta, c. Vigilanti, c. Quia indicante, de præscript. & alibi, quod & Iustinianus constituit Nouella 111. siue in Auth. Hæc constitutio innouat. constit. &c.

Huc accedit, quia nunquam præscriptio noceret Ecclesiç, nam semper in integrum restitueretur, quod videtur esse absurdum. In minore autem absurdũ non est, vt restituatur, quoniam aliquando maior fit, & post lapsum quadriennij excluditur, l. vlt. C. de tempor. in integr. restit. Denique præscriptio longiss. temporis planissimam securitatem parit, l. omnes, C. de præscript. 30. ann. ergò restitui aduersus eam nemo potest.

D Sed contraria sententia & communior est, & probabilior. Communiorem esse palam est, ex ijs, quæ tradit doctissimus Sfortia Oddus de restit. in integrum, parte 2. quæst. 89. art. 3. Veriorem autem esse constat: Nam fundamentum eius est, quia Ecclesia vtitur iure minoris, cap. 1. de in integ. restit. Minorem autem restitui aduersus præscriptionem 30. vel 40. annorum, hoc argumento demonstrari potest. Minor olim restituebatur aduersus præscriptionem longi temporis, l. Vnica, C. si aduersus vsucap. Imperator autem Iustinianus statuit eã non currere, in l. vlt. C. in quib. caus. in integr. rest. non est necessar. Idem statuit longissimi temporis præscriptionem minoribus nocere, l. Sicut, C. de præscript. 30. vel 40. annor. Ergò aduersus præscriptionem longissimi temporis competit minoribus in integrum restitutio. Probatur: quia eadem est ratio, quæ in præscriptione longi temporis. Aduersus eam minor restituebatur, quia læsus erat ex imprudentia & lubrico ætatis. Eadem ratio est in præscriptione

A longissimi temporis, vt similiter minori succurratur per ætatis lubricum & imprudentiam læso.

Confirmari potest hæc sententia ex Clem. 1. de in integ. restit. vbi S. Pontifex scribit. *Ab Ecclesia aduersus lapsum temporis, in quo se læsam affirmat, restitutio peti potest.*

Item ex eo, quod datur restitutio in integrum Ecclesiæ, aduersus contractus gestos, ex quibus læsa est, cap. 1. eodem tit. ergo nulla est ratio, cur non detur & aduersus præscriptionem temporis, quia magis nocere debet contractus spontè initus, quàm tẽporis lapsus absque vllo consensu Ecclesiç.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, licet iure constitutum expresse non sit, Ecclesiam restituendam aduersus præscriptionem istam tacitè tamen constitutum dici potest, cùm iuris vtriusque rationibus consentaneum sit.

Ad secundum, nego Ecclesiæ præscriptionem nun-
B quam nocituram? Nam intra quadriennium in integrum restitutio peti debet, cap. 1. de in integ. restit. lib. 6. quare quadriennio elapso non auditur.

Ad tertium respondeo, quadraginta annorum præscriptionem plenissimam securitatem parere; quia nocet ipso iure: nisi restitutio in integrum detur. Non potest inde colligi restitutionem non esse concedendam, nam sic nemini, & nullo vnquam casu esset concedenda, si plenissima securitas sic accipienda esset, vt in integrum restitutionem excluderet; quod absurdum est.

CAPVT CIV.

Vtrum minor 25. annis aduersus contumaciam restitutus expensas restituere aduersario teneatur?

MInor etiam si quasi contumax condemna-
C tus sit, in integrum restitutionis auxiliũ implorabit, inquit Hermogenianus, in l. 9. ff. de minorib. Sed an sumptus aduersario refundere teneatur, iuxta l. Sancimus, C. de iudicijs, non est eadem omnium sententia; Nam Bart. in l. si finita, §. Si fortè, ff. de dam. inf. videtur velle, sumptus restituendos esse: quem refert & sequitur Iason in d. l. Sancimus, num. 7. Idem expresse Hostiensis docet, in Summa, de in integrum restit. §. vlt. circa finem. Idem decidit Capella Tholosana decisio. 329. & hanc sententiam seruari in Parlamento Burdegalensi, testatur Boerius decisione 63. numero 6. & 33.

Contrarium docet Alexander, ad d. l. si finita, §. Iulianus, num. 84. ff. de dam. inf. Natta consi. 17. num. 6. Sfortia Oddus, de restit. in integrum, parte 2. q. 67. ar. 2. nu. 330. Anton. Tessaurus decis. 9. num. 6.

D Prioris sententiæ fundamentum est, quia cõtumax in dolo esse videtur, l. Non videtur dolo carere, de reg. iuris. Minori autem non succurritur in delictis, l. si ex caussa, §. Nunc videndum, ff. de minorib.

Sed istud nihil est, quia est dolus præsumptus, non autem verus, qui ex delicto oritur. Constat autem minoribus succurri in dolo præsumpto, l. 1. §. vlt. ff. de minor. Et probatur in d. §. Nunc videndum, ubi minori succurritur neganti, ut pro confesso habeatur in actione ex lege Aquilia.

Secundò, quia beneficium in integrum restitutionis, non debet esse fraudi aduersario, arg. l. Nec auus, C. de emanc. lib. 1. C. de his qui ueniam ætat. impetr. Esset autem fraudi, si non cogeretur minor impensas restituere.

Tertiò, nam in l. Intra utile, §. ult. ff. de minor. probatur, sumptus in rem factos, restituendos esse à minore in integrum restituto.

Sed responderi potest, hæc esse dissimilia, quia sumptus

ptus iudiciales non sunt in rem facti, atque adeò non cedunt in vtilitatem minoris, sicut sumptus vtiles vel necessarij, quibus res preciosior facta est, vel conseruata.

Posterioris sententiæ fundamentum est. Primò, quia restitutio est in pristinũ statum repositio, l. Quod si minor, §. Restitutio, ff. de minor. Si minor sumptus refundat, non videtur in pristino statu.

Sed responderi potest, satis esse, si sit in pristino statu, quantum ad rem principalem, hoc est, vt audiatur, contumacia non obstante, & aduersus sententiam & decretum restituatur: Alioqui hoc argumentum militaret etiam in sumptibus in rem factis.

Secundò, quia si minor deberet impensas aduersario restituere, nihil plus haberet, quam quisquam alius etiam maior 25. annis. Constat enim quemlibet contumacem resectis expensis audiri, l. Saucimus, C. de iudic.

Respõdet Hostiensis, loco superiùs annotato, hoc amplius minori concessum, vt aduersus primùm decretum restituatur, etiam post annum, quod alijs non conceditur.

Replicat D. Oddus post annum non agi de primo decreto, sed de secundo, & ideo hoc nihil esse.

Sed bona doctissimi Iurisconsulti venia, multum est hoc, quod Hostiensis dicit. Facit enim in integrum restitutio, vt minore post annum in integrum restituto, ad secundùm decretum perueniri non possit: Et consequenter aliquid plus tributum est minori, quàm maiori.

Tertiò, quia expensæ sunt accessoriæ rei principalis, l. Terminatur, C. de fruct. & lit. expen. ergò minor in integrum restitutus, quoad rem principalem, videtur etiam in consequentiam restitutus, quoad litis impensas.

Sed nihil aliud dicit illa lex, quàm si terminata sit caussa principalis, non posse eam suscitari quoad expensas, nisi statim eodem die partibus cominus auditis Iudex condemnauerit in expensis alterum ex litigatoribus, iuxta l. Paulus, 42. ff. de re iudic.

Et in terminis nostris aliam esse naturam rei principalis quàm fructuum, patet: quia contumax auditur quoad rem principalem, sed resectis impensis, d. l. Saucimus.

Quartò, quia secundùm Nattam si minor teneretur sumptus restituere, esset in damno, & sæpius desisteret à petitione in integrum restitutionis.

Responderi potest, non esse id probabile, quia caussa principalis plerunque maioris momenti est, quàm impensarum iactura.

Et licet minor damnum sentiat, tamen id videtur æquius, quàm vt aduersarius illud sentiat, cùm ille nihil peccauerit, sed diligenter omnia fecerit secundùm legis formam, conueniendo minorem, & minor contumax fuerit.

Ego sanè re maturè considerata, existimo, sumptus esse restituendos à minore quia esset id valdè iniquũ, vt qui minorem in iudicio rectè & ritè conuenerat, propter eius contumaciam sumptus perdere, & iacturam sine culpa sua ex contumacia alterius facere debeat.

Daretur insuper occasio minoribus eludendi iudicij, & abutendi hoc beneficio in integrum restitutionis, in fraudem alterius. Nimirum, non comparendo, vt aduersarius sumptibus fatigaretur, & postea in integrum se restitui postularent, scientes se restitutum iri sine omni expensa, & damno. Hoc autem tolerandum non est in iudicijs, vbi summa æquitas, & æqualitas seruari debet, nec quispiam decipi.

Mouet me præterea illud argumentum, quia beneficium vni concessum, non debet alteri nocere. Hic autem noceret, quia sumptuum iacturam faceret ad-

A uersarius minoris, & quidem sine culpa sua.

Respondet Natta, aliquando id accidere, vt minor in integrum restituatur cum alterius damno & iactura, sicut patet ex eo quod scribit Abbas, in c. 1. de in integr. restit. si quis fecerit expensas in rem minoris. Nam restitutione in integrum concessa, non omnes expensæ sunt restituendæ, sed illæ, ob quas fundus melior effectum est.

Responsio hæc nullius est momenti: quia hoc regulariter ita constitutum est, ut non habeatur ratio eius, quod impensum est, sed eius, in quo melior fundus redditus est, l. In fundo, ff. de rei uind. Quare minor non uidetur lædi hoc in casu, cùm iure communi utatur, l. ult. C. de in integr. restit. minor.

CAPVT CV.

B *Excussio debitoris principalis an requiratur antequam hypothecaria contra possessores agatur, quando res specialiter sunt hypothecæ supposita?*



Onstat ex Nouella 4. tit. de fideiussoribus & mandato, §. Sed neque hypothecariam exerceri non posse contra possessores, nisi pri⁹ excusso principali debitore. Sed obijcit̃ qđ Iustinianus scribit in Nouella 112. tit. de litigiosis: *Ab hoc aũt*, inquit, *litigiosi vocabulo hypothecas separari decernimus; & in his hanc distinctionem tenere, vt si quidem speciales res mobiles vel immobiles, aut se mouentes, nominatim fuerint hypothecæ supposita, liceat quidem debitori eas quando & cui voluerit vendere, sic tamen, vt ex precio earum vsque ad debiti quantitatem satisfaciat creditori: Si autem hoc debitor nõ fecerit, damus licentiam creditori, qui rem venditam suppositam habet, tandem rem vindicare, donec ei satis pro debito fiat.*

C Hic uidetur Imperator tribuere creditori potestatem rectè uindicandi res specialiter hypothecæ suppositas: Ergò ubi res specialiter creditori obligatæ sunt, is nulla principalis debitoris facta excusione, eas uindicare actione hypothecaria poterit. Atq; ita reiectis Irnerij & aliorum interpretationibus, sensisse uidetur Accursius in d. Nouella 4. de Fideiussor. §. Sed neque; & hanc sententiam latè defendit Antonius Tessaurus decis. 51.

Sed mihi non placet. Primò, quia generalis est Iustiniani Constitutio in d. §. Sed neque, negans creditori actionem hypothecariam ante debitoris excussionem. Generalis inquam est, & absq; ulla distinctione complectens omnem hypothecam, tam expressam quàm tacitam, tam generalem, quàm specialem.

Secundò, quia eadem est ratio inter generalem & specialem hypothecam, quia generalis hypotheca omnia bona continet.

D Tertiò, quia si hoc erat discrimen adhibendum inter res generaliter, & specialiter hypothecæ subiectas, non potuit Imperator sine reprehensionis nota id omittere: quod tamen omisit. Nec enim id expressit in aliqua ex dictis Nouellis.

Quartò, (quod caput est) quia non est hic sensus Nouellæ de litigiosis, creditorem posse res uindicare specialiter obligatas debitore nõ excusso; sed hæc est sententia Imperatoris: Si creditor debitorem conuenerit, qui ei res obligauerat, & is pendente lite res nominatim obligatas alienauerit, non incidere in pœnam alienantis res litigiosas; immò licere ei res uendere; ita tamen, ut ex precio earum creditori suo satisfaciat. Ni satisfecerit, dat Imperator licentiam creditori res alienatas uindicandi.

Ita hanc rectè explicauit Cuiacius in expositione d. Nouellæ 4. tit. de fideiussor. cùm dixit, non aduersari Nouellam 112. quia in specie d. Nouellæ *creditor*

egit

egit prius personali, lite autem pendente à debitore pignus venditum fuisse, quare ei licere etiam cum emptore experiri hypothecaria.

Non explicauit Cuiacius cur dicta Nouella 112. loquatur de hac facti specie, quando scilicet creditor prius egit cum debitore, & is lite pendente rem vendidit, nec vllum est hac de re verbum in d. §. Ab hoc, sed verissimum tamen & certissimum est: Nam Imperator ibi dicit, hypothecas separari à vitio litigiosi, quod nihil aliud est, quàm rem litigiosam non esse eã quæ hypothecæ supposita est, licet lis in iudicio pendeat inter debitorem & creditorem. Consequenter debitorem, qui res nominatim obligauit, eas vendere posse, scilicet etiam lite pendente. Si enim nulla lis pẽderet, inepta esset quæstio & dubitatio circa litigiosi vitiũ, quia vitium litigiosi contrahitur, cùm res alienatur lite pendente, vt in initio d. Nouellæ habetur. Verùm lis debet esse de dominio rei, non autem de hypotheca, quare nihil prohibet, quin debitor vendere possit res obligatas, etiam lite pendente: Ita tamen, vt creditori satisfaciat. Nisi creditori satisfecerit, is licentiam habet hypothecaria agendi cum emptore, & res vindicandi.

Hic est uerus sensus d. §. Ab hoc, ex quo perspicuũ est, non repugnare §. Sed neque. Nouell. 4. tit. de fideiussor. quia non hoc vult, vt creditor omisso debitore conuenire possit possessorem rerum obligatarum actione hypothecaria, sed vt tunc creditor licentiam habeat hypothecaria agendi cum possessore, quando prius cum debitore egit, sed is lite pendente rem uendidit, nec ei satisfecit ex precio. Ideo Imperator ait: *Damus licentiam creditori, qui rem venditam suppositam habet eam vindicare*, scilicet in hoc speciali casu. Sciebat enim non posse res uindicari à creditore, nisi prius excusso debitore secundùm Nouellam 4. §. Sed neq; Sed hoc in casu dat licentiam in odium debitoris, qui pendente lite super actione ipsa personali & hypothecaria, rem alienauit, neque ex precio eius, creditori suo, cui debuerat, satisfecit.

CAPVT CVI.

Ad l. Cum quis, C. de iuris & facti ignorant.

D*iocletianus. Cùm quis ius ignorans, indebitam pecuniam soluerit, cessat repetitio.* l. 10. C. de iuris & facti ignor. Mouet hic dubitationem, quod Papinianus scribit in l. 7. ff. eod. tit. iuris ignorantiam non nocere suum petentibus. & rursus in l. 8. eod. tit. Iuris errorẽ omnibus in damno amissionis rei suæ non nocere. Nã si non nocet iuris ignorantia ijs, qui non de lucro faciendo certant, sed de damno uitando; uidetur dicendum ei, qui indebitum soluerit, ex iuris ignorantia repetitionem competere, ne damnum incurrat amissionis rei suæ, hoc est, pecuniæ indebitæ solutæ.

Veteres omnes ferè post Accursium, explosa Vltramontanorum sententia, ita rem hanc explicant, ut concludant, hanc Constitutionem accipiendã non esse de omni indebito soluto ex iuris ignorantia, sed de indebito ciuiliter, debito autẽ naturaliter. Si enim quis soluat id, quod naturaliter debet, ciuiliter autem non debet, ex iuris ignoratione repetere id nõ potest. Exemplum est in l. pen. ff. eod. tit. & in l. 1. & l. error. C. ad legem Falcid. Cæterùm, si nec ciuiliter nec naturaliter sit debitor, & soluerit, repetere id potest, ne damnum sentiat amissionis pecuniæ suę contra sententiã Papiniani.

Atque hæc sentẽtia & interpretatio aliquando mihi placuit, nunc re melius perpensa ualde displicet, & omninò sic statuo, indebitum per errorem iuris solutum, repeti non posse, licet omni iure indebitum sit, hoc est, tam ciuili, quàm naturali iure; Et hanc esse huius Constitutionis sententiam, affirmare non dubito. Excipio autem mulierem soluentem ex iuris ignorantia, quia repetitionem habet, ex l. Quamuis, C. ad Velleian.

Hanc sententiam ijs argumentis confirmo. Primùm, quia Constitutio hæc non distinguit inter debitum ciuile, vel naturale, nec ulla alia est lex, quæ hanc distinctionem posuerit, aut quoquomodo indicauerit.

Secundò, quia cùm quis per ignorantiam facti soluit indebitum ciuiliter, naturaliter autem debitum, repetitionem non habet, l. Naturaliter, ff. de cond. indeb. Ergò nullum discrimen erit inter iuris, & facti ignorantiam, contra mentem Imperatorum in hac lege, quia apertè statuunt, cùm quis per iuris ignorantiam indebitum soluit, repetitionem habere. Per ignorantiam autem facti solutum repeti posse.

Tertiò, quia nullo iure debitum fuit, quod ex caossa donationis solutum fuit à Mæuio debitore, & tamen repeti non potest in casu l. Cùm pater, §. Mæuio, de legatis 2. ubi Gloss. & Doctor. dicunt, ob stultitiam debitoris, donatarium lucrari, idest, ob ignorantiam iuris.

Quartò, quia fideiussor inutiliter obligatus, si soluat ex iuris ignorantia, non repetit, l. Si fideiussor, §. Non male, ff. mand. Et cùm inutiliter obligatus est, sine dubio fieri potest, ut neque naturaliter, neque ciuiliter teneatur.

Quintò, ex l. seconda, ff. de Confessis, ubi dicitur, non fateri eum qui errauit, nisi ius ignorauit. Ergò confessio per errorem iuris facta, confitenti præiudicat; Ergò si quis per errorem, siue ignorantiam iuris, debitum confiteatur, pro iudicato habebitur, l. prima, ff. eodem, nec ergò repetet solutum, & tamen fieri potest, ut nec ciuiliter, neque naturaliter deberet.

Sextò, ex l. prima, ff. Vt in possess. legat. ubi I. C. ait: Si ex iuris ignorantia hæres cautionem præstiterit, *benignè satisdationem condici posse*. Hæres ibi, nec ciuiliter, nec naturaliter obligatus erat ad satisdationem præstandam, ergò ipso iure debuisset eam posse condicere, tanquam omni iure indebitam, si uera esset communis sententia & interpretatio huius legis. Sed quoniam cùm quis indebitum soluit per iuris ignorantiam, cessat repetitio, ideo Vlpianus scribit: *Adhuc tamen benigne quis dixerit, satisdationem condici posse*. Ergò in illo speciali casu ex quadam benignitate & æquitate indebita satisdatio condici potest, quia hæres condicendo satisdationem non multùm lucratur, Consequenter in alijs casibus regula est in contrarium, ut nimirum indebitum etiam omni iure, tam ciuili, quàm naturali, solutum per iuris ignorantiam repeti non possit.

Septimò, quia quod Papinianus scribit in dicta l. 7. & 8. ff. eodem titulo, iuris ignorantiam non nocere suum petentibus, &c. non pertinet ad hanc facti speciem, cùm quis indebitum soluit per errorem iuris, alioqui enim pugnaret cum l. 10. C. eo. tit. sed pertinet ad l. Qui fideicommissum, ff. de leg. 2. & similes casus quibus responsum est, iuris ignorantiam non nocere, prosequentibus ius suum.

Nec solus sum in hac sententia, socios habeo Duarenum, ad tit. ff. de condict. indeb. cap. 3. & Cuiacium ad lib. 19. Respõsorum Papiniani, dum tractat locum illum Papiniani, qui habetur in dicta l. 7. ff. de iuris & facti ignor.

CAPVT CVII.

Iuris ignorantia sitne latæ culpæ adscribenda?


IVris ignorantiam latam culpam esse docuit Bartolus, in l. Quod Nerua, nu.19. ff. depos. & idem docuerunt antiqui Doctores complures, vt videre licet ex Menochio, de Præsumpt. lib.6. Præsump.23. num.11.

Primùm argumentum est ex l. Regula. §. pen. ff. de iuris & facti ignor. in illis verbis: *Sciant ignorãtiã facti non iuris prodesse, nec stultis solere succurri, sed errantibus.*

Secundùm est ex l. Libertorum, §. Notantur, ff. de his qui notant. infa. ibi: *Ignorantia enim excusat non iuris, sed facti.* Si non excusat, ergo latam culpam admixtam habet.

Tertiùm argumentum est, quia leges debent ab omnibus sciri, l. leges sacratiss. C. de leg. Nec permissum est eas ignorare, l. Constitutiones, C. eod.

Postremum argumentum est, quia lata culpa est, non intelligere id quod omnes intelligunt, l. Latæ, ff. de verbor. signif. Sed leges ab omnibus intelliguntur, quia publicantur, ergo earum ignoratio latæ culpæ annumerabitur.

Contrarium docet Corasius, lib.4. Miscellaneor. c. 17. Primò, quia lata culpa dolum repræsentat, l. 1. §. Non autem, ff. de his, qui testam. lib. iuss. fuer. Sed hoc est falsum, quia nemini nocet iuris ignorantia in damnis amittendæ rei suæ, l. 8. ff. de iuris & facti ignor. Ergò lata culpa non est, quia noceret, sicut dolus nocet.

Secundò, quia lata culpa est, non intelligere, quod omnes intelligunt, l. Latæ, ff. de verbor. sign. Sed iura non omnes intelligunt, immò pauci. Ergò iuris ignorantia non est lata culpa.

Tertiò, lata culpa requirit summam negligentiam, l. Cedere diem, §. vlt. de verb. sign. vbi appellatur nimia negligentia. Alibi vocatur dissoluta negligentia, l. Si fideiussor. ff. mand. *Ergo non video,* inquit Corasius, *quo pacto clericus, mercator, artifex & alij id genus homines, qui non ciuilibus studijs operam dederunt, sed honestam aliam artem secuti sunt, legum peritiam non habentes, in lata culpa dici debeant.*

Excipiendos autem esse putat Doctores, Assessores & similes, quia isti tenentur scire iura, l. 2. ff. Quod quisq; iuris, l. vlt. ff. de varijs & extraord. cognit. & ijs meritò obijci potest. *Turpe esse viro nobili & patritio ius, in quo versatur, ignorare, l. 2. §. Seruius, ff. de orig. iuris.*

Non obstat, quod dicitur, leges ab omnibus sciri debere, quia id accipiendum videtur de legibus, quæ diuino præcepto, vel naturali ratione confirmantur, & ad morum instructionem, cohibendamq; hominum insolentium vitam pertinent. Sic ferè Corasius.

A Tertia est sententia Zasij, lib.1. Sing. Respons. cap. 2. num.19. Iuris naturalis & diuinorum præceptorum ignorantiam esse latam culpam, l. Venia, C. de in ius vocão. Præterea, si quis ignoret ea, quæ legibus prohibita sunt, quia illicita uidentur, is in culpa esse dicitur, l. Extat, ff. quod met. caus. Rursus, si quis Doctorem se profiteatur, & ius ignoret, latam culpam contrahere dicitur, l. 2. §. Seruius, ff. de orig. iuris. Denique à lata culpa non excusari, qui negotia habent iudicialia, vel iuris ordinem requirentia, si ius ignorauerint, l. Sicut, in fine, C. de Præscript. longiss. tempor.

Extra hos casus, inquit Zasius, iuris ignorantiam latæ culpæ adscribendam non esse, quia si lata culpa est ignorare id, quod omnes intelligunt, è contrario, id quod pauci intelligunt, ignorare non erit lata culpa: At pauci iura intelligunt, & sciunt, ergò, &c.

Egò uerò hanc rem aliquot propositis Conclusionibus dilucidiùs explicari posse existimo, & simul
B contrarias Doctorum sententias ad concordiã redigi.

Prima Conclusio. Iuris ignorantia non est lata culpa, quantum ad hunc effectum, ut omnes qui ius ignorant repræhẽsione sint digni, aut pœnam aliquam incurrant. Nam ut rectè dicebat Zasius, maxima pars mortalium laboraret hoc uitio.

Secunda Conclusio. Iuris ignorantia non est lata culpa, eatenus, ut quis puniatur amissione rei suæ, l. 7. & 8. ff. de iuris & facti ignor. Exemplum præclarum est in l. Qui fideicommissum, 81. de leg. 2.

Tertia Conclusio. Iudices, Doctores & Assessores sunt in lata culpa, si ius ignorauerint, l. 2. §. Seruius, de orig. iur. l. 2. ff. quod quisque iur. l. ult. ff. de uarijs & extraord. cog.

Quarta Conclusio. Iuris ignorantia culpę ad adscribitur minoribus 25. annis, nec militibus, nec interdũ etiam mulieribus, l. Regula, in princ. ff. de iuris & facti ign. l. 1. & ult. C. eod.

C Quinta Conclusio. Iuris ignorantia culpa imputatur ijs, qui aliquid faciunt, quod legibus prohibitum est. Tenentur enim eas scire, l. liberorum, §. Notantur, ff. de his qui notant. infam. l. Venia, C. de in ius uocan. Atque huc pertinet l. 1. ff. de legibus. legem esse delictorum, quæ uel sponte, uel ignorantia comitantur coercitionem.

Sexta Conclusio. Iuris ignorantia dicitur culpa eo fine, ut quis à commodo arceatur, si peritiores consulere potuit, l. Regula, ff. de iuris & fac. ignor. l. In bonorum, ff. de bonor. possess. l. 2. §. ult. ff. Quis ordo in bonor. possess. seru.

Septima Conclusio. Iuris ignorantia culpæ adscribitur, ne quis lucrum faciat, hoc est, acquirere uolentibus, l. 4. de iur. & facti ignor.

Vltima Conclusio. Iuris ignorantia culpæ annumeratur, ut quis indebitum solutum repetere non possit, l. Cum quis, C. de iuris & facti ign. ut dixi cap. præcedenti.



ANDREAE FACHINEI

I. C. FOROLIVIENSIS, &c.

CONTROVERSIARVM IVRIS

LIBER NONVS.



CAPVT PRIMVM.

Examinatur, quid statuendum, cùm criminibus variæ ac diuersæ pœnæ constitutæ, alijs atque alijs legibus sunt.



SÆpè accidit, vt vnum atq; idem etiã variјs ac diuersis pęnis coerceatur, alijs atq; alijs Legibus, Cõstitutionibus, Edictis, atq; Statutis. Quamobrem in controuersiã venire solet, quę pęna sit statuẽda, ac præ cęteris eligenda. Tractant hanc materiã Canonistæ, in c. Inter cæteras, de Rescr. & in c. De caussis, de offic. deleg. Legistæ, in l. 1. ff. de vi bonor. raptor. Mennehius, de arbitr. iud. q. 94. & de recup. posses. remed. 9. num. 338. & seq. Clarus, q. 85. Gomesius, Variar. resolut. tit. de delictis, cap. 1. num. 38. Soarez, Commu. opinion. vers. Pœnæ, nu. 150. cum seq. Angelus de Maleficijs, in verbo, Et ibi caput à spatulis amputetur, & ibi in add. Ariminens.

Ego rectè ordineque facturus videor, si aliquot propositis Conclusionibus totam hanc disputationem explicauero.

Prima Conclusio. Quoties posterioribus legibus pęnæ sunt impositæ delicto, ab ijs diuersę, quæ prioribus legibus erant constitutæ, ea mente, ut noua pęna adiungatur ueteri, & ut nostri interpretes loquuntur, *cumulatiuè*, tunc aduersus delinquentem omnes pœnæ, tam ueteres, quàm nouæ exequendæ & constituendæ sunt; In istis terminis loquuntur, l. Placet, 5. C. de sacro sanct. Eccl. ibi: *Si quis contrauenerit, post debitæ ultionis acrimoniam, quæ erga sacrilegos promenda est, exilio deportationis perpetuò subdatur.* Item, l. In eum, 18. C. de furt. ibi: *Præter pœnam olim statutam.* Itẽ l. 4. C. de sepulch. viol. ibi: *Quæ pœna priscæ seueritati accedit.* Item c. 1. de sentẽt. & re iud. lib. 6. ibi: *Saluis alijs Constitutionibus, quæ iudicibus malè iudicantibus pœnas ingerunt & infligunt*, &c.

Secunda Conclusio. Quoties posterioribus legibus nouæ pęnæ constituuntur, alijs sublatis, quæ antiquis legibus continebantur, & ut nostri loquuntur, *priuatiuè*, tunc nouę pęnæ locum habent, antiquæ uerò cessant. In istis terminis loquitur l. 1. ff. ad legẽ Aquil. ibi: *Lex Aquilia omnibus legibus quæ ante se lata sunt de damno iniuria derogauit.* Item l. 1. ff. de termino moto, ibi: *Terminorum auulsorum non multa pecuniaria est, sed pro conditione admittentium coercitione transigendum est.* Multa pecuniaria imponebatur ex lege agraria, ut in l. 3. ff. eod. tit. Item l. Qui cùm in uno, §. Qui post desertionem, ff. de re milit. ibi: *Nam & qui ad delectum olim non respondebant, vt proditores libertatis in seruitutem redigebantur, sed mutato statu militiæ, recessum à capitis pœna est, quia plerunque voluntario milite numeri supplentur. Numeri*, idest, uexillationes, ut explicat Coiac. ad l. vlt. C. de his qui non impletis stipendijs Sacram. soluti sunt.

Tertia Conclusio. Quoties lex posterior nouam pęnam imponit: nec apparet utrum *cumulatiuè*, uel *priuatiuè*, tunc dubium est, quæ sit pęna eligenda: neque enim eadem est omnium sententia.

Mitiorem pęnam eligendam esse existimauit Gl. in c. de caussis, in uers. Certa, de off. deleg. quia pęnæ interpretatione sunt potius molliendæ quàm exasperandæ, l. Interpretatione, ff. de pęnis, cap. Pęnæ, de pęnitentia, dist. 1.

Alij Iudicis arbitrio id committunt, ut Abbas in c. Inter cęteras, de Rescript. Menoch. d. q. 94. non procul à fine. Adfertur primò tex. in c. Quoniam frequenter, §. ult. Vt lite non contest. ibi: *Ita videlicet, quod alterutra pœna, quæ magis timeri debeat, iudex à principio sit contentus.* Ille tex. nihil obstat, quia ibi datur electio Iudici expressè, ideo nihil facit ad alios casus, in quibus non datur iudici electio.

Secũdò, l. Quoties, ff. de act. & obli. in illis uerbis: *Si ex eodẽ facto duæ cõpetant actiones, postea Iudicis potius partes esse, vt quod plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem aut minus, id cõsequatur.* Cuiac ius legẽdũ putat,

nil consequatur, lib. 5. Obseru. c. 25. cuius sentētia iuuari potest ex l. 1. ff. de ui bonor. rapt. Nihil ad rē facit, quia loquitur de actionibus persequentibus rem familiarem nostra disputatio est de pęnis, quę longè differūt.

Tertiò, text. in c. Sicut, ad finem, de Iudæis, in illis verbis: *Honoris & officij sui periculum patiatur, aut excommunicationis sententia plectatur*, vbi Gloss. dicit, id esse in optione Iudicis. Verùm hoc testimonium nihil mouet, quia text. id non dicit quod Gloss. Præterea loquitur de pœna alternatiuè imposita ab eadem lege: non cùm diuersę pœnæ à diuersis imponuntur legibus.

Alij denique docuerunt, posteriores leges esse sequendas, & ideo eam pœnam imponendam, quæ posteriori lege continetur, quæ mihi videtur verissima sententia. Nam non est nouum, vt priores leges ad posteriores trahantur, idest, corrigantur, suppleantur ac determinentur, l. Non est nouum. ff. de legib. *Et constitutiones tempore posteriores potiores sunt ijs quæ eas præcesserunt.* l. vlt. ff. de Constit. Princip. ita docent Salycetus, in l. In eum, C. de fur. Cynus & Albericus in l. qui sepulchra, C. de sepulchr. viola. Antonius Gomesius, de delict. cap. 1. num. 38.

Exemplum adfertur notatu dignum, Cōstantinus statuit adulteros gladio puniendos, vt in l. Quamuis, C. ad l. Iul. de Adult. Iustinianus verò in Authent. ut nulli iud. §. Si quando (secundùm Holoandri translationem est Nouella 134. tit. de Vicarijs, seu locum tenentibus. §. Si quando) quantum ad mulierem adulteram attinet, mandauit eam *competentibus vulneribus subactam in monasterium detrudi*. Et hęc pœna in mulierē statuta hodie seruatur, vt in Auth. Hodie, C. eo. tit.

Sed D. Menochius de recup. possess. rem. 9. nu. 353. in diuersam abijt sententiam, existimauitque nec Constantinum pœnam mortis inflixisse, nec Iustinianum aliam in adulteras mulieres pœnam statuisse diuersam à pœna Constantini. Fundamentum eius est, quia pœna gladij non semper accipitur pro pœna mortis, immò etiam quandoque pro alia pęna corporali, arg. l. solet, ff. de off. Proconf. & leg. l. Imperium, ff. de iurisdict. om. iud. Alciatus notat lib. 2. Paradox. cap. 7. & Longouallius ad d. l. Imperium, nu. 51. Ergò licet Cōstantinus pęnam gladij imposuerit, non tamen sequitur pęnam mortis imposuisse.

Quod autem aliam pęnam Iustinian. non statuerit aduersus mulieres, probari dicit ex eo, quòd Iustinia. confirmat expresè pœnas à Constantino impositas: *Si quando vero* inquit, *adulterij crimen probetur, iubemus illas pœnas peccantibus inferri. Et quas Constantinus diuæ mem. disposuit.* Et secundùm Haloand. *Iubemus, vt illæ pœnæ delinquentibus irrogentur, quas præscribunt leges.* Et ideo de mulieribus adulteris inferiùs statuens, idem Iustinian. mandat eas competentibus uulneribus subactas, in monasterium detrudi, uel secundùm Haloand. *Competentibus pœnis.* Hæc igitur uulnera, & hæ pęnæ competentes significant gladij pęnam, de qua Constantinus loquitur, in dicta l. Quamuis, accipiendo scilicet gladij pœnam pro corporali pęna, nō autē pro pęna mortis.

Cęterùm, nisi fallor, aliud est gladij potestas, de qua loquūtur dictæ leges, aliud gladij pęna, de qua Constantinus loquitur, ideo communis est sententia, quā & ipse Menoch. secutus est de arbitr. iud. Casu 14. nume. 54. pęnam gladij, cuius mentionem facit Constantinus, de pęna mortis, siue ultimi supplicij accipiendam esse, nec vnquam aliter pęna gladij accipitur, quoties eius fit mentio in lege, quæ delictum aliquod decernat pœna gladij puniendum esse: alioqui dubia & incerta valde esset huiusmodi pęna. Alia ratio est de potestate gladij, quæ merito accipitur pro potestate puniendi, tam pęna mortis, quam alia pęna quacunque corporali, & ita loquūtur leges a Menochio allegatæ.

Quarta Conclusio. Quoties alia pęna lege Commu-

A ni constituta est, alia uerò iure Municipali Ciuitatis vulgò Statuta vocatur, tunc an abrogata sit pœna iuris communis, nec ne, dubium & controuersum est. Etenim, abrogatam non esse pęnam iuris communis, existimarunt Bart. in l. 1. ff. de vi bonor. rapt. Abbas in c. De caussis, nu. 14. & ibidē Berous, nu. 75. de off. deleg. Angelus Aretinus, in pract. Maleficior. in verbo, & ibi caput a spatulis amputetur, Ruinus cons. 143. nu. 6. lib. 5. Menoch. de recup. possess. rem. 9. nu. 386.

Fundamentum est primò in aliquibus legibus, ex quibus apparet pœnam lege noua constitutam non derogare pœnæ priori lege constitutæ, vt in l. Ariani, C. de hæret. in l. 4. C. de sepulch. viol. in l. 3. ff. de libero hom. exhib. & similibus, quæ leges ideo nihil faciunt, quia expresè statuunt pœnam legis posterioris adiunctam esse antiquæ pœnæ.

Secundò, fundamentum est in l. Quoties, ff. de act. & oblig. quæ vt suprà dictum est, non pertinet ad rem B nostram, sed ad caussas ciuiles & pecuniarias, quibus rem familiarem persequimur, de pœnis ibi non agitur, quæ diuersis legibus constitutæ sunt.

Tertiò, in regula l. vlt. C. de nouation. Nouationem scilicet, non induci veteris obligationis, nisi expresè dicatur; Sed nimis hæc res distat à disputatione nostra de pœnis.

Quartò, in alia regula, Correctionem legis non præsumi in dubio, l. præcipimus, C. de appellat. sed fragile argumentum est, quia cū p statuta alia diuersa pœna imponitur, quam iure communi fuerit imposita, non videtur esse res dubia, sed certa, quòd legi cōmuni in eo derogauerit statutum.

Quintò, in l. 3. §. Diuus, ff. de sepulch. viol. quo argumento vsus est Menochius, sic ait text. *Diuus Adrianus Rescripto pœnam statuit 40. aureorum, in eos, qui in Ciuitate sepeliunt, quam fisco inferri iussit.* Et paulò post: C *Quid tamen si lex municipalis permittat in Ciuitate sepeliri post Principalia Rescripta, an ob hoc discessum sit videbimus, quia generalia sunt Rescripta, & oportet Imperialia Statuta suam vim obtinere, & in omni loco valere.*

Responderi potest, testimonium illud ad rem nostram non pertinere, neque obstare, quia loquitur, quando Imperator aliquid fieri prohibet, adiecta etiā pœna; Lex autem Municipalis illud fieri permittit; tunc præferenda sunt Imperatoris Rescripta & meritò, quia inferior cedere debet ac parere superiori. Nos autem loquimur, quando iure communi alia pęna delicto est imposita, alia verò Statuto Ciuitatis, nec vllum est edictum Principis aliter disponens, tūc videtur recessum à pœna iuris communis: posito, quod Statutum valeat, vel quia fuerat conditum ab ijs qui potestatem habent, vel quia Princeps, vt fieri solet, illud approbauerit, & confirmauerit, Ad d. l. 3. §. Diuus, videas Fornerium Selectionū lib. 1. c. 13.

D Contrariam igitur sententiam frequētioribus suffragijs Doctores secuti sunt. Vide Clarum, §. fi. quęst. 85. vers. Debet. ac etiam Alciatum consil. 745. Deciū in c. De caussis, nu. 14. de off. deleg. alios citat Menochius d. rem. 9. de recup. possess. nu. 339.

Pro hac sententia licet multa adferri soleant, illud tamen argumentum me plurimum mouet, quoniam cùm disputamus, an propter pœnam Statuto Municipali impositam, recessum sit à pœna iuris communis, pręsupponere debemus Statutum valere, vel quia Ciuitas potestatem illud condendi habuerit, vel quia Principis confirmatio, vel consensus accesserit. Eiusmodi Statutorum ac legum Municipalium sæpè in legibus nostris mentio habetur, vt in l. 1. C. de emancip. liber. in l. Antiochensium, ff. de priuileg. cred. in l. Prohibere, ff. quod vi aut clam, in l. Vt gradatim, §. 1. ff. de muner. & honor. in l. An in totum, C. de ædif. priuat. in l. Item eorum, §. 1. ff. Quod cuiusque vniuers. nom. & alibi,

Igitur

Igitur si valet eiusmodi Statutum, illud seruandum erit tanquam ius proprium ipsius Ciuitatis, vt in l. omnes populi, ff. de iust. & iure, consequenter à iure communi discessum videbitur. Nam si ius commune locum habere posset, non esset pœna statuti seruanda, sed iuris communis; aut in electione Iudicia id esset, quam seruaret pœnam: quod certè statuentium intentioni maximè repugnare videtur, qui aliam pœnam imposuerunt.

CAPVT II.

Actio ciuilis & criminalis, an & quando simul cumulari possint.



QVæ magno conflictu varijs atque inuicé pugnantibus Doctorum sententijs agitari solet quæstio, an & quando ciuilis & criminalis actio cumulari in vno eodem- B que iudicio possit, quinque casibus propositis dilucidiè explicari potest.

Primus est, cùm quis aduersus vnam eandemque personam, & ex eodem facto ciuilem & criminalem intendit actionem: Et huiusmodi cumulatio non admittitur, l. 2. §. 1. ff. de vi bonor. raptor. l. Interdum, ff. de publicis iudicijs. Peracto autem criminali iudicio, ciuilis actio moueri poterit, l. Vnica, C. quando ciuilis actio criminali præiudicet, l. vlt. C. de ordi. iudic. Hinc dicimus, ciuilem & criminalem iniuriarum actionem cumolari non posse, vt latè explicat Anton. Tessaurus decis. Pedem. 18. nu. 3. Actio tamen iniuriarum & legis Aquiliæ, cumulari potest, teste Mynsingero, Cent. 1. Obseru. 25. Quod ego verùm puto, quantũ ad hunc effectum, vt quod amplius in altera est, actor consequatur, sicut loquitur, l. Qui seruum, ff. de act. & oblig.

C Sed istud accipiẽdum cùm vtraque actio æquè principaliter intentatur: nam si criminalis actio principaliter intentetur, actio autem ciuilis incidenter, vt puta si Iudicis officiũ imploretur, vt res ablata restituatur, vel expensæ refundantur, cumulatio admittetur, l. Interdum, §. Qui furem, ff. de furtis, l. Qui crimen, C. qui accusare poss. l. 3. C. de condict. ob turpem caussam, l. 4. §. Si dicantur, ff. finium regund. l. pen. ff. de Calumniator. l. Medicus, ff. de varijs & extraord. cog. quas leges ad hanc sentẽtiam adducit Bar. in d. l. 2. §. 1. nu. 2. ff. de vi bonor. raptor. & alios Doctores citat Menochius de retinenda possess. remed. 3. nu. 553. Addo ego l. 3. C. de ord. iudic.

Secundus casus est, quando fit cumulatio actionis ciuilis & criminalis ex diuerso facto cõtra eũdem, & tunc cumulatio admittitur, l. Rerum amotarum, 27. ff. de act. rer. amotarũ, quam legem ita intelligit Bar. D in d. l. 2. §. 1. nu. 1. ff. de ui bonor. raptor. & ita respõdit Natta adductis alijs in consi. 138. nu. 4. & in his terminis consistere potest decis. 400. Aegidij Bellameræ, incip. Ciuilis & criminalis, vbi simpliciter affirmat ciuilem & criminalem actionem cumulari posse.

Tertius casus est, Cùm actio ciuilis intentatur ab uno, & criminalis ab altero eius aduersario, in casu, quo criminalis actio ciuilem absorbet, uel ciuilis criminalem, tunc cumulatio nõ admittitur, l. ultima, ubi Paulus Castrẽsis optimè declarat, C. de ordine iudiciorũ, l. præses. C. ad leg. Flau. de plagiarijs. Crauetta in cõs. 280. Bald. in l. ult. C. de fide instrum. Bart. in l. Si testamentum, ff. de petitio. hæred. Affli. dec. 229. Capycius decis. 25. Alexan. in l. Reum criminis, C. de procurat.

Quartus casus est, quando ciuilis actio intentatur ab uno ex litigatoribus, & criminalis ab altero eiusdem aduersario; sed altera alteram non absorbet. Hoc in casu sunt opiniones. Nam Irnerius, quem Accursius refert, in l. ultima. C. de ordi. iud. cumulationem A admittendam esse censuit, & eum secuti fuere ibidem Iacobus Butrigarius, Baldus, & Paulus Castrensis.

Sed cumulationem admittẽdam non esse Accursius existimauit, quem secuti fuere Angelus, Salycetus, & alij magis communiter.

Et hæc sententia mihi probabilior uidetur. Primò, quia iudicium criminale tanquam maius, impedire debet ciuile, ut in d. l. ultim. C. de ordine iudicior. Secundò, ex l. Adulterij, C. ad l. Iuliam de adult. ubi pendente adulterij accusatione contra mulierem, dos repeti non potest: ne ciuilis actio obstrepat criminali, ut ibi dicitur.

Quintus casus, est, cùm ciuilis actio intentatur ab uno, & criminalis ab alio, qui illius aduersarius non est: sed quidam tertius. Et hoc in casu dicendum est, cumulationem admitti, nisi criminalis actio ciuilem absorbeat. Vide Iacobum Puteum decisione 99. in 1. B parte, & Lancellotum de Attentatis lite pendente limitat. 23.

CAPVT III.

Furiosus si quis efficiatur post commissum delictum, possitnè puniri?



SI quis post delictum commissum efficiatur furiosus, controuersia est an debeat puniri: Et communior sententia est, puniri non debere corporali pœna, sed in bonis, hoc est, uel publicatione bonorũ, uel alia pecuniaria pœna pro delicti qualitate, ita Baldus, Alexander, & Iason, in l. Furiosum, C. qui testam. facere poss. Tiraquellus de pœnis legum caussa 3. Didacus Couuarru. in Clem. Furiosus, in 3. parte, in initio, nu. 2. de homicidio, Clarus, §. fi. q. 60. Menochius C de arbitr. iudic. Casu 325. num. 12.

Fundamentũ est primò, quia furiosus loco absentis & quiescẽtis est, *per omnia & in omnibus*, vt inquit text. in l. 2. §. Furiosus, ff. de iure Codic. Sed absens non potest condemnari pœna corporali, l. Absentem, ff. de pœnis, Ergo nec furiosus. Secundò, quia furiosus non potest dici de crimine confessus, vel conuictus: quia loco absentis, vt iam dixi, habetur. Constat autem non debere quenquam condẽnari, nisi crimen confessus vel de eo conuictus sit, l. Qui sententiam, C. de pœnis. Tertiò, quia pœna corporalis ideo irrogatur, vt delinquẽs affligatur. Furiosus autem satis ipso furore punitur, l. Diuus, ff. de off. Præsid. quare non videtur afflictio alia eidem addenda.

Contrariũ docuerunt olim Ludouicus Romanus, in d. l. furiosum, C. qui testam. facere poss. & Frãciscus Albergotus de Aretio, qui fuit discipulus Bartoli, teste D Iasone in d. l. furiosum, non procul a fine, & nouissimè Ioannes Vaudus lib. 2. quæstionum, cap. 7.

Fundamentum est primò in l. Diuus, ff. de offic. Præsidis, in illis uerbis: *Si vero (vt plerumque adsolet) interuallis quibusdam sensu sanior est, num forte eo momento scelus admiserit, nec morbo eius danda sit venia, diligenter explorabis: Et si quid tale cõpereris; consules nos, vt æstimemus an immanitatem facinoris, si cùm posset uideri sentire, commiserit: supplicio afficiendus sit.*

Secundò, *nam quoties de delicto quæritur, placuit non eam pœnam subire quem debere, quam conditio eius admittit, eo tempore, quo sententia de eo fertur? sed eam tantùm sustinere, quam sustineret, si eo tempore esset sententiam passus cùm deliquit*, l. 1. ff. de pœnis.

Tertiò, quia furor superueniens non tollit obligationem præcedentem, l. Patre furioso, de his qui sui vel alieni iuris sunt, l. Si à reo, §. Si à furioso, ff. de fideiussor.

Ego omnibus maturè consideratis animaduerto

prioris sententiæ argumenta confutari ex d. l. Diuus, ff. de offic. Præsidis. Nam si furiosus quantum ad propositum nostrum pro absente habendus est, nec confessus vel conuictus dici potest, si satis ipso furore punitur, ac proinde corporali pœna affici non debet: cur Diuus Marcus & Commodus ita Rescripserunt: *Si quid tale compereris consules nos, vt æstimemus, an immanitatem facinoris, si cum posset videre sentire commiserit: supplicio afficiendus sit*, vt in d. l. Diuus.

Si affici supplicio potest, igitur pœna corporali affici poterit: Ergo condemnari poterit: &, pro confesso & conuicto haberi.

Cur igitur inter ea, quæ Iudicis arbitrio definienda sunt, id non referatur, nihil sanè proponi video. Nam & ita dicit Rescriptum in præcedentibus verbis: *Nũ fortè eo momento scelus admiserit, nec morbo eius danda sit venia diligenter explorabis: Et si quid tale compereris, consules nos*, &c. Nihil ergò lex definiuit, sed a Iudice id explorandum, Principem esse consulendum, & ab eo æstimandum, an supplicio afficiendus sit delinquens, clarè & apertè rescribitur. Perpendet igitur Iudex ac Princeps delinquentis animum, circumstantias delicti, eius grauitatem, ac omnibus pensatis decernetur de pœna prout æquitas & ratio postulauerit.

Non igitur priori ac posteriori sentẽtiæ acquiesco, sed totum arbitrio Iudicis ac Principis, quem Iudex consulere debebit, committo, fundamentumq; huius sententiæ meæ in Imperatorum Rescripto colloco, cui magis auscultandũ censeo, quàm aliorũ sententijs,

CAPVT IV.

Si quis aliquem testari prohibuerit, qua pœna sit afficiendus.

SI quis aliquem testari prohibuerit, actiones amittit, & fisco aditum ad successionem aperit, l. 1. ff. si quis aliquem testari prohibuerit, l. 2. C. eod. Amplius si testator quidpiam alicui relicturus fuerat, is qui testari eum prohibuit meritò condemnabitur ad id quod interest, arg. l. Lucius, 90. §. Sempronia, de leg. 2. l. Si quis affirmauerit, ff. de dolo. Nam cum dolo alterius aliter quicquam amisit, æquum, bonum est vt illi condemnetur. Et huc alludunt quæ de ciuili disceptatione dicuntur in l. 1. C. eod. tit. Criminalis autem cuius ibidem fit mentio, ad confiscationem pertinet, quia scilicet caussa ad fiscum defertur: vel ad vim illatam, quæ pœnis coercetur, & lege Iulia, vt notum est.

Sed an etiam pœnam dupli subire cogatur? Et affirmat Gloss. in l. 2. C. si quis aliquem testari prohibuerit, & in d. §. Sempronia, Bartolus ibi, & in l. 3. ff. eod. tit. & est communis hæc Doctorum sententia, ut testantur Corneus & Iason in l. 1. C. eod. Hieronymus Gabrielius, cons. 99. num. 13. & 14. Peregrinus de iure & priuilegijs fisci, lib. 2. tit. 6. num. 8.

Fũdamentum est in §. Et hoc peruenit, in Authent. ut nulli iudicum liceat habere, ubi Imperator sic ait; *Et hoc peruenit ad nos, quod quidam prouinciarum Iudices, ita inique agunt, occasione lucrorum, vt neque testamenta concedant facere*, &c. Et paulò pòst: *Si vero quidam huiusmodi odibilem rem in quolibet loco nostræ Reipublicæ præsumpserit agere: aut ministrare ei qui hoc præsũpserit facere, iubemus huiusmodi extra cingulos factos, in exilium destinari, & de substantia eorum euenient dispendium læsis in duplum restitui*, &c.

Addit Peregrinus hanc rationem, quia pœnæ contra uiolentos quandoque etiam quadruplantur, l. Metum, §. Ex hoc edicto, l. Si cum exceptione, §. Quadruplatur, ff. de eo quod metus causa.

Sed contrarium docuerunt Cynus, in l. Quicquid, C. arbitrium tutelæ, Antonius Butrius, cons. 78. Baldus, in d. l. Lucius, §. Sempronia, & ibidem Albericus testatur hanc sententiam communem esse, quam nouissimè sequitur Ioannes Vaudus lib. 1. Variar. q. cap. 30. sequor & ego.

Fundamentum est hoc, quia nulla est lex quæ dupli pœnam imponat, præterquam Iudicibus, in quibus prior sententia proculdubio locum obtinebit. Nã Iustinianum loqui de Iudicibus in d. §. Et hoc peruenit, perspicuum est ex uerbis textus.

Sed contrariæ sententiæ autores dicunt, propter uerba generalia, quibus unicuique id Imperator prohibet, eam Constitutionem ad omnes pertinere.

Respondeo, generalem prohibitionẽ his uerbis cõtineri. Propterea interdicimus *omnibus iudicibus tam ciuilibus quam militaribus, & eorum officijs, aut alij cuilibet aliquid præsumere.* Hæc generalis prohibitio fit iudicibus, & eorum officialibus & administris, & cuicunque alteri, qui scilicet Iudici hac in re ministrauerit, & operam suam præstiterit, vt scilicet aliquis testari prohibeatur. Id patet ex verbis sequẽtibus: *Si verò quidam*, inquit, *huiusmodi odibilem rem in quolibet loco nostræ Reip. præsumpserit agere, aut ministrare ei qui hoc præsumpserit, facere iubemus*, &c.

Illa verba, *si verò quidam*, de Iudicibus accipienda sunt, quia de illis loquitur Constitutio, vt patet ex initio dicti §. Et hoc peruenit. Verba autem illa; *Aut ministrare ei qui hoc præsumpserit facere*, accipienda sunt de ministris & officialibus ipsorum Iudicum. Generaliter enim interdicit Iudicibus, & ministris eorum, ne id facere præsumãt, & omnibus alijs, ne hac in re suã operã ac ministeriũ præbeãt vel Iudicibus, vel officijs eorum: & pœnam deinde statuit exilij, priuationis officij, & dupli. Si prohibitio generaliter omnes comprehenderet, & sine discrimine, sequeretur easdem pœnas exilij, & amissionis dignitatis, & dupli, subire omnes debere, qui aliquẽ testari prohibuerint: quod affirmare ideo non ausim, quia nemo hactenus id scripsit, & quia si hæc erat mẽs Iustiniani, clara & diserta oratione eiusmodi legem promulgare debuisset. Cùm res dubia sit, interpretatione molliendæ sunt pœnæ magis quàm exasperandæ, l. Interpretatione, ff. de pœnis.

Porrò, id quod affertur de quadruplo, in actione, quod metus causa, locum obtinet, suisque regulis coercetur & cancellis, extra quos non videtur facilè producendum.

CAPVT V.

Quatenus actiones ex delictis descendentes in hæredes dentur.

CVm quæritur an actiones ex delictis in hæredes dentur, conuenit inter omnes de multis; de vno potissimùm controuersia est. Primò, conuenit actiones pœnales in hæredem non competere, nisi in quantum ad eos peruenerit, vel cum defuncto fuerit lis contestata, si ius ciuile spectemus, l. 1. ff. de priuatis delictis, l. Quod diximus, §. vlt. ff. quod metus causa, l. In hæredem, ff. de calumniator. l. In hæredẽ, ff. de dolo, l. ult. C. Rerũ amotar. l. Inde Neratius, §. Hanc, ff. ad leg. Aquil. l. Constitutionibus, ff. de actio. & oblig. l. Sicut pœna, de reg. iur. l. Vnica. C. Ex delict. defunctor. Antonius Gomesius Variar. resol. tit. de delictis, c. 1. nu. 85. Clarus, quæst. 51. uers. Vlterius quæro, Bursatus cons. 77. nu. 1. lib. 1.

Secũdò, inter omnes ferè conuenit Iure Canonico inspecto aliter constitutum esse, nimirum, hæredem teneri pro uiribus hæreditatis ad exonerandã conscientiam defuncti, licet nec aliquid ad eum ex delicto peruenerit, nec cum defuncto lis contestata fuerit

ex

ex c. vlt. de sepulturis, c. In litteris de raptorib. c. Tua nos, de vsuris, & ex alijs locis, vt tradit Antonius Gomes. loco proximè citato, Couuar. lib. 2. Variar. resol. cap. 3. num. 7. Vasquius, lib. 3. Cootrouersiarum illustrium, cap. 96. num. 27.

Etsi enim hęc differentia inter Ius Canonicum & Ciuile nō placuerit Panormitano, in d. c. vlt. de sepulturis, nix tamen dissentire videtur, cùm fateatur Iure Canonico teneri hæredem ad satisfactionem damni & læsionis illatę per defunctum, quia defunctus tacitè hoc heredi iniungit; quę tamen ratio rectè confutatur à Couuar.

Tertiò, in hoc Doctores conspirare videntur, Ius Ciuile in hac proposita specie seruandū fore in ditione Cęsarea, Ius autem Canonicum in foro Ecclesiastico, vel etiam in foro Cęsareo, coram tamen iudice Ecclesiastico per denunciationem Ecclesiasticam, iuxta c. Nouit, de Iudicijs. Ita Cacheranus, decis. Pedemontana 152. no. 6. Antonius Gomes. loco superiùs citato. Prosper Farinaceus, lib. 1. qq. crimin. ti. de Inquisitione, quæstione 10. post numerum 64. vers. Limitando.

Cōtrouersum autem est, an in heredes detur actio ex delicto descendens, cùm non pœnę, sed rei meram cōtinet persecutionem, hoc est, an detur in solidum, an uerò duntaxat in quantum ad eos peruenerit. Etenim affirmare uidetur Couuaru. loco superiùs annotato, Antonius Faber, lib. 4. Coniectur. Iuris, cap. 1. non procul a fine. Idem mihi videtur sentire, licet non ita generaliter, Petrus Faber ad l. Sicuti pœna, nu. 20. de reg. iuris.

Argumenta sunt ista. Primum ex l. Si pro fure. §. 2. ff. de condict. furtiua. *Condictio furtiua*, inquit, *quia rei habet persecutionem, hæredem quoque furis obligat.* Et hæc hæredis obligatio in solidum est, non autem in quantum ad hęredem peruenit, l. 9. ff. eod. tit. vbi Vlpianus, *in condictione furtiua non pro parte qua peruenit, sed in solidum tenemur, dum soli heredes sumus.*

Secundum est ex §. His autem verbis, in Instit. de lege Aquilia, vbi Iustinianus ait: *Ideoque constat in hæredem eam actionem non transire, quæ transitura fuisset, si vltra damnum nunquam lis æstimaretur.*

Tertium est, quia leges quibus dicitur actiones in hæredes non transire, loquuntur de pœnalibus actionibus, vt patet ex l. 1. ff. de priuatis delictis, ex l. Sicut pœna, de reg. iur. ex §. Non omnes, in Instit. de perpetuis & tempo. actio. & alijs similibus.

Contrariam sententiam secuti sunt Doctores magis communiter, nimirum, excepta condictione furtiua, alias actiones ex delictis non transire in hæredes, licet rei persecutionem contineant. Vide Antonium Gomes. d. c. 1. de delictis, nu. 85. Phanucium de Inuentario hæredis, parte 7. nu. 70. Prosperum Farinacium, dicta quæst. 10. num. 64. Hartmannum Pistoris, Quæstionum iuris lib. 1. quæst. 27.

Scio Iacobum Cuiacium etiam de coodictione furtiua, an in solidum transiret in hæredē dubitasse, lib. 7. Obseru. 37. sed rectè eius argumentis occurrit Antonius Faber, d. c. 1. lib. 4. Coniecturarum. Vidi etiā eundem Cuiacium, circa cōdictionem furtiuam, communi sententiæ acquiescentem in recitationibus ad tit. C. ex delictis defunctorum, nuper editis, vbi etiā hāc communem sententiam secutus est.

Hanc sententiam communiorem ego existimo probabiliorem esse, & sequor. Primùm ex l. vltima, C. rerum amotar. vbi Diocletianus: *De rebus quas diuortij causa quondam vxorem tuam abstulisse proponis, rerum amotarum actione contra successores eius non in solidum, sed in quantum ad eos peruenit, &c.*

Sed rerum amotarum actio continet rei persecutionem, licet ex delicto nascatur, l. Si mulier, §. Hæc actio, ff. de actiu. rer. amotar. Ergo actio quę ex delicto A nascitur, & rei persecutionem continet, non datur in hæredem, nisi in quantum ad eum peruenit.

Respondet Antonius Faber, illa verba, *contra successores eius non in solidum*, hunc sensum habere, singulos hæredes in solidum non teneri, sed vnumquemq; pro ea duntaxat parte, quę ad eum peruenit, atque ita Vlpianum ipsum locutum esse in l. 9. ff. de condictio. furtiua, dum dixit, *in solidum tenemur, dum soli hæredes sumus.* vt ostenderet, cùm plures sunt hæredes, eos in solidum non teneri, non quòd ab omnibus solidum id, quod subtractum est, exigi non possit, sed quia si omne id quod furto subtractum est, ad aliquos ex cohæredibus peruenerit, solidum ab ijs petendum est, non ab alijs ad quos nihil peruenit.

Non rectè, quia hæc est Vlpiani sententia in d. l. 9. hæredes furis pro parte hæreditaria teneri, non pro eo quod ad singulos peruenit, licet aliàs, cùm agitur ex maleficio, hæredes teneantur, in quantum ad eos B peruenit, vt in l. vnica, C. ex delictis defunc. Et ideo Vlpianus ait. *In solidum tenemur, dū soli hæredes sumus, pro parte verò hæres, pro ea parte pro qua hæres est, tenetur.*

At l. vlt. C. rerum amotar. nō ita loquitur, ait enim: *Rerum amotarum actione contra successores eius non in solidum, sed in quantum ad eos peruenit*, &c. Quibus verbis significatur, apertè eos teneri in quantum ad eos peruenit ex maleficio, scilicet defuncti, nō autem singulos teneri pro parte hæreditaria, & non in solidū. Aliud est enim dicere, hæredem pro parte, pro qua hęres est teneri, & consequenter si hæres sit, solum in solidum teneri, sicut Vlpianus loquitur. Aliud est hæredes teneri in quantum ad eos peruenit, sicut loquitur Diocletianus. Hæc enim verba hunc habent sensum, scilicet in quantum ad eos peruenit ex delicto; Igitur si nihil ex delicto ad eos peruenerit, non teC nentur, nisi lis fuerit cum defuncto contestata.

Secundò, hęc sententia communis probatur. Nam actio, quod iudicij mutandi caussa rem tantùm persequitur, nec datur in hæredem, quia ex delicto nascitur, l. 5. §. vlt. Cū duabus legibus sequētib. ff. de alien. iud. mutandi causa. vbi sic habetur: *Hæc actio non est pœnalis, sed rei persecutionem arbitrio Iudicis continet, quare & hæredi datur; in hæredem aut vel similem, vel post annum non dabitur: Quia pertinet quidem ad rei persecutionem; Videtur autem ex delicto dari.*

Quid clarius adferri potest?

Tertiò probatur. Nam actio de dolo persequitur rem, id est, id quod interest, nec in hæredem datur; nisi quatenus ex delicto ad eum peruenit, l. si plures, l. In hæredem, ff. de dolo.

Quartò probatur ex l. vnica, C. ex delicto defunc. in quantum hæredes teneantur, Diocletianus: *Post litis contestationem eo qui vim fecit, vel concussionem intulit, vel aliquid deliquit D defuncto successores eius in solidum, alioquin in quantum ad eos peruenit conueniri, iuris absolutissimi est, ne alieno scelere ditentur.*

Perpendantur illa verba, *vel aliquid deliquit*, quibus hoc indicatur, actiones ex delicto nascentes, non dari in hæredes, nisi in quantum ad eos peruenit, non distinguit lex, an actio rei persecutionem contineat, vel pœnæ, quia etiamsi rei persecutionem contineat, hæredes non tenentur, nisi in quantum ad eos peruenit.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, in condictione furtiua ita verè constitutum esse, vt hæredes in solidum teneantur. Et licet Vlpianus hanc rationem adferat, quia rei persecutionem continet, non licet tamen nobis inde colligere generalem regulam, actiones quæ rei persecutionem continēt, etiā ex delicto orientes in hęredes dari, quia obstāt huius regulæ leges quas attulimus. Sit igitur specialis ea lex odio furū, vt & alia sunt, specialiter cōstituta, teste Iustiniano in §. Sic itaque, in Instit. de actio.

Ad

Ad secundum argumentum respondeo, illud de actione ex lege Aquilia accipiendum esse, eam in hæredes transituram fuisse, si vltra damnum nunquam lis æstimaretur, vel quia leuissima culpa venit in lege Aquilia, l. In lege Aquilia, 45. ff. ad legẽ Aquil. vel quia eadem ratio esset quæ in condictione furtiua.

Ad tertium respondeo, etsi fiat mentio pœnalis actionis in aliquibus legibus, in alijs tamen quas attulimus mentionem fieri actionis quę ex delicto oritur, & negari eam in hęredem dari, nisi vel lis cum defuncto contestata fuerit, vel hęredes ex delicto locupletiores facti sint.

CAPVT VI.

An tortura purget veras & legitimas probationes.

EX facto proponebatur non semel in Collegio huius inclytæ facultatis Iuridicę; Cùm reus de crimine confessus esset, absque tormentis, deinde confessionẽ reuocasset, errorem autem confessionis nõ probasset, & ideo Iudex eum quęstionibus subiecisset, is verò quęstionibus subiectus, constanter se delictum commisisse negasset, an, & quomodo condemnãdus, an verò absoluendus esset? Et licet absoluendum esse multi existimauerint, quia plurimum quęstiones valẽt ad eruendam veritatem, l. Edictum, ff. de quęst. & tradunt in proposito, Cepolla, cons. criminali 32. Marsil. sing. 162. Bossius de indicijs & considerationibus ante torturam, nu. 132. & seq. tamen hanc sententiã Collegium nunquam sequi voluit, memoria retinẽs atq; perpendens, quod Vlpianus scribit in l. 1. ff. de quæst. quęstionibus *neque adeò fidem esse adhibendam*, & in §. quęstioni, *quæstioni fidem non semper, nec nunquam habendam*, &c. Aliquando igitur absoluit reum, aliquando condemnauit, nunquã tamen pęna ordinaria, prout ex probationibus factis, cęterisq; argumentis & circũstantijs existimare potuit, confessionẽ factam verã fuisse vel falsam. Porrò nunquam probare potui Antonij Gomesij sententiam, tit. de delictis, cap. 13. nu. 20. affirmantis, absolutè reum condemnari posse, secundum hanc facti speciem, quia vtile per inutile nõ vitiatur; Item, quia defuncti vulnerati expurgatio nõ prodest. Tertiò, quia in arbitrio esset imperiti Iudicis reum noxium à pœna delicti liberare. Denique ex l. 1. iuncta Glossa. C. de quæst.

Responderi enim ad singula potest in hunc modũ. Vtile per inutile non vitiatur. Brocardicum est, quãdoque enim secus est, vt notant omnes, in l. 1. §. Sed si mihi. ff. de verb. oblig. Cauendum ab his brocardicis: Et ab ijs qui *puppim & proram* in eis constituunt, quoniam incerta sunt, & lubrica valde.

Ad secundum respondeo, hæc esse dissimilia. Fieri enim potest, vt vulneratus moriens, vel mentiatur, vel aberret. Nec omnis qui moritur est S. Ioannes Baptista, vt nostri Glossatores sæpè dicunt.

Ad tertium, negatur in arbitrio Iudicis esse, vt pœnam reus euadat: Nam reus tormentis subiectus iterum fateri posset: At cur quæstionibus subiicit reum confitentem vel conuictum? Quia *si quis vltro de maleficio fateatur, non semper ei fidem habendam esse.* Vlpianus mouet in l. 1. §. Si quis vltro, ff. de quæst. Ad probationes quod attinet notum est, Rescriptum Diui Adriani, ad Valerium Verum: *Quæ argumenta ad quẽ modum probandæ, cuiq; rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest*, l. 3. §. 2. ff. de Testib. Et turfus ibi. *Te ex sententia animi tui existimare oportere quid aut credas, aut parum probatum tibi opineris.*

Ergo Iudex subijciens reum quæstionibus, non videtur habere fidem confessioni; Videtur probationes suspectas habere. Si imperitè agat, iniustè, imprudenter, ipse rationem reddat. Respub. quę eum elegit, puniat, vel aliter prospiciat, aut sibi imputet, quod imperitum elegerit & constituerit iudicem. Reo tormentis iam afflicto, noua afflictio addenda non est, vt perinde condemnetur, ac si in priori confessione perseuerasset. Non habetur ratio hac in re, quòd ex iudicis imperitia Respub. lædatur nocentis hominis liberatione. Quid enim si reum absoluisset nocentissimum? Nonne autoritas rei iudicatæ eum defenderet? Igitur & tortura illata, licet imperitè, eum defendere debet.

Ad l. 1. C. de quæst. & Glos. ibi respondeo, nihil ad rem facere. Nã nõ loquitur de reo ipso quæstionibus subiecto, postquam probationibus conuictus est, sed de seruis ipsius rei quæstionibus subiectis, cùm opus non esset. Sic enim ait textus: *In cæteris autem quanquam ea quæ seruus contra dominum dixit, iudicaturi sententiam formare non debeant: tamen si alijs quoque probationibus fides veritatis inuestigetur: præscriptionis inuidia euanescit.* Glossa autem sic: *Sed hic de facto fuerunt torti* (scilicet serui) *sufficienter tamen aliàs* probatũ est. Vnde licet dominus dicat non *debuisse torqueri* (scilicet seruos) *& benè dicat, non tamen per hoc absoluitur, cùm aliàs sit plenè probatum, & sic suum dictum pro nihilo est, cùm & seruorum dictum sit nullum.*

Autor sum studiosis, & veritatis amatoribus, vt semper legum fontes inspiciant, ex quibus argumenta ducuntur: Sic enim facilè quantum habeant momenti dijudicabunt.

CAPVT VII.

Actio iniuriarum ex lege Cornelia, an sit annalis vel perpetua.

ACtionem iniuriarum descẽdentem ex lege Cornelia perpetuam esse (quæ fuit olim sententia Martini Glossatoris) frequentissimis Doctorum suffragijs receptum est, vt perspicere licet ex Balbo de præscript. 4. parte 4. partis princ. quæst. 2. nu. 6. Claro in §. Iniuria, vers. Tollitur autẽ, Rolãdo à Valle, cõs. 39. nu. 15. li. 2. Mynsingero Cẽt. 1. Obseru. 84. Prospero Farinacio q. crimin. tit. de inquisitione, q. 10. nu. 23.

Fundamentum est, quia actiones quæ ex legibus proficiscuntur sunt perpetuæ, hoc est, non minore quàm 30. vel 40. annorum spatio extinguuntur, Instit. de perpetuis, & tempo. actio. in principio, l. Sicut, l. Omnes, C. de præscript. 30. vel 40. annor.

Sed contrariam sententiã amplexus fuit olim Azo in Sũma, tit. de iniurijs, quẽ multi alij secuti sunt, nimirũ, annalẽ esse actionẽ istam, Antonius Gomesius Variar. resolut. tit. de iniurijs, c. 6. nu. 15. vers. Dubiũ tamen est. Plotus inter cõs. criminalia, lib. 1. cons. 131. nu. 19. Rota, decis. 240. tit. de iniurijs in nouis.

Fundamentum est, quia odiosa est hæc actio, ob infamiam quam irrogat: & quia generaliter & absolutè dicitur in l. Si non conuitij, C. de iniurijs, actionẽ iniuriarum annuo tempore præscribi, quare hæc actio excipienda esse videtur à reliquis actionibus ciuilibus, quæ sunt perpetuæ.

Equidem negari non potest, quin prior sententia firmiori nitatur fundamento, quia l. Si non conuitij, loquitur de actione prætoria, vt patet ex iniuria, de qua ibi agitur illis verbis expressa, *homicidij conuitium obiecisti.* Veruntamen optandum esset, Constitutionibus Principum tam odiosas actiones Christianæ religioni minimè consentaneas coarctari ad breuissimum tempus, ne in Repub. tam sæpe obstreperent; Cuius rei autores legum nostrarum studiosissimos fuisse constat: quoniam actionem iniuriarum dissimulatione

latione aboleri, Iureiurando, Pacto, nec hæredi, nec io hæredem dari ſtatuerunt. Rectè, oeque enim iniuriarum actio ad rem pecuniariam ſeu familiarem ſpectat, ſed ad vindictam. Sed dicit Dominus noſter: *Mihi vindictam, & ego retribuam.* Et Lucæ cap. 6. *Diligite inimicos veſtros,* &c. Et Leuit. 19. *Non quæras vltionem, nec memor eris iniuriæ ciuium tuorum.* Et Eccleſ. 10. *Iniuriæ proximi ne memineris.* Non eſt tamen prohibitum Chriſtiano accuſare alterum, ſi ea ſeruentur, quæ Preceptor meus Decianus explicat tract. crimin. lib. 3. c. 4. ex D. Thoma, & alijs.

CAPVT VIII.

Annus quo iniuriarum actio finitur quando incipiat.

ANnum quo iniuriarum actio finitur ex die irrogatę iniuriæ initium ſumere, Accurſius, Cynus & Albericus docuerunt, in l. Si non conuitij, C. de iniurijs, Rota Romana deciſ. 240. tit. de iniutijs, in nouiſſ. & Clarus §. Iniuria, verſ. Tollitur antem.

Fundamentum eſt, quia iniuria fit tam præſenti, quàm abſenti, l. Item apud Labeonem, §. Conuitium, ff. de iniur. Ergo actio iniuriarum ſiue abſenti competat, ſiue præſenti, ſemper anno finitur: & currit etiam abſenti & ignoranti, conſequenter ex die, quo illata eſt iniuria, non autem ex die ſcientiæ. Preſertim, ſi iniuria publicè nota eſt: nec enim probabilis aut iuſta ignorantia eſt eorum, quæ publicè nota ſunt. Et cùm actio iſta odioſa ſit, hæc interpretatio æquior exiſtimari debet, quia per eam magis coarctatur & reſtringitur.

Contrariam ſententiam habuerunt Baldus in d. l. Si non conuitij. Bartolus in Inſtit. de iniurijs, num. 3. Hieron. Schurff. conſi. 61. nu. 6. Cent. 1. quos Andræas Geyll, ſecutus eſt lib. 2. Obſeruat. 105. nimirum annū incipere ex die ſcientiæ, quia eſt annus vtilis, non autem continuus, cùm à Pretore conſtitutus fuerit, vt notat Gloſ. in §. 1. Inſtit. de perpetuis & tempo. actio. & quia currit tantùm ob moram & negligentiam nō agentium. Ignorans autem non videtur eſſe negligens.

Hanc poſteriorem ſententiam ego ſequor, & hanc ei lucem adfero. Annus plerumq; vtilis eſt, cuius fit mentio à Iuriſconſultis, præſertim verò a Prætore cōſtitutus, l. Si cum exceptione, §. Poſt annum, ff. de eo, quod met. cauſſa, §. Rurſus, In it. de action. in l. vlt. C. de tempo. in integ. reſtit. in l. Interdum, ff. de minor. l. 1. ff. Quando de peculio actio, l. 1. ff. Si quis teſta. liber. &c. notat Antonius Goueanus lib. 1. Variar. lectio. ca. 10. Briſonius lib. 1. de verb. ſig. in uerbu *Annus.* Cuiacius de diuerſis & tempor. preſcript. cap. 20. non procul à principio. Franciſc. Marcus deciſ. 26. Bardus de tempore vtili & continuo, c. 8. num. 2. in terminis noſtris. Cuiacius ad l. Si cum exceptione, §. Poſt annum, ff. quod metus cauſſa, vbi textus hanc ſententiam probare videtur, illis verbis: *Et ſanè cùm per metum facta anno quidem vtili exoleuerit.*

Annus autem vtilis dicitur, quo experiendi poteſtas datur. l. 1. ff. quę in fraudem credito. l. 1. ff. de diuerſ. & tempor. preſcript. Qui verò *neſcit is videtur experiundi poteſtatem non habere,* ut reſpondit Caius, in l. 6. ff. de Calumniat. Et Papinianus: *Cùm ſex mēſes vtiles, quibus experiundi poteſtas fuit, redhibitoriæ actio præſtetur, non videtur poteſtatem experiundi habuiſſe, qui vitium fugitiui latens ignorauit,* l. Cùm ſex, 55. ff. de ędil. edicto. Idem pręclarè Vlpianus docet, in l. 2. ff. Quis ordo in bonor. poſſeſſ. ſeruet. Continuum autem tempus, ſiue annus cōtinuus currit etiam ignoranti, l. Genero, ff. de his qui notant. infam.

Igitur annus à Pretore conſtitutus non currit ignoranti: cùm utilis ſit, & non continuus.

Ad argumentum contrarię ſententię reſpondeo, fatendo iniuriam fieri etiam ignoranti, ſed non inde efficitur etiam ignoranti currere annum qui ad agendū conſtitutus eſt. Illud ueriſſimum cenſeo, quod & Papinianus monet in d. l. Cùm ſex, diſſolutam ignorantiam non excuſare, utputa ſi quis neſcierit, quod populus ſciebat. Diſſoluta ignorantia non eſt ferenda, l. 6. ff. de iuris & facti ignor. Diſſoluta negligentia propè dolum eſt, l. Si fideiuſſor, ff. Mandati.

CAPVT IX.

Iniuria per Scripturam facta an poſt annum actione propoſita vindicari poſſit?

INiuriam per Scripturam ſeu libellum famoſum illatam, ſimilem eſſe iniuriæ uerbis factę, rectè Ludouicus Romanus mihi reſpondiſſe uidetur conſi. 378. num. 1. quem refert & ſequit' Aufrerius ad Capellam Tholoſanam, deciſ. 127. circa finem. Quamobrem, eius actionem annu expirare reſpondit Plotus conſ. 131. nu. 19. inter conſ. criminalia, vol. 1.

Fundamentum eſt in l. Item apud Labeonem, 15. §. Ait Pretor, ff. de iniur. vbi ęquo iure cenſetur iniuria verbis facta, uel ſcripto, dum ait Iuriſconſultus; *Hæc autem ferè ſunt, quæ ad infamiam alicuius fiunt,* &c. *aut ſi carmen ſcribat, vel proponat, vel cantet aliquid, quod pudorem alicuius lædat,* iunctis uerbis pręcedentibus, quibus dicitur edictum ne quid infamandi cauſſa fiat ſuperfluum videri, *cùm ex generali Clauſula iniuriarum agere poſſimus.* Conſtat autem actionem iniuriarum uerbis factam anno finiri, ex l. Si non conuitij, C. de iniurijs. Ergò & iniuria per libellum famoſum illata, anno extinguetur.

Quæ cùm ita ſint, aſſentiri non poſſum Zaſio in l. Cùm lex, num. 12. ff. de legibus, & Andr. Geyll. eum ſequenti, lib. 2. Obſeruat. 104. aſſerentibus, iniuriam ſcriptam aut pictam realem cenſeri: ac proinde anno nō extingui, quia Scriptura eſt perpetua & ſemper manet: quod nego: lex quidem perpetua eſt, l. Ariani, C. de hæreticis, non autem eiuſmodi Scripturæ, quas iubet lex corrumpi, atque igne cōſumi, l. Vnica, C. de famoſ. libellis. Quid ergo eſt in cauſſa, ut ī re dubia & odioſa actiones annales perpetuas faciamus? Sanè ubi ita receptum ſit, & cautum, uel Conſtitutionibus Principum, uel Conſuetudine Prouinciæ, ut ſcriptæ iniuriæ pro realibus habeantur, & earum actio ſit perpetua, quò magis homines deterreantur, & abſtineant a famoſis libellis, id non improbo, quia res peſſimi exempli eſt, & ſeueriſſimè uindicāda: ſed uerſabar in iure noſtro Iuſtinianęo interpretando, quod eā actionem anno mihi concludere uidetur.

CAPVT X.

An veritas conuitij excuſet iniuriantem à pęna.

MAxima olim fuit controuerſia hac de re, ut cognoſci poteſt ex conſilio Buerij 4. ubi ſeptem diuerſæ ſententiæ referūtur; nunc uerò in hanc diſtinctionē eſt conuentum, quam etiam Imperialis Iudicij Aſſeſſores ſequuntur, teſte Andrea Geyll, lib. 2. Obſeruat. 99. ut ſi quidem conuitium crimē cōtineat, quod Reipublicæ interſit ſciri atq; innoteſcere, ut puniatur nocens, tunc nulla pęna afficiatur, ſecus autem ſi non ſit tale crimen.

Fundamentum eſt in l. 18. ff. de iniurijs. Paulus; *Eum*

Eum qui nocentem infamauit, non esse bonum & aequum ob eam rem condemnari. Peccata enim nocentium nota esse & oportere & expedire.

Verùm Couuar. lib. 1. Variar. resol. cap. 11. num. 6. aliter existimat, quando praua intentione atque iniuriandi animo huiusmodi conuitium profertur. Idem sensit Aufrerius ad Capellam Tholosanã, decis. 127. & Don Ludouicus à Peguera, in decis. Consilij Cathaloniæ, quæst. 13. nu. 15. & 16. Menochius consil. 42. nu. 29. & 30. lib. 1.

Fundamentum est: quia etsi bonum sit ac Reipublicæ vtile, nocentium crimina nota esse: & ea manifestari; tamẽ prauus animus reuelãtis, rem efficit iniquam, cap. Cùm minister, c. Relegentes, 23. quæst. 5.

Adseritur quoque l. Si non conuitij, C. de iniur. l. Illud, §. Iniuria, ff. de iniur. l. Iustissimos, C. de off. rector. prouinciç, l. 2. C. quãdo & quib. quarta pars, lib. 10.

B Verùm istis non obstantibus communem illam distinctionem & veram esse censeo, & locum sibi vendicare, licet animo iniuriãdi & praua intentione crimen obijciatur: & hoc intelligo quantum ad forum externum, vt scilicet is qui talem iniuriam fecit, & cõuitium dixit, non teneatur iniuriarum actione, neque puniri possit. Nam quantum ad forum internum sine dubio peccat is, qui prauam habuit intentionem, & animam iniuriandi.

In hanc sententiam venio motus autoritate d. l. 18. Certum est enim Paulum in ea lege loqui de eo, qui animum habuit infamandi, atque adeò iniuriandi. Nam si non haberet quis animum iniuriãdi, nulla esset ratio dubitandi, quin cessaret actio iniuriarum, & eo nomine condemnatio, l. Si non conuitij, C. de iniur. arg. l. Illud, §. Iniuria, ff. eod. Ratio dubitandi erat illa, quia is qui aliquem infamauit, tenetur actione iniuriarum, l. Item apud Labeonem, §. Ait Prætor, ff. de iniur. Ratio autem decidẽdi est, quia crimina proferri in lucem publicè expedit. C Hæc ratio publicç vtilitatis rigori iuris præfertur, secundùm quem puniẽdus est, qui alium infamauit, hoc semper supposito, quod animum iniuriandi habuerit, nam si desit iniuriandi animus, etiam cessante ratione publicæ vtilitatis, non est locus iniuriarum actioni. Est enim accipiendum Pauli responsum de eo, qui tenebatur aliàs actione iniuriarum, consequenter de eo, qui animum iniuriandi habuit, nam sine animo iniuriandi non teneretur.

Ad argumentum sic respondeo, prauum animum infamantis efficere quidem rem iniquam, & eum peccare, sed quia expedit vt nocentium crimina detegantur, æquum non esse eam ob caussam eum cõdemnari, vt respondit Paulus in d. l. 18. Nec ad rem faciunt, c. Cùm minister, & c. Relegentes, tantùm abest, vt huic sententiæ aduersentur.

D Ad l. Si non conuitij, C. de iniur. & l. Illud, §. Iniuria, respondeo, fateor iniuriarum actione teneri eum, qui animum iniuriandi habuit, sed hoc in casu iuris rigor remittitur propter publicam vtilitatem, quç hoc exigit, vt delicta puniantur, l. Ita vulneratus, ff. ad l. Aquil.

Sed dices, l. Si non conuitij, loquitur de eo, qui crimen homicidij obiecerat, quod enunciari & puniri expedit. Respondeo, non constare, an nocens esset is, cui obijciebatur, nec constare, an ille fuisset, vel punitus, vel restitutus ac liberatus. Ergo; cùm res in obscuro sit, ita accipiendum erit illud Rescriptum, vt Pauli responso non aduersetur, quod est in d. l. 18. ff. de iniur.

Quod attinet ad l. Iustissimas, nihil ad rem facit, nihil continet, ex quo argumentum sumi possit, esse puniendum eum, qui iniuriandi animo infamauerit nocentem, cuius crimina esse nota publicè expediat. Non credis? Non grauabor ergo tibi verba adscribere: *Iustissimos & vigilantissimos Iudices publicis acclamationibus collaudandi damus omnibus potestatem, vt honoris eis auctiores proferamus processus: & è contrario iniustos & maleficos querelarum vocibus accusandi, vt censura nostra vigor eos absumat. Nam si vera voces sint, nec ad libidinem per clientelas effusa, diligenter inuestigabimus, Praefectis Praetorio & Comitibus, eis per prouincias cõstituti sunt, prouincialiũ nostrorũ voces ad nostrã sciẽtiã referẽtibus.*

Nullũ verbũ puto obseruare potuisti, quo lex indicaret puniendũ esse eũ, qui nocenté animo prauo infamauerit: Etsi enim Imperator inuestigaturũ se dicat, an veræ sint voces, vel ad libidinem per clienrelas effusæ, sequitur ne, eundem velle vt ij puniantur, qui nocentem infamarunt aduersus responsum?

Porrò l. 2. C. quando & quib. quarta pars, lib. 10. adducitur propter illa verba: *Quid enim tam durum, tamq; inhumanum est, quam publicatione pompaq; rerum familiarium, & paupertatis detegi vtilitatem, & inuidia exponere diuitias?* quæ sanè verba neque cominus, neque eminus sententiam nostram oppugnant, tantùm abest, vt eam expugnent.

CAPVT XI.

Quid si libello famoso crimen alicui verum obijciatur, quod publicè expediat notum esse, an is qui libellum infamandi caussa scripsit, pœna condemnandus sit capitali.



Vod Paulus scribit in l. 18. ff. de iniurijs: *Eum qui nocentem infamauit, non esse bonũ & aequum ob eam rem condemnari. Peccata enim nocentium nota esse, & oportere & expedire.* Arbitror etiam ad eos pertinere, qui libellum famosum scripserint, & moneor, quia Paulus loquitur de eo, *qui nocentem infamauit*. Is autẽ dicitur infamare, qui *quodcunque dixerit vel fecerit, vt aliquem infamet*, &c. *aut si carmen conscribat, vel proponat*, &c. l. Item apud Labeonem, 15. §. Ait Prętor, ff. de iniurijs. Idem habetur in l. 5. §. Si quis librum, ff. eo. tit. & in §. Iniuria, Instit. eodem Autores habeo huius sententiæ Petrum & Cynum, in l. Vnica, C. de libellis famosis, Angelum, in l. Lex Cornelia, §. vlt. ff. de iniurijs, Syluestrũ Pieriũ in Sũma, in verbo, Libellus.

Contrarium docuerunt Glos. in d. l. 18. ff. de iniur. in verbo, *infamauit*. Couuaru. lib. 1. Variar. resol. ca. 1 r. ante nu. 7. Petrus Placa, lib. 1. Epitome delictorũ, ca. r. nu. 5. 6. Fulgosius, in d. l. Vnica, C. de libellis famosis, ad quos refert se Menochius, de arbitr. iudicum, Casu 263. ad finem. Addo ego Steph. Aufrerium, in addit. ad Capellam Tholosanam, decis. 127. & Antoniũ Gomez. tit. de delictis, cap. 6. nu. 1.

Fundamentum ponunt in d. l. Vnica, C. de libellis famosis, vbi est edictum Valentiniani, & Valentis, in hæc verba: *Si quis famosum libellum siue domi, siue in publico, vel quocũque loco ignarus repererit, aut corrũpit priusquàm alter inueniat, aut nulli confiteatur inuentum. Si verò non statim easdem chartulas vel corruperit, vel igni consumpserit; sed vim earum manifestauerit sciat se quasi autorem eiusmodi delicti capitali sententia subiugandum.* Huc usque non facit ad rem nostram, sed in ijs sequentibus verbis: *Sanè si quis deuotionis sua ac salutis publica custodiam gerit, nomen suum profiteatur: & ea qua per famosum libellum persequenda putauit, ore proprio edicat, ita, vt absque vlla trepidatione accedat. Sciẽs quod si assertionibus suis veri fides fuerit opitulata: laudem maximam & praemium à nostra Clementia consequetur. Sin verò minimè haec vera esse ostenderit: capitali pœna plectetur. Huiusmodi autem libellus alterius opinionem non laedat.*

Respondeo, non dicitur in hoc edicto, pœna capitali plectendum eum fore, qui vera crimina libello famoso complexus fuerit. Apparet quidem ex verbis edicti

edicti non placere Imperatoribus eorum audaciam, qui libellis famosis vitam alterius carpunt, & non accusationibus in iudicio, licet vera crimina objiciant, nec alicui etiam placere debet, sed non dicunt, tales licet vera dixerint, plectendos esse. Erit ergo edictum ita accipiendum in dubio, vt Pauli responso in d.l.18. non aduersetur. Et tanto magis hæc interpretatio mihi vero similis videtur; quandoquidem ex Codice Theodosiano sumpta est lex illa Vnica, C. de famosis libellis, vt patet ex l.7. & 9. eiusdem tit. in Cod. Theodosiano, in Codice autem Theod. sub eod. tit. est lex prima Imperatoris Constantini, quæ apertè statuit eos qui libellos famosos conscribunt, comprobare oportere crimina obiecta, nec tamen supplicio etiam si aliquid ostenderint subtrahendos esse. Cur Tribonianus alijque Compilatores hanc Clausulam non adiecerunt, quæ in d.l.1. C. Theodos. continetur; *Nec tamen supplicio etiamsi aliquid ostenderit subtrahatur*? Ego sic existimo, non adiecisse, ne contraria esset lex Pauli responso, in dicta l.18.

At edictum monet omnes, vt accusent potius, & probent crimina præmium & laudem relaturi. Concedo, & rectè facit, nos quoque suademus & approbamus: sed non adijcit pœnam facienti contra admonitionem.

Dices, immò adijcit tacitè, quia supra dixit capitali pœnæ subiugandum eum, qui libellum non statim corruperit, Ergò multò magis subiugandus erit is, qui composuit libellum famosum. Concedo, si falsa dixerit. Si crimina non probauerit vera esse, nam si nocentem infamauerit, æquum bonum non est condemnari eum, atque ita ex Pauli responso edicti sumendam interpretationem statuo. Scio Constitutionibus ac legibus municipalibus nonnullis pœnam statui, etiamsi quis nocentem infamauerit libello famoso, sed quæro nūc ex Iustinianæo iure articuli huius definitionē, non ex aliorum sanctionibus & decretis, quæ nec improbanda sunt, quò magis petulantia detractorum & maleuolorum hominum coerceatur.

CAPVT XII.

An liceat verbis prouocato respondere conuitium falsò dicenti: Tu mentitis.



On licere verbis iniuriosis prouocato dicere: *Tu mentiris*, licet verum dicat, & cōuitium falsum sit, docet Iulius Clarus, dicere communem esse opinionem in §. Iniuria, vers. Quæro etiam, & Villalobus in lib. commu. opinionum, vers. Actione iniuriarum tenetur, nu. 27. Lancellotus Corradus tract. de Duello, parte 1. quæst. 19. nu. 11.

Fundamentum est, quia is qui dicit alicui; *Tu mentiris*, primò illatam iniuriam repellit. Deinde nouam ei infert. Facit enim eum calumniatorem, quoniam dicere, *Mentiris*, idem est, ac si dicatur; Tu scienter falsum dicis, quod calumniatoris est proprium, l.1. §. 1. ff. ad Turpilian. vt notat Alciatus in consi.248. nu.5. Consequenter prouocatus excedit terminos moderatæ defensionis: quare licet mitius puniendus sit, nō tamen prorsus impunè id ferre debet, quia secundùm communem Doctorum sententiam, prouocatio delinquentem non excusat, licet hoc efficiat, vt mitius puniatur, teste Boerio, consil.4. nu.28. & Claru, q.60. vers. Nunc quæro.

Contrarium responderunt Speculator tit. de Aduocatis, §. Iam nunc videndum, nu.3. Bartolus nu.2. Castrēsis, nu.3. in l. Quæ omnia, §.1. ff. de procurat. Albericus in 2. parte, statutorum, quæst.42. Abbas & Felynus, in cap. Cùm te, de re iudic. Baldus, in consi.46. lib.3. Decius, consi.487. nu.5. & 686. num.14. Lucas de

A. Penna, in l. Erat, nu. 5. C. de peculio Castren. militis, lib.12. Bertachinus in Repertorio, in verbo, Iniuriosa, num.63. in fine. Lancellottus Corradus, de officio Prætoris in caussis criminalibus, Rubr. de iniuriantibus, num.4. Capycius decis.58. num.2. Alciatus, cons.363. nu.2. & 368. nu.4. Iason, in l. Vt vim, nu.36. ff. de iust. & iure. Socinus iunior, cōs.123. nu.21. lib.2. Menochius, cons.42. num.20. lib.1. Io. Vaudus, lib.2. quęst.28. Andræas Geyll, lib.2. Obseruat.100.

Argumēta sunt ista. Primum ex l. Quæ omnia, §.1. ff. de procurat. in illis verbis: *Sed si aduersarius vel ipse procurator dicat dominum mentiri, apud Prætorem hoc fieri oportet*, hæc enim verba pertinēt ad purgationem conuitij, vt infrà sequitur ibi: *Nisi fortè purgare magis conuitium, quàm procurationem exequi maluerit*. Et paulò inferiùs, ait Vlpianus: *Cæterùm ferendus est pudorem suum purgans.*

Secundum est ex l.14. §. Si libertus, ff. de bonis li-
B bert. in illis verbis: *Idem puto & si ab eo retorsit in eum penitus crimina. Ignoscendum est enim ei, si voluit se vlcisci prouocatus.*

Tertium sumitur ex sacris literis Hierem. cap. 37. *Ad Chaldæos transfugis, respondit Hieremias, falsum est.* & lib.3. Regum, cap.3. dixit meretrix, cuius filius viuebat, alteri meretrici: *Mentiris.*

Quartum ex l. Deuotum, C. de Metatis & Epidemeticis, lib.12. in illis verbis: *Nec crimē aliquod pertimescat, cùm sibi arbitrium vltionis suæ sciat esse concessum.*

Quintum est, quia dicens: *Tu mentiris*, non habet animum iniuriandi, sed se purgandi, eo ꝙ falsò crimē obijciatur. Constat autem iniuriarum actione non teneri eum qui animum iniuriandi non habuit, l. Si non conuitij, C. de iniur. l. Illud, ff. eod. tit.

Sextum est, quia si licet vim vt repellere facto & re ipsa illatam, l. Vt vim, ff. de iust. & iure. Videtur etiam licere verbis iniuriam illatam repellere, quia est ea-
C dem ratio.

Septimum, paria delicta mutua compensatione tolluntur, l. Viro, ff. sol. matr. l. Si ambo, C. de compensat. Sed in proposita facti specie deliquit is, qui iniuriam & conuitium intulit, Ergo compensari debet cum altero delicto prouocati, qui respondit: *Tu mentiris.*

Octauum, Iniuriarum actio ex bono & æquo est, l. Non solùm, §. ff. de iniur. Bonum autem & ęquum nō videtur, vt in eum quis actionem intēdat iniuriarum, quem prius ipse iniustè prouocauit. Culpa enim penes eum residere intelligitur, quia adortus est prior, & quę inde subsequuntur, non offensioni sed defensioni imputari debent, argum. l. Si ex plagis, §. Tabernarias, ff. ad leg. Aquil. l.1. §. Cùm arietes, ff. si quadrupes paupe. fecisse dicatur.

Hanc sententiam posteriorem tot suffultam argumentorum pręsidijs, tanta & tam euidenti æquitate
D subnixam, tot autoritatibus munitam, & ipse lubens sequor: Et pro eius confirmatione addo hanc rationē. Si in proposita facti specie prouocatus verbis iniuriosis, incideret in pœnam propter illa verba: *Tu mentiris*, istud esset, quia videntur iniuriam quandam continere, quasi calumniator sit is, & scienter falsum dixerit, qui prior conuitium dixit. Sed hoc genus iniuriæ (posita veritate, hoc est, verum esse eum qui conuitiū prius dixit mentiri) non meretur pœnam. Ergo dicēs: *Tu mentiris*, ei qui falsum crimen exprobrauit, pęnam non meretur.

Assumptio argumenti probatur ex l.18. ff. de iniur. vbi Paulus respondit, eum qui nocentem infamauit, *æquum non esse ob eam caussam condemnari, Crimina enim nota esse & oportere, & expedire*. Expedit ergo & oportet notam esse calumniam eius, qui verba iniuriosa dixit, expedit sciri, eum calumniatorem esse, vt puniatur, vt caueant cæteri, Ergò pœnam non mere

tur

tur is, qui coarguit eum mendacij, & tacitè calumniatorem dixit.

Quo argumento responsio elucet ad argumentum contrariæ sententiæ. Dato enim quod ea esset significatio verbi, *Tu mentiris*, saltem ex moribus & loquendi vsu communi (nam nec natura verbi, nec ius nostrum talem agnoscit significationem) tamen id non obstat, quia supponimus verum esse quod illo verbo continetur, scilicet iniuriantem falsum dixisse, & consequenter calumniatorem præsumendum. Nec enim ignorantia eum excusatione dignum facit, quia antequam objiceret crimen, inuestigare veritatem rei debuerat, nec temerè ad iniuriam desilire, quemadmodum leges dicunt, eum qui agit certum esse debere, & prius diligenter rem explorare, & tunc ad agendum procedere, l. Qui in alterius, 42. de reg. iuris.

Quòd verò dicebatur, prouocatum non penitus esse absoluendum, quanquam mitius puniendus sit, ex communi Doctorum sententia, locum habere potest in eo, qui factis prouocatus excessit modum inculpatæ tutelæ, vel in eo qui alias intulit iniurias, & conuitia prouocanti, non autem in eo, qui crimina sibi obiecta purgauit, dicens ad iniuriantem, *Tu mentiris*. Hic enim ita dicit purgandi se gratia, & ea est præcipua intentio eius, non autem alterum lædendi. Quod si ea purgatio continet tacitè quandam iniuriam, id spectandum non videtur. Nec aliter loquitur text. in c. Veniens, de iureiur. quo potissimum nititur illa communis sententia, ibi. *Alternatim conuitia inferendo*. Nec desunt qui prouocatum etiam absolutè, ac in totum venia dignum putent apud Tiraquellum de pœnis legum, causa 1. num. 12. quorum sententiam in terminis quæstionis nostræ verissimam esse non dubito.

CAPVT XIII.

Excipiens contra testes in iudicio quod sint falsarij, improbi, criminosi, &c. & non probans, an teneatur actione iniuriarum.

GRauis quoque controuersia est, an actione iniuriarum teneatur excipiens in iudicio contra testes eò quod falsarios eos esse dicat infames & improbos, &c. Et hæc non probans. Aliquibus affirmantibus teneri, aliquibus verò id negantibus. Vide Angelum Salyc. Iasonem & Baldum in l. vlt. ff. quod quisque iuris, Oldradum cons. 53. Boerium cons. 4. nu. 21. & 22. Aufrer. ad Capellam Tholosanam decis. 409. Bossiũ tit. de iniurijs, nu. 21. Clarũ q. 53. vers. Caueat. Andr. Geyll, lib. 2. Obseru. 101. nu. 7. vbi alios citat.

Affirmantis sententiæ fundamentum est in l. Si nõ conuitij, & l. Si quidem, C. de iniur. in l. Si tibi, C. de lib. causa, in l. Si verò, §. 1. ff. qui satisd. cogan. in c. 1. de elect. lib. 6. &c. Super his, de accusat. in l. 1. C. de Aduocatis diuersor. iudicio.

Negãtis autẽ sententiæ fundamentũ est in l. vlt. ff. quod quisque iuris, & in l. Deferre, §. Si cõmunem, ff. de iure fisci, in l. Nulla, C. de delator. lib. 10. in l. Qui cũ maior. 14. §. Si patris, ff. de bonis libertor. in l. Qui ex libertate, ff. de lib. causa. in l. Si libertus, ff. de in ius vocan. Et quia excipiẽs non videtur testibus crimina objicere animo iniuriandi, sed iuris sui ac se defendẽdi gratia. Nemini autem iniuriam facit qui suo iure vtitur, l. Nullus, de reg. iur. & iuris executio non habet iniuriam, l. Iniuriarum, §. 1. ff. de iniur.

Obseruaui ego bis in collegio inclyto facultatis Iuridicæ almæ Vniuersitatis Ingolstadiensis pronunciatum fuisse, non teneri actione iniuriarum eum, qui talia crimina aduersus testes opposuerit, quia

A scilicet animum iniuriandi non habet, sed defendendi se; Perpendi ego aliàs pro huius sententiæ confirmatione tex. in l. Si quis de libertate, 12. ff. de iniurijs, vbi Caius: *Si quis de libertate aliquem in seruitutem petat, quem sciat liberum esse, neque id propter euictionem, vt eã sibi conseruet, faciat, actione iniuriarum tenetur.* Et l. Deferre, ff. de iure fisci, in illis verbis: *Sed communem causam sibi cum fisco quiuis deferre potest, nec per hoc famosus est, licet in causa sua non obtinuerit.* Sic & in l. Delator 44. ff. eodem. *Delator non est qui protegenda suæ causæ gratia aliquid ad fiscum nunciat.* Quibus legibus difficilem esse responsionem dicebat Oldradus in dicto consilio 53. in fine, nec se videre rationem diuersitatis.

Ad leges pro contraria sententia allatas ita respondeo. Ad l. Si non conuitij, nihil ad rem facere, quia loquitur de eo qui in rixa cõuitium dixit. Ad l. Si quidẽ, respondeo, eam legem non loqui de eo, qui sui iuris

B asserendi aut defendẽdi gratia auiam suam ancillã esse dixit, sed infamandi causa, vt patet ex illis verbis: *Si auiam tuam ancillam infamandi causa respub. Ciuitatis Comanensium dixit*, &c.

Ad l. Si tibi, C. de lib. caus. respondeo, eam loqui de eo, qui improbè seruitutis quæstionem mouit, id est, *per calumniam*, vt exponit Glo. ibi, at nos loquimur de eo qui se defendendi gratia exceptiones opposuit.

Ad l. Si verò, §. 1. ff. qui satisd. cogan. respondeo, non facere ad rem nostram, nam loquitur de eo qui euidentissimè locupletem, aut approbatum fideiussorem non accepit, *quia sane non sine qualibet iniuria est*, inquit, *duci in ius eum qui satis idoneum fideiussorem det.*

Ad c. 1. de elect. lib. 6. responden, loqui de eo, qui crimina obiecit aduersus electum, & non dicit eum teneri actione iniuriarum, sed Ecclesiasticis beneficijs suspensum esse, &c. Idem dicitur in d. c. Super his, de ac-

C cusa. vbi dicitur puniendum esse talem excipientem, & crimina objicientem secundum arbitrium Iudicis discreti. De eo autem qui excipiendo crimina opposuit, vt quis a testificatione vel accusatione repellatur, & non probauit, nihil ibi decernit S. Pontifex an sit puniendus, nec ne.

Ad l. 1. C. de aduoc. diuersor. iudicior. respondeo, loqui de eo qui instituit accusationem, contra patronũ causæ, quia præuaricatus fuisset: & ait, *si non docueris præuaricatum calumnia notaberis*, quod nil commune cum quæstione nostra habet.

CAPVT XIV.

In accusatione vel inquisitione de crimine falsi, an sit necesse locum & tempus adijcere commissi delicti?

D *PAulus. Libellorum inscriptionis conceptio talis est, Consul & dies. Apud illum Prætorem vel Proconsulem Lucius Titius professus est, se Mæuiam Lege Iulia, de adulterijs ream deferre, quod dicat eam cum Caio Seio in Ciuitate illa, domo illius, mense illo, Consulibus illis adulterium commisisse. Vtique enim & locus designandus est, in quo adulterium commissum est, & persona cum qua admissum dicitur, & mensis. Hoc enim lege Iulia publicorum cauetur, & generaliter præcipitur omnibus, qui reum aliquem deferunt.* l. 3. ff. de Accusat. Idem ferè habetur in l. In causis, C. eodem tit.

Sed controuersia est, an hęc solennia quæ ad locum & tempus pertinent commissi delicti adhibenda sint, etiam in accusatione vel inquisitione criminis falsi. Negat Glos. i Instit. de publicis iud. in prin. in verbo, *& in instituendo*, Baldus in cap. 1. nume. 20. quibus mod. feud. amittatur. Angelus de Maleficijs, i ver. Falsario, nu. 37. Marsil. Sing. 163. Ferãtes Gatzarcus inter consil.

consf.crimin. vol.1. consf.125.D.mens Cephalus, consf. 304.num.114.lib.3. Menochius consf.100. nu.88.lib.1.

Fundamentum si requitas, nullum aliud inuenio quàm illud, quod falsum occultè committatur, & idcirco acertimam indaginem fieri oporteat, *argumentis, testibus, scripturarum collatione, aliisq. vestigijs veritatis, nec accusatori tantùm quæstionem incumbere, nec probationes eidem totam necessitatem iniungi, sed inter vtramque personam iudicem esse medium*, vt in l. Vbi, C. ad l. Cornel. de Falsis.

Sed profectò si verum amamus, non est hoc fundamentum tanti roboris, vt à generali iuris regula falsi crimen excipiendum persuaderi cuiquam possit. Nam quod crimen magis occultè perpetratur quàm adulterium? Tamen locus & mensis in eius accusatione designandus est, vt in d.l.3.

Quod verò crimen falsi diligenter ex omnibus indicijs perquirendum sit, nec vno probationis genere, & quod tota inquirendi de crimine, & illud probandi necessitas accusatori non incumbat, sed etiam iudex medius esse debeat, & laborare, vt detegatur, hæc, inquam, non eximunt accusatorem ab implendis iustis ac solemnibus accusationis. quia hæc optimè cohærent simul, vt accusationis libellus contineat locum & tempus, & postea & accusator & iudex diligenter probationes omnes & argumenta, veritatis inquirant.

Contrarium igitur rectè docuit Ægidius Bossius in tit.de Inquisitione, nu.90. quem sequitur Iulius Scarlatinus consf.118.nu.2.inter consf.crim.vol.1.

His adstipulatur d.l.3. ff.de accusat. etenim crimen falsi nulla lege excipitur, nullaque ratione euidenti, aut saltem probabili excipiendum esse ostenditur. Maneat ergo sub generali legis præcepto, cuius mentio fit in d.l.3.

C A P V T XV.

Quæ sint legitima inditia ad inquisitionem specialem, de crimine contra aliquem instituendam.



GRauis disputatio est, quæ sint inditia legitima ad formandam specialem inquisitionem de crimine contra aliquem, variæque ac diuersæ sunt Doctorum sententiæ. Aliqui dixerunt Iudici verè vel præsumptiuè (sic loquuntur) constare oportere eum deliquisse, de quo inquiritur. Ita Angelus de Maleficijs, in vers. Hæc est quædam inquisitio, §.2. Alij sufficere leuia inditia & leuiora quàm ad torturam. Ita Brunus de Inditijs, 2. parte, quæst.6. nu.4. Bossius de Inquisitione, nu. 61. Alij dixerunt, inditia quæ sufficiunt ad capturam, multò magis sufficere ad inquisitionem. Conrad. Lancellotus, Pract. criminali, tit. de Inquisitione, num. 34. Alij docuerunt eadem inditia requiri quæ ad torturam requiruntur. Clarus, §.20. vers. Ad formandam. Post hos Menochius, lib.1. Præsumpt.83. inter inditia ad inquisitionem enumerat famam, graues inimicitias, fugam, testimonium socij criminis, affectionem offensi in articulo mortis, & denúciationem Officialis publici.

Nouissimè doctissimus Farinaceus, arbitrio Iudicis id remittendum censet, tit. de Inquisitione, quæst. 1. post nu.45. vers. Propterea crederem.

Ego harum opinionum nullam in iure fundamentum inuenio, quod dignum relatu sit: & meritò id accidit, quia secundum rectam iuris rationem, nulla ex dictis sententijs consistere potest.

Existimo igitur inquisitionem specialem de delicto contra aliquem fieri non posse, nisi præcedente legitima diffamatione, & ideo cùm quæritur, quæ inditia sint legitima, ex quibus inquisitio formari possit, respondendum esse, diffamationem legitimam, legitimum inditium esse, non quia si modo diffamatio præcedat, cætera inditia & argumenta nihil valeant, sed quia si legitima non præcedat diffamatio, non potest inquisitio de iure formari, tametsi alia sint inditia & probationes delicti commissi. Confessionem rei semper excipio, quia si adsit, inquisitio non potest impugnari, c.1. de accusat. lib.6. Scio quoque, non reclamãte reo inquisitionem factam valere, omissa diffamatione, ex c.... eod. tit. Fateor quoque, reum interrogari posse à Iudice ad delictum commiserit, si grauibus inditijs & argumentis, vel semiplena probatione suspectus sit, ex ijs quæ tradit S. Thomas, 2. 2. q.69. art.2. sed non inde inferri potest, inquisitionẽ ex dictis inditijs formari posse, ex D. Thomæ sententiã, vt animaduertit Nauarrus ad Rubr. de indicijs, nu.78. quamnobrem hoc determinatè requiri, vt inditia orta fuerint ex infamia publica, qua reus laborauerit, circa crimen quod inquiritur, ad hoc, vt alij de ipso reo interrogari possint, an delictum commiserit, notauit quoque Reuerendus Pater Gregorius de Valentia, in 3. tomo Disput.6. q. 13. puncto 4. vbi multa de hac materia præclarè disputat.

Sed iam confirmanda est hæc sententia nostra, quę inditia ex sola infamia publica orta requirit ad inquisitionem formandam. Eam igitur confirmo textu Iuris Canonici, ex quo hæc inquisitionis materia purissimum descendit, & ratione quoque euidenti.

Textus est in c. Inquisitionis, 2. de accus. & inquis. vbi sic legitur: *Tertia dubitationis art. vltius continebat, virum cùm duo vel plures iurati affirmant aliquem crimen aliquod eisdem videntibus commisisse: de quo aliqua infamia non laborat, aliquam illi pœnam infligere debeatis.* Et paulò infrà: *Ad hæc respondemus, nullum esse pro crimine, super quo aliqua non laborat infamia, seu clamosa insinuatio non præcesserit, propter dicta huiusmodi puniendum; quinimò super hoc depositiones contra eum recipi non deberet: cùm inquisitio fieri debeat solummodo super illis, de quibus clamores aliquis præcesserunt.*

Habemus textum clarum Innocentij III. apertè respondentis infamiam requiri, & super illis solummodo inquisitionem fieri oportere, de quibus infamia præcessit. Et loquitur S. Pontifex in ea facti specie, qua duo pluresve iurati testes affirmant aliquem eis videntibus deliquisse, quæ sanè depositio, non solum ad torturam sufficit, verùm etiam ad condemnationem, si testes sint omni exceptione maiores: Nihilominus ait Pontifex Maxim. oportere vt reus infamia laboret, & clamosa insinuatione, qua cessante, nec testes recipi posse, nec inquisitionem fieri debere: Vbi sunt ergò qui dicunt alia inditia sufficere ad inquisitionem, cùm duo vel plures iurati testes de visu, vt loquuntur, non sufficiant?

Ratio autem his accedit euidentissima, sumpta ex c. Qualiter & quando, 24. eod. tit. de accus. & inquis. Nam cùm obijci posset aduersus iudicem inquirentem, eundem esse non posse accusatorem & iudicem. Videri autem iudicem fungi accusatoris vice, dum inquirit delictum, respondet huic tacitæ obiectioni S. Pontifex his verbis: *Non tanquam idem sit accusator & Index, sed quasi denunciante fama, vel deferente clamore officij sui debitum exequatur.* Ergò si nulla fama Iudici maleficium denunciauerit, si nullus clamor ad aures eius peruenerit, nulla erit iusta inquirendi causa: nulla ratio eum defendet; quò minus & Iudicis, & accusatoris officio perfungatur, necessaria igitur diffamatio, *non quidem a maleuolis & maledicis, sed a prouidis & honestis*, vt monet S. Pontifex in d. cap. Qualiter & quando, 24.

CAPVT XVI.

Sitne reus definitiuè absoluendus, quando crimen ab eo commissum fuisse Iudici non est probatum.


R repsit in Iudicijs criminalibus consuetudo, vt rei de crimine accusati, vel inquisiti, nunquam definitiuè absoluantur, nisi suam probent innocentiam. Nam si crimen non probetur, absoluuntur ab obseruatione iudicij, quò fit, vt nouis indicijs superuenientibus iterum accusari ac deferri possint, quasi Reipublicæ expediat ita fieri, ad puniendа scelera, & effugiendas delatorum præuaricationes. Vide Iodocum Damhouderium pract. crim. c. 40. Clarum q. 62. vers. Forma. Bossium tit. de sent. nu. 68. Couuar. lib. 1. Variar. resolut. c. 1. nu 8 Farinacium nouissimè, titulo de Inquisitione, q. 4. nu. 27.

Sed contra leges & iustitiam hæc fieri rectè aliqui monuerunt, Iodocus vbi supra, Antonius Gomez. tit. de Tortura reorum, nu. 28. Hieronym. Magnnius decis. Lucensi 89. num. 11. in 1. parte, quibus ego facilè consentio.

Nam regula iuris docet, actore non probante reum esse absoluendum, l. Qui accusare, C. de Edendo. & hæc absolutio definitiua sententia est, quæ prætextu probationum postea repertarum restaurari non debet, l. Sub specie, C. de re iudic. Habet autem actor appellationis remedium, qua nouas apud iudicem probationes adferre potest, l. Per hanc, C. de temp. appel. si eo non vtatur, sed acquiescat rebus iudicatis, non potest reus eandem ob causam accusari; quod & indicat l. Qui de crimine, C. de accus. Et expressè declarat Summus Pontifex, dum ait: *De his criminibus de quibus absolutus est accusatus, non potest accusatio replicari.* c. De his, de accusar.

Expedit quidem Reip. vt crimina non remaneant impunita: sed expedit quoque vt sarta recta sit rerum iudicatarum autoritas.

Non huc pertinet l. Si qui adulterij, C. ad l. Iul. de adult. quia non fuit ibi lata sententia, & dato quod lata fuisset, ratio quædam specialis fuit, vt delinquens puniretur, qui falso consanguinitatis colore crimina depulerat. Sunt & alij speciales casus, quibus semel absolutus iterum accusari ob eádem criminis causam potest, quos eleganter explicat Couuar. lib. 2. Variar. resolut. cap. 10. sed regula est in contrarium, quæ nostræ sententiæ optimè suffragatur: quia non loquimur de casibus, quibus specialiter à regula recessum sit.

Dices, *Graue* (inquit S. Gregorius) *satis est, & indecēs, vt in re dubia certa detur sententia.* c. Graue, 11. quæst. 3. Respondeo, si res sit dubia, laborandum esse vt clara reddatur. Torquendum reum si adsint inditia ad eruēdam veritatem. Si non id patiatur personæ conditio, non est culpa Iudicis: qui cùm de qua re cognouit pronunciare quoque cogendus sit, l. De qua re, ff. de iud. absoluere reum debet, memor eius quod Vlpianus scribit, ex suspicionibus neminem damnandum, & satius esse, nocentem absoluere, quàm innocenté condemnare, l. Absentem, ff. de pœnis. Item eius quod alibi scriptum est, probationes criminum luce meridiana clariores exigi, l. vlt. C. de probatio. Delicta non esse presumenda, l. Meritò, ff. pro socio.

CAPVT XVII.

Gratia delinquenti à Principe concessa, an ad bona extendatur confiscata?


I Princeps delinquenti gratiam fecerit, plenè restiturum videri, & idcirco bona confiscata recuperare, communis est sententia Doctorum, si credendum est Claro, quæst. 59. vers. Quæro nunquid, & Bossiu, de remedijs ex lo-

A la clementia Principis, nu. 5. Bonacossę, lib. 1. Commun. opin. vers. Gratia seu remissio ex doctrina Bartoli, in l. vlt. circa finem, C. de sent. paasis, cuius mentionem facit Iason, in l. Beneficium, col. 4. vers. Perpetuò nota, ff. de constit. Princip.

Fundamentum verò est, quia beneficia Principum latissimè accipienda sunt, d. l. Beneficium, ff. de const. Princ. Huc accedit l. 1. §. Si quis vltrò, ff. de quęst. ibi: *Potes itaque decreti gratiam facere.* Et rursus ibi: *Hac epistola significatur, quasi seruus damnatus si fuisse restitutus,* &c.

Verùm si consulamus legum autores & interpretes, nec veram esse dictam sententiam comperiemus, neque communem. Etenim, veram non esse, palam est ex eo, quod leges discrimen constituunt inter gratiam, siue indulgentiam, & restitutionem: Restituere in integrum, est honoribus, ordini, & cęteris omnibus restituere, l. 1. C. de sent. passis; *Indulgentia restitutio, bo-* B *norum ac dignitatis vno nomine amissorum omnium est recuperatio.* l. vlt. C. eod. tit. Indulgentia verò siue gratia simplex, liberat tantum à pœna, nisi specialiter bonorum restitutionem quis impetrauerit, l. 2. C. de sentent. passis. l. 4. 7. eod. tit. l. 3. C. de Generali abol. l. 2. ff. eo. tit.

Communem verò non esse, perspicuum mihi videtur: quia contrarium docuerunt Cynus & Salycetus, in l. vlt. C. de sent. passis. Angelus inter cons. crimin. vol. 1. consi. 70. num. 15. Antonius Gomez. de tortura reorum, nu. 38. Berous cons. 76. nu. 104. 107. lib. 1. Burlatus alios citans, consi. 84. nu. 10. lib. 2. Rolandus à Valle, alios similiter adducens, cons. 45. nu. 2. lib. 4. Farinacius tit. de Inquisitione, q. 6. nu. 28. Peregrinus, de iure fisci, lib. 5. tit. 2. nu. 17.

Ad l. Beneficium, respondeo, illam esse regulam generalem, sed hanc esse legem specialem quæ declarat quid sit gratia & indulgentia: & quid restitutio. Specialis hæc constitutio in terminis nostris derogat re- C gulæ generali, quia generi per speciem derogatur.

Nec mirum, quia strictè accipienda sunt Rescripta fisco damnosa, argum. l. Nec damnosa, C. de precib. Imp. offeren.

Ad rem non pertinet l. 1. §. Si quis vltrò, quia loquitur de reo innocente: Gratia decreti procul dubio plenissima est, vt & bonorum restitutionem contineat, si quæ ablata essent, quia iniquum est, innocentem puniri amissione bonorum.

Nec Bartoli dictū suffragatur contrariæ sententiæ, nō enim dicit gratiam esse eandem cum restitutione, sed ait, in dubio si non constet an Princeps restituere vel gratiam facere voluerit, beneficium principis latissimè interpretandum, vt contineat restitutionem: at nos loquimur in claris terminis gratiæ concessæ. Verba Bartoli hæc sunt: *Ciuitas statuit, quod banniti rebanniantur, an istud rebannire habeat vim indulgentiæ an restitutionis?* &c. *Breuiter dico, quod de hoc est casus, quod* D *verba dubia debēt intelligi, quod sonent restitutionem magis quàm indulgentiam, l. 1. §. pen. ff. de quæst.* &c.

CAPVT XVIII.

Restitutus in integrum ex gratia Principis, an recuperet precium bonorum à fisco alienatorum?


Ommunis est & vera Doctorum sententia, restiturum in integrum à Principe ex gratia, licet bona alienata à fisco non recuperet, tamen precium quod ad fiscum peruenit recuperare, ita Bartolus, in l. vlt. nu. 7. C. de sent. passis. Iason, in l. Gallus, §. Et quid si tātū, nu. 57. ff. de lib. & posthumis. Sfortia Odd. alios citans, de restitutione in integrum, parte 2. quæst. 99. art. 5. adde Peregrinum, de iure fisci, lib. 5. tit. 2. num. 27.

Fun-

Fundamentum eſt in l. Sed & ſi lege, §. Item ſi rem A diſtraxit, ff. de petit. hæred. vbi patet bonæ fidei poſſeſſorem teneri quatenus ex precio rei hæreditariæ quam vendidit, locupletior factus eſt. Nam cùm bona confiſcata ſunt, fiſcus bonæ fidei poſſeſſor eſt, & loco hæredis habetur, l. Tutoris, C. ad l. Iul. de vi.

Sed ualde infirmum eſt hoc fundamentum. Reſpondet enim Nellus in tract. de Bannitis, in prima parte ternij temporis, quæſt. 6. dictum §. Item ſi rem diſtraxit, ad caſum hunc non pertinere, quia loquitur de reſtitutione, quæ iure communi fit ex iuſtitia, cùm ſcilicet hæres uerus omnia hæreditatis iura recuperat, qui caſit bonæ fidei poſſeſſor, in quantum locupletior factus eſt, tenetur ex Senatuſconſulto quod recenſetur in l. Et non tantùm, §. Præter hæc, ff. eod. tit. At in quæſtione noſtra de reſtitutione agitur, quæ fit ex gratia Principis, ac proinde non tã fauorabilis eſſe debet, ſicut quæ ex iuſtitia fit.

Exiſtimo tamen iuri conſentaneam eſſe communẽ B ſententiam, quia in integrũ reſtituere nihil aliud eſt, quàm honoribus, ordini, cæteriſque omnibus reſtituere, l. 1. C. de ſentent. paſſis. Item *Indulgentia reſtitutio, bonorum ac dignitatis vno nomine amiſſarum omnium recuperatio eſt.* l. vlt. C. eod. tit. Et licet ad bona alienata nõ extendatur, quia gratia vni conceſſa, non debet alteri præiudicare, l. 2. §. Meritò, ff. Ne quid in loco publ. nihil tamen proponitur, cur ad precium bonorum venditorum, quod ad fiſcum peruenit, porrigi nõ debeat. Nam ſi bona fiſcus haberet, inter omnes conſtat, reſtituenda eſſe, cur igitur precium reſtituere fiſcus nõ debeat? Certè, eſt eadem ratio in precio, quæ in bonis ipſis: Et leges non verbis, ſed rebus conditæ ſunt, l. 2. C. commu. de leg.

Contraria ſententia magis placuit Alciato in d. l. Gallus, §. Et quid ſi tãtùm, nu. 122. ff. de lib. & poſtum. Et Antonio Gomeſ. tit. de Delictis, c. 13. nu. 39. necnõ C Nello ſuperiùs citato, qui teſtatur in Italia non ſeruari eorum ſententiam, qui reſtituendum a fiſco preciũ voluerunt. Idem teſtantur Clarus, q. 59. verſ. Item quęro, & Farinacius tit. de Inquiſitione, quæſt. 6. poſt nu. 43. Sed nec in Germania ſeruari teſtis eſt Andræas Geyll, qui & in banc contrariam ſententiam propendet lib. 2. de pace publica, c. 19. nu. 21.

Fundamentum eſt primò in l. vlt. C. de repud. hæred. Secundò, quia gratiæ iſtæ ac diſpenſationes odioſæ ſunt, & reſtringendæ, ne fiſco præiudicent, & vt delinquentes aliquam pœnam ſuſtineant, quò magis homines a criminibus abſtineant.

Sed quod attinet ad d. l. ult. illa ad rem non facit. Nã cùm filius abſtinuit ab hæreditate, poteſtatem habet rurſus eam adeundi, ſi res non ſint uenditæ, hoc ibi conſtitutum eſt, nec quicquam habet affinitatis cum quæſtione noſtra, quia cùm nos dicimus, reſtitutionẽ ex gratia Principis operari, ut precium reſtitutus recuperet, nemini præiudicatum uolumus, præterquam ipſi Principi, hoc eſt, fiſco eius. At in d. leg. ult. fieret præiudicium alijs, ſi filius poſt res uenditas admitteretur.

Ad generalia uerò pronunciata quod attinet, reſpõdeo, locum non habere, quandoquidem ſpecialis deciſio totum occupauit, dum interpretatur, quid ſit in integrum reſtituere: & ait, Eſſe honoribus, ordini, cæteriſque omnibus reſtituere, l. 1. C. de ſent. paſſis. & bonorum recuperationem eſſe, l. ult. C. eod. Recuperabit igitur reſtitutus non bona, quia fiſcus ea non habet, ſed precium eorum quod habet: Pecuniam loco rei. Poſſibile eſt enim omnes res in pecuniam conuerti, inquit l. 2. C. de cunſt. pecun. Si nec rem, nec pecuniã habeat, quo modo honoribus, ordini, cæteriſque omnibus reſtitutus intelligetur?

CAPVT XIX.

Vtrum fur puniri poſſit alibi quàm in loco delicti, ſi reperiatur cum rebus ſubtractis, an verò remittendus ad locum delicti.

Dicam quid ſentiam de ſententia Bartoli, olim & nũc etiam controuerſa circa furem, qui cum rebus ſubtractis ad alium locum ſe recepit, an poſſit vbicunque reperitur, puniri, ſi prius quid alij ſentiãt retulero, & argumenta cuiuſque ſententiæ pro more meo adiunxero. Exiſtimauit Bartolus in l. Si dominium, ff. de furtis. eum qui in vno loco vel prouincia furatus eſt, ſi ad alium locum prouinciamve ſe receperit, cum rebus furto ſubtractis, ibi poſſe puniri, licet ſubditus illius loci vel prouinciæ non ſit. Bartolum ſecuti ſunt, aut certè eandem ſententiam habuerunt Paulus Caſtr. in l. Siue manifeſtus, §. 1. ff. de cõd. furt. Angelus de Maleficijs, in ver. Et veſtẽ celeſtem, verſ. Quid ſi fur, nu. 16. Boetius deciſ. 218. nu. 2. Folletius Pract. crimin. verſ. Audiantur excuſatores, num. 64. Capycius deciſ. 104. Plotus conſ. 133. num. 11. lib. 1. Duenas Regula 378. in 5. limitatione, Marinus Laudenſis, conſ. Criminali diuerſorum, 61. nu. 5. lib. 1. Marianus Socinus, in c. 1. nu. 5. de raptorib. Afflictus, in §. Iniuria, in 3. not. nu. 7. de pace iuramento firman. Vi nius Commu. opin. lib. 1. verbo, Index domicilij, in fi. nu. 11. Vilalobos Commu. opin. verbo, Reus, nu. 65.

Fundamẽtum eſt in contrectatione, nam cùm fur ipſas res contrectet, & iniuſtè detineat, videtur quodammodo nouum furtum committere, aut, certè delinquere, quamobrem eo in loco puniri poteſt, quia ibi quoque delinquere videtur.

Sicut hæc noua & aſſidua contrectatio facit, vt actio furti etiam mutato rei dominio competat, vt habetur in d. l. Si dominium, ff. de furtis; & in l. Interdũ, 58. ff. eod. tit. ibi: *Sed & ſi perſona domini mutata eſſet altera pœna obligata*, licet non mutato domino furti pœna non creſcat aſſidua contrectatione, quæ ſententia eſt l. 9. ff. eod. tit. Vbi notandum eſt, obiter aliter conſtitutum de conditione furtiua; illa enim ei tantùm competit, qui dominus fuit tempore furti commiſſi; quæ cauſſa eſt, vt legatario non competat, l. Sed nec legatarius, ff. de condict. furt. Actio furti facilius datur, quàm condictio furtiua, quia contra regulas iuris eſt, ut quis rem ſuam condicere poſſit, §. Sic itaque, in Inſtit. de action.

Contrariam ſententiam aduerſus Bartolum ſecuti ſunt Fulgoſius conſ. 149. Baldus conſ. 471. lib. 3. Mãtua latè & diligenter Apophtegmate 603. Cepolla conſ. crimin. 58. num. 26. Boſſius tit. de furtis, num. 18. D Pract. Papienſis in forma Inquiſitionis, uer. Contrectãdo, nu. 3. Clarus q. 38. uerſ. Tu ſcis, Couuar. Pract. quæſt. cap. 11. nu. 9. Farinacius, qui alios adducit, tit. de Inquiſitione, quæſt. 7. poſt nu. 7.

Fundamentum eſt, quia delinquens puniendus eſt in loco, ubi deliquit, & ad eum remittendus eſt, l. Si cui §. ult. ff. de accuſat. §. Si quis uerò comprehenſorũ, in Authen. Vt nulli iudicum. Igitur is qui furtum cõmiſit in aliqua prouincia, ibi puniendus eſt, non alibi, & ad eam prouinciam remittendus eſt.

Ego hanc poſteriorem ſententiam ſequor, quia ex contrectatione rei furtiuæ, non naſcitur noua actio, l. Ei qui, 9. ff. de furt. nec nouum furtum, l. Inficiando, §. Infans, ff. eod. Ergò non uidetur in loco, ad quem fur ſe recipit, nouum furtum committere. Sed unum eſt furtum tantum quod alibi commiſit: & id ſolum ſpectandum eſt, ut puniatur.

Non obſtat, quod actio furti competat nouo domino propter rei contrectationem, *velut heredi, &*

bonorum

bonorum poſſeſſori, & patri adoptiuo, & legatario, vt in d. l. Si dominium. Nam ſumma ratione id conſtitutum eſt, quia is qui fuit olim dominus non agit, nec agere poteſt: & is qui in eius locum ſucceſſit, actionem habet ex perſona ſui autoris, quia ſcilicet ius autoris tranſlatum in ſucceſſorem eſt. Itaque actio bonum habet fundamentum ex parte actoris, quia dominus eſt rerum furtu ablatarum. At nullum eſt in quæſtione noſtra fundamentum ratione Magiſtratus loci, vbi fur inuenitur, quia delictum alibi commiſſum eſt: Et conſequenter puniendum ab eo Magiſtratu & iudice, in cuius territorio ac iuriſdictione commiſſum eſt. Non huc applicari poteſt l. Congruit, de off. Præſid. quia de generali inquiſitione loquitur, nos de particulari coercendo delicto diſputamus.

CAPVT XX.

Poſſitne Magiſtratus inquirere de crimine eius, qui ſubditus eſt ratione originis, vel domicilij, alibi tamen commiſſo?

Conabor etiam lucem aliquam adferre, non minus controuerſæ quàm obſcuræ quæſtioni. Vtrum Magiſtratus ex officio inquirere poſſit in ſubditum delinquentem extra territorium. Affirmat multis allatis rationibus, & autoritatibus Fráciſcus Becius, conſil. 95. Negat & rationes adducit ſimulque autoritates, Rolādus à Valle, in conſ. 19. lib. 2. Eſtque hæc res omnino dubia & controuerſa valde, vt videre licet ex Claro, quæſt. 39. verſ. Sed quæro, Antonio Gomeſio, de delictis, ca. 1. nu. 87. Burſato, conſil. 77. lib. 1. Couuar. Pract. quæſt. cap. 11. nu. 6. verſ. His equidem autoribus, Farinacio, alios plurimos citante, de Inquiſitione, quæſt. 7. nu. 19.

Fundamentum affirmantis ſententiæ eſt, quia intereſt Reipublicæ, & illius Rectores prouinciam ſuā malis hominibus expurgari, eiuſque ciues & originarios etiam ob ſcelera alibi commiſſa puniri, ne obtenta impunitate maiora probantur vitia, neve aliorū ciuium benè inſtitutos animos corrumpant.

Fundamentum negantis eſt, quia inquiſitio pertinet ad publicam vindictam, quæ nunimè videtur cōpetere Iudici domicilij, vel originis, ex eo, quod nulla iniuria illi Reipub. facta eſt ex delicto, ſed potius ea Reſpub. offenſa ſit, intra cuius territorium delictum commiſſum eſt.

Sed hoc tam affirmantis, quàm negantis ſententiæ fundamentum nimis generale & remotum videtur. Alia magis arcta ingredienduni eſt via, vt ad agnitionem huius rei perueniamus.

Impp. Seuerus & Antoninus: *Quæſtiones eorum criminum, quæ legibus, aut extra ordinem coercentur, vbi cōmiſſa vel inchoata ſunt, vel vbi reperiuntur, qui rei eſſe perhibentur criminis perfici debere, ſatis notum eſt.* l. 1. C. vbi de crimine agi oporteat.

Fauet hæc lex affirmanti ſententiæ, ſed dices, accipiendam eſſe, cùm is qui crimen commiſit accuſatur, ſecus cùm de inquiſitione ex officio agitur.

Reſpondeo, eandem eſſe rationem in Iudice inquirente, quia non inquirit, niſi fama publica præcedat, non inquirit, niſi fama publica præcedat, quæ loco accuſatoris eſt, vt in c. Qualiter, & quando, de accuſatio. & ſuprà dixi hoc lib. cap. 15.

Inquiſitio loco accuſationis eſt, ideo recepta, ne grauiora facinora deficientibus accuſatoribus impunita remaneant, argum. l. Ea quidem, C. de Accuſ. l. 1. §. Quies, ff. de off. præfect. vrb. l. Diuus, ff. de cuſtod. reor. l. 1. C. cod. l. Congruit, ff. de off. Præſid. l. 4. ff. ad Llul. pecul. l. Si quis in hoc, C. de Epiſcop. & Cleri. §. vlt. Nouella de collatorib. & dixi aliàs lib. 1. cap. 34. Addo nunc eiuſdem ſententiæ Duaren. lib. 1. Anniuerſ. cap. 38.

Dices rurſus, reos eſſe remittendos ad Magiſtratū eius prouinciæ, in qua delictum commiſſum eſt, §. Si quis verò comprehenſorum, in Auth. Vt nulli iud. & §. Hoc conſiderantur, in Auth. Vt omnes obediane iudi. l. Si cui, §. vlt. l. vlt. ff. de Accuſat. cui⁹ rei quatuor inſignes adſert rationes Couuar. d. c. 11. Pract. queſt. nu. 3. ſed ante eum Iuriſc. in l. Capitalium, §. Famoſos, ff. de pœnis.

Reſpondeo, ſi petatur remiſſio, argumentum eſſe veriſſimum, ſic enim Imperator loquitur in d. §. Si quis verò comprehenſorum. Ergò ſententia noſtra locum habebit, ſi non fuerit petita remiſſio.

Deniq; obijcies: Extra territorium iuriſdictionem non extendi, l. vlt. ff. de iuriſd. om. iud. & ideo Statuta loci non ligant furem delinquentem extra territoriū, vt in c. 2. de Conſtit. lib. 6.

B Reſpondeo, nil obſtare, quia quæſtio noſtra eſt de ſubdito, qui reperitur in territorio Iudicis inquirentis, licet alibi crimen commiſerit, quo caſu poteſt puniri in loco domicilij, vt in d. l. 1. C. vbi de crim. agi oporteat, ſecus ſi non requiratur in territorio, tunc locum ſibi vindicare poteſt l. vlt. Quod verò de Statuto pœnali dicitur, ad rem non facit: ſufficit nobis delinquentem puniri poſſe à Iudice domicilij, non dicimus pœna ſtatuti afficiendum, quia ſtatuta pœnam imponunt delinquentibus in territorio ſtatuentis, nō extra eius territorium. At lex generalis ligat ubique, & poteſtatem tribuit Iudici ac Magiſtratui ſubditum ſuum puniendi, licet alibi crimen perpetrauerit: quia perſona eius ſpectanda eſt, quę Magiſtratui ſubiecta eſt, propter domicilium. Rectè ergò vulgò dicitur, forum ſortiri quempiam ratione contractus, delicti, & domicilij, ut in c. ult. de foro competen. & in c. 1. de priuileg. lib. 6.

C

CAPVT XXI.

Vtrum Magiſtratus loci domicilij, qui reum criminis condemnauit, remittere eum teneatur ad Magiſtratum eius loci, in quo delictum commiſſum fuit, vt ab eo puniatur.

Sed rurſus controuerſia eſt. Magiſtratus ſubditum ſuum qui alia in prouincia crimen commiſit, uel inquiſitione facta uel accuſatione inſtituta condemnauit, an teneatur eundem remittere ad Magiſtratū eius prouinciæ, in qua crimen commiſſum eſt? & remittendum eſſe cenſuit Alex. in l. A Diuo Pio, §. Sētentiam Romæ, nu. 4. ff. de re iud. Imola in l. pen. ff. de pub. iud. Fulgoſius in l. 1. C. vbi de crim. agi opor. Boſ-

D ſius tit. de foro comp. nu. 48.

Fundamentum eſt primò in §. Si quis verò comprehenſorum, in Auth. Vt nulli iud. quatenus ibi ſancitū eſt generaliter, & indiſtinctè reum eſſe remittendum *ad Iudicem prouinciæ, in qua peccauit legitimis ſuppliciis ſubijciendum*. Secundò in l. Sulent, & in l. Non dubiū, ff. de cuſtodia, & exhib. reor. quæ nihil ad tem faciūr, quia in illis terminis nō loquuntur. Tertiò in l. Capitalium, §. Famoſos, ff. de pœnis. Calliſtratus: *Famoſos latrones in iis locis, vbi graſſati ſunt, furca figendos compluribus placuit: vt & conſpectu deterreantur alij ab iiſdem facinoribus, & ſolatio ſit cognatis & affinibus interemptorum, eodē loco pœna reddita, in quo latrones homicidium feciſſent.*

Sed contrarium docuerunt Salycet. in l. 1. C. Vbi de crimine agi opor. Bal. in l. Executorem, num. 27. C. de execu. rei iud. Fely. in c. vlt. nu. 11. de foro comp. Grammaticus deciſ. 26. nu. 5. Couuar. Pract. q. ca. 11. num. 6. verſ. Contraria ſententia. Farinacius de Inquiſitione, q. 7. nu. 24. quibus & ipſe aſſentior.

Fun-

Fundamentum est solidum in l. 1. C. Vbi de crimine agi opor. vbi textus dicit, quæstiones criminũ perfici debere, *vbi commissa sunt, vel inchoata, vel vbi reperiuntur qui rei esse perhibentur*. Ergo si iudex domicilij cognoscere incepit, & pronunciauerit, nihil propositi video, cur non & exequi sententiam possit, vbi enim iudicium cœptum est, ibi perfici debet, l. Vbi cœptum, ff. de iudic.

Argumentum contrariæ sententiæ locum habet, quando Iudex loci delicti petijt sibi reum mitti, vt eũ puniat, tunc remittẽdus est, vt in d. §. Si quis verò cõprehensorum. At si id nõ petijt, & ideo iudex domicilij cognouit & condemnauit reum, magis expedire videtur, vt ipse curet suam sententiã executioni mandari, quam vt ad Iudicem loqui delicti reum mittat. Aut enim ille petijt antequam quæstio criminis esset inchoata, aut non petijt sibi remitti delinquentem: Si petijt, certè remittendus fuit: si non petijt, iam res integra non est, ideoque ibi finem accipere debet, vbi cœpta est.

Non obstat quod dicit Callistratus in §. Famosos, quia expediret quidem delinquentem puniri in loco delicti commissi ob eas caussas, quas ille adfert. Sed quid si Iudex loci tempestiuè non admoneat iudicem loci domicilij, vt reum ad se remittat? Nunquid caussa incœpta desistere eum oportebit, aut finitam non exequi? contra l. 1. C. Vbi de crim. agi opor. dicentem, ibi, *perfici* debere, vbi quæstio *inchoata est*?

CAPVT XXII.

Remissio delinquentis ad Iudicem loci, vbi delictum cõmisit, possitne fieri ac peti à Iudice, qui nullam in reum iurisdictionem habet, vbi omnes Iudices sunt sub eodem Principe.

FActi species hæc sit. Delictum quis commisit Mediolani, & Papiam confugit, vbi aliàs nec ratione domicilij, nec ratione originis subditus est, quæritur an iudex Papiensis requisitus teneatur reum remittere ad iudicem Mediolani. Negant Antonius Butrius, Aretinus & Felynus, num. 9. in c. vlt. de foro competen. & hanc sententiam communem esse testatur Bossius, tit. de foro competen. num. 52.

Fundamentum est in cap. 1. de priuilegijs, lib. 6. vbi patet exemptum, qui alioqui ad locum delicti remittendus est, non posse tamen remitti ab ordinario, à quo exemptus est, qui in eum nullam habet iurisdictionem.

Cæterùm affirmant Calderinus & Panorm. in d. c. vlt. nu. 16. de foro compet. & alij, quos refert & sequitur Couuar. pract. quæst. cap. 11. nu. 6. & in terminis, in quibus hanc quæstionem proposuimus, cõsentit etiam Bossius loco suprà annotato.

Fundamẽtum est in §. Audient, in Auth. de defensorib. Ciuitatum, vbi Imperator: *Audient quoque leuiora crimina, & castigationi competenti contradent, & eos qui in maioribus criminibus capiuntur, detrudent in carcerem, & mittent ad Prouinciæ Præsidem.*

Ad c. 1. de priuil. lib. 6. respondent, exemptum ab ordinario remittẽdum non esse, sed à Iudice proprio, cui iure exemptionis subijcitur: quia ordinarius nullam habet in eum iurisdictionem, nisi ratione contractus, vel delicti, vt ibi dicitur.

Ego ijs consentio, atq; ita statuo, nõ à quolibet incõpetente Iudice fieri debere remissionẽ, ac peti, v.g. Clericus delinquens remittendus est ad locum delicti: certè remissio fit non a Magistratu laico, qui nullam prorsus in Clericum iurisdictionem habet, sed à Iudice Ecclesiastico. Rursus, si duo sint Iudices

A Ecclesiastici, vnus competens alter incompetens, fieri debet à Iudice competente: & in ijs terminis accipiendum est c. 1. de priuileg. lib. 6.

Cæterùm in ea facti specie, quam proposui, iudex Papiensis remittet delinquentem Mediolanum literis subsidialibus requisitus. Licet enim iurisdictionẽ non habeat in delinquentem, nec ratione originis, nec ratione domicilij, nec ratione delicti. Potest tamẽ ac debet requisitus eum mittere ad iudicem Mediolanensem puniendum: quia sic iuris ordo postulat, l. Si cui, l. vlt. ff. de accusat. §. Si quis verò comprehensorũ, in Auth. Vt nulli iudi. Vnus iudex ac Magistratus alterum iuuare debet, ne delictum remaneat impunitum, vt iuris ordo seruetur, in puniendo reo, & vnicuique ius suum tribuatur.

CAPVT XXIII.

B *Sitne remissio delinquentis facienda cùm Iudex requirens petensque fieri remissionem, & Iudex requisitus diuersi sunt Imperij & Principatus.*

SIt hæc facti species. Delictum commissum est Mantuæ, reus criminis Ferrariam cõfugit, vbi aliàs nec originem habet, nec domicilium. Quæritur an Ferrariensis Iudex teneatur requisitus remittere delinquentem ad Iudicem Mantuæ. Et non teneri, communior sententia est. Vide Clarum, q. 38. versic. Sed certè. & vers. Hoc tamen. Couuar. Pract. quæst. ca. 11. num. 10. Rolandum à Valle, consi. 60. num. 3. 22. & 23. lib. 2. nouissimè Farinacium tit. de Inquisitione, q. 7. num. 27.

Fundamentũ est in consuetudine Vniuersali: Scribit enim Couuar. hanc sententiam communi totius orbis Christiani vsu, & praxi receptam esse, vt non
C fiat remissio, quando Iudex requirens & requisitus sunt diuersi Principatus & Imperij. Sed hæc requiruntur, vt locum habeat hæc consuetudo. Primò, vt sit legitimè præscripta, quoties tamen requirentis Iudicis Princeps, quàm requisiti subsunt Imperialibus legibus, quæ remissionem præcipiunt. Nam tunc esset consuetudo contra legem, ideo non valet, nisi sit legitimè præscripta, c. vlt. de cõsuet. Remissionem fieri debere ex legum præcepto, constat ex l. Si cui, & l. vlt. ff. de Accus. ex §. Si quis verò comprehensorum, in Authen. Vt nulli iudicum, & ex alijs locis.

Secundò, vt Iudex reum delinquentem non remittit, eum puniat; nam si punire eum non possit, consuetudo hæc non valeret: quia delicta remanerent impunita contra publicam vtilitatem & iustitiam; ita docet & hanc rem explicat ex sua & aliorum sententia Couuar. loco proximè citato, cui Farinacius consentit.

D Sed ex hac opinione nascuntur duo non parui momenti incommoda. Primum est, quia non est hæc rationabilis consuetudo, quod tamen requiritur, vt legẽ vincat, c. vlt. de Consuet. Nam contra omnem iuris rationem est, vt delinquentes non puniantur; aut puniãtur ab alijs quam proprijs Iudicibus. Alterum incommodum est, quia Doctores plerique volunt hoc in casu delinquentem puniri à Iudice, qui negat remissionem. Atqui hoc fieri non potest. Si enim Iudex, qui remissionem negat, nullam in reum iurisdictionem habeat, nec ratione originis, nec domicilij, nec delicti, quomodo in reum poterit animaduertere?

Respondet Farinacius, absurdũ non esse, licet reus hoc in casu non puniatur, *quia non deficit ius sed iurisdictio.* Non rectè, quia iurisdictio non deficit iudicis, qui remissionem petit, sed fit contra ius, cùm remissio denegatur.

Melius Couuar. loco suprà citato: *Igitur*, inquit, *sicut non valeret consuetudo impediens remissionem, vbi Iudex requisitus delictũ punire non potest, etiã non valebit, vbi iudex requirens & requisitus sunt sub diuersis Principibus, quoties non potest delictum puniri à Iudice qui remissionem negat. Etenim vtroque casu delictum manet impunitum cõtra rationem naturalem, & quæ nullo tẽporis vsu tolli potest.*

Hæc cùm ita sint, ac certum expressum que ius sit, quo remissio delinquentium ad locum delicti præcipitur, magis est, vt credam consuetudinem, quæ allegatur, nullius esse momenti, si præsertim agatur de homicidio, vel graui aliquo facinore, cuius impunitas propter exemplum & scandalum Reipub. perniciosa foret, vt latè respondit Bernardus Plotus inter conf. criminalia, vol. 1. conf. 133. quem refert & sequitur Ioseph. Ludouicus, decis. Lucensi 16. num. 26, in 1. parte.

Porrò his adijciendum est quod scribit Andreas Geyll, lib. 1. de pace publica, cap. 16. num. 30. 31. ex cõsuetudine Germaniæ, reos non remitti ad locum delicti, sed in loco captiuitatis, forum, & iudicium sortiri, & ibidem supplicium subire, solere tamen in atrocioribus delictis, propter exemplum ad locum delicti precario & iure amicitiæ, & vicinitatis, atque beneuolentiæ fieri remissionem, idque sub Antigrapho, siue litteris reuersalibus, vt uocant, ipsius Magistratus ac Domini remissionem petentis, remissionem Iurisdictioni remittentis, non futuram nocumento.

CAPVT XXIV.

De vagabundo an debeat remitti ad locum delicti.

Est etiam controuersia an vagabũdus, qui nullam habet certam domicilij sedem, remittendus sit ad locum delicti, vt videre licet ex Petro Duena, Regula 378. in 4. limit. Didaco Couuar. pract. quæst. ca. 11. num. 7. Prospero Farinacio, tit. de Inquisitione, quæst. 7. num. 13. Pro remissione facit regula generalis, quæ habetur in §. Si quis verò in comprehensorum, in Authen. Vt nulli iudicum. Contra remissionem l. 1. cum expositione Glossæ, C. Vbi de crimine agi oporteat. Nam cùm lex dicat, criminum quæstiones perfici debere, vbi crimina commissa sunt, uel res inchoata, vel vbi reperiuntur qui commiserunt Gloss. exemplum adfert in vagabundo, dicens, eum posse vbilibet conueniri.

Sed promptum est iura iuribus concordare. Potest vagabundus vbique puniri, qui certum non habet forum. Verùm ad locum, vbi facinus admisit, remittendus est vt ibi puniatur, si hoc petatur à Iudice loci delicti. Sic delictũ nõ est impunitũ, sic crimina puniuntur vbi sunt admissa, quod legibus tã seriò præcipitur, l. Desertorem, ff. de re militari, l. Capitalium, §. Famosos, ff. de pœnis, l. Si cui, l. vlt. ff. de accus. Si non petatur remissio puniri debet vbi reperitur d. l. 1.

CAPVT XXV.

Mandans delictum fieri, an sit puniendus in loco in quo mandatum dedit, an in loco in quo delictum est commissum à mandatario.

Communis est Doctorum sentẽtia, quam & ipse amplector, mandantem delictũ committi, esse puniendum in loco, in quo delictum commissum est à mandatario, & ad eum locum remittendum esse. Vide Albericum, in l. Hæres absens, §. Apud La-
A beonem, ff. de iudicijs, Paulum Castrensem, in l. Sicut proponitur, ff. de fideiussor. Marsilium, sing. 404. Forum. Petr. Duenam, Reg. 378. nu. 3. Bossium, de foro cõpetenti, num. 109. & num. 147. Clarum, quæst. 38. vers. Item quæro nunquid mandans.

Fundamentum est in d. l. Hæres absens, §. Apud Labeonem, ff. de iudicijs. Vlpianus: *Apud Labeonem quæritur, quid si homo prouincialis seruum institorem vendendarum mercium gratia Romæ habeat? quod cum eo seruo contractum est ita habendum, ac si cum domino contractum sit, quare ibi se debebit defendere.*

His postremis verbis apparet mandatorem sortiri forum in loco contractus idem probatur in l. Si vt proponitur. ff. de fideiussor. illis verbis: *Ita cõuenit vt in Italia solueretur intelligendum mandatorem quoque simili modo contraxisse.* Eadem ratio est in loco delicti.

Huc accedit, quia qui per alium facit, per se ipsum facere uidetur, c. Qui per alium, de reg. iur. lib. 6. Hinc Vlpianus: *Deiecisse etiam is videtur, qui mandauit vel iussit, vt aliquis deijceretur. Parum enim referre visum est, suis manibus quis deijcit, an vero per alium.* l. 1. §. Deiecisse,
B ff. de ui & ui arma.

Hoc argumentum uidetur mihi fortius ac firmius, quàm alia quæ adferri solent ex brocardicis petita, quia scilicet causa mandantis & mandatarij connexa est, non est diuidenda; ne diuersæ sententiæ una & eadem in re proferantur, & similia: quia non magnoperè urgent.

Contrariam sententiam habuerunt Bal. in l. Non ideo minus, C. de accus. Farinacius alios citans, tit. de Inquisitione, q. 7. post nu. 48.

Fundamentum est, quia ax hoc delicto mandantis & mandatarij diuersæ oriuntur obligationes, quarum vna non accedit alteri, ac proptetea cessat ratio, ne continentia causæ diuidatur. Item connexitatis ratio cessat.

Sed non cessant aliæ rationes ex legibus petitæ, quibus probatur mandatorem sortiri forum in loco delicti, sicut sortitur in loco contractus, atque ipsum man-
C datorem crimen commisisse videri in loco, in quo à mandatario commissum est, quia is qui per alium facit, per se ipsum facere videtur.

CAPVT XXVI.

Possitne quilibet Iudex punire testem coram se falsum deponentem.

Imperator Zeno; *Nullũ penitus cùm semel ad Iudicem quemlibet licet nõ suum dicendi gratia testimonium fuerit ingressus, armatam fortè militiam: vel quamlibet aliam fori præscriptionem ad euadendũ Iudicis motum, quẽ vel testimonij verborũ improbitas, vel rei qualitas flagitauerit, posse prætendere præcipimus.* Et paulo infrà: *Data cũctis Iudicibus absque vllo præscriptionis obstaculo in te-*
D *stes, quorum voces falsitate vel fraude non carere perspexerint, pro qualitate videlicet delicti animaduertendi licentia.* l. Nullum, C. de Testibus.

At contra Callistratus: *Diuus Pius Claudio rescripsit pro mensura cuiusque delicti constituendum in eos, qui apud Iudices instrumenta protulerunt, quæ probari non possint; aut si plus eos meruisse videatur, quam ex forma iurisdictionis pati possint, vt Imperatori describatur; æstimaturo quatenus coerceri debeant.* l. 31. ff. ad l. Cor. de falsis.

Conciliationis gratia itum in hanc distinctionem est; Iudicem ordinarium, & etiã à Principe delegatũ, punire falsum testem posse, licet nullam alioqui in eũ iurisdictionem habeat, Delegatum autem inferioris non posse. Vide Bartolum vtrobique, Bossium tit. de falsis, nu. 103. Clarum q. 38. vers. Sed quæro nunquid. Didacum Couuar. pract. quæst. cap. 18. num. 8.

Sed

Sed nullum in ijs legibus huius distinctionis vestigium inspicere licet, nulla diuersitas inter hunc & illum delegatum adferri potest.

Rectè igitur illi docuerunt, & dictis legibus conuenienter, qui dixerunt, quemlibet Iudicem, qui de crimine cognoscendi potestatem habet, illudque puniendi, animaduertere posse in testem, qui coram se falsum testificatus sit, licet testis ille fori præscriptioné habeat, hoc est, Iudicem habeat proprium, apud qué conueniri, & à quo puniri debeat, & non ab alijs: Exceptio hæc incompetentiæ, vt loquuntur nostri, non valet hoc in casu: non prodest excipienti, quia iudex punire eum potest: præsupposito scilicet fundaméto, quod crimina coercere & punire possit, ita vt nulla sit exceptio, nisi propter personam, quæ alterius iurisdictioni subiecta sit. Ita disertè loquitur, Zeno in d. l. Nullum.

Cæterùm, si talis sit Iudex, qui vel de crimine cognoscere nequeat, vel non possit grauem pœnam irrogare, vti delicti grauitas postularet: & vt Doctores loquuntur, restrictam habeat Iurisdictionem circa crimina coercenda, tunc non possit in testem animaduertere, qui coram ipso falsum dixerit testimonium. Sic enim disertè Callistratus loquitur in d. l. 31.

CAPVT XXVII.

An Clericus falsum testimonium dicens coram seculari Iudice, puniri ab eodem possit.

TRiplex Doctorum sententia est. Vna, Clericum falsum testimonium dicentem coram Iudice seculari, puniri ab eodem posse. Ita Gloss. in l. Nullum, C. de testib. in vers. *Præscriptionem.* dum ait: *Quia sit Clericus.* Cynus & Baldus ibidem, & Marsilius ad l. vlt. nu. 152. ff. de iurisd. om. iud.

Fundamentum est in d. l. Nullum, vbi Zeno statuit, non licere cuiquam testi allegare vllam fori præscriptionem, quo minus à Iudice puniatur, apud quem falsum deposuerit.

Altera sententia est, puniri quidem Clericum posse à Iudice seculari, sed pecuniaria pœna, quia eius persona nó est Iudici seculari subiecta, sed res ipsius: sicut aliàs si temerè coram Iudice seculari Clericus litigauerit, in expensas condemnatur, ita respondit Federicus Senensis, consi. 93. Factum tale est Gulielmus de Bened. in 1. parte repet. c. Raynucius, in verbo, & vxorem, nu. 434.

Tertia verior & communior sententia est, non posse à Iudice seculari Clericum puniri, nec in persona, nec in ære. Vide Couuar. Pract. quæst. cap. 18. num. 8. Afflictum decis. 230. Clarum quæst. 38. vers. Sed hic quæro, Farinacium, plurimos alios citantem, de Inquisitione quæst. 8. num. 26.

Fundamentum solidum ac firmum est, *quia nullus* Clericus distringi & condemnari debet à Iudice seculari, c. Si diligenti, de foro competen. c. 1. de clericis coniug. lib. 6. Authen. Statuimus, C. de Episcopis & Clericis.

Ad l. Nullum, respondeo, de alijs fori præscriptionem habentibus eam accipiendam esse, quia Clerici exempti sunt à Iurisdictione laicorum, tam Iure Canonico quam Ciuili; quod exemptionis priuilegium non abstulit, nec auferre voluit Imperator Zeno.

Non obstat quod de rebus Clericorum dicitur, quia nec iure id probatur: Et hic personę delictum spectari debet, quia Clericus etiamsi pœna mulctetur pecuniaria, tamen infamiam incurrit propter condemnationem, & grauem pœnam, quam infligere Iudex secularis non potest, cùm Clerici personam distringere & condemnare non possit.

CAPVT XXVIII.

An Clericus, qui dimisso habitu Clericali immiscet se enormitantibus puniri possit à seculari Iudice, etiamsi à Prælato suo non fuerit ter monitus.

CLericum amittere priuilegium fori, atque adeò puniri posse à Iudice seculari, si dimisso Clericali habitu immiscuerit se enormitatibus (sic loquuntur nostri, id est, homicidia, furta, vel alia grauia crimina commiserit) licet trina monitio non præcesserit Ordinarij siue Prælati ipsius, respondit latè Alexander de Neuu, in cons. 59 & hanc esse magis communem sententiam, & consuetudine approbatá testatur Clarus quæst. 36. vers. Quæro modo, Bossius de foro competenti, num. 139. Cassanęus in Consuetudine Burgundiæ, Rub. 1. §. 5. num. 55. & alij quos Farinacius citat tit. de Inquisitione, q. 8. nu. 54.

Argumenta sunt ista. Primum ex ca. Perpendimus, de sentent. excommunicat. vbi, *quidam Sacerdos pro eo quod se filium Regis falsò nominare præsumpsit, & armis acceptis seditionem fecit, a Comite iussus est fustigari, qui postea eius mandato traditus patibulo, expirauit.* Et S. Pontifex respondit, quia talis Sacerdos *non propulsando, sed inferendo iniuriam fuit occisus, non videtur nobis quod interfectores eius propter hoc ad obtinendam absolutionem Apostolicam sedem adire cogantur,* &c.

Et licet videatur S. Pontifex loqui de Excommunicatione Canonis, *Si quis suadente diabolo,* 17. q. 4. tamen Respondent huius sententiæ autores, illud Rescriptum pertinere etiam ad priuilegium fori, primò, ex illis verbis quibus dicitur, eum Clericum à Comite iussum fuisse fustigari, & mandato eiusdem patibulo traditum, expirasse. Hæc enim iudicialiter fiunt: Ergò ille Clericus amiserat fori priuilegium, quia Comes erat laicus. Secundò, quia si permissum est laicis, talem Clericum occidere citrà pœnam excommunicationis, multò magis permissum Iudici videtur eum legitimè, & causa cognita per sententiam, morti adiudicare.

Secundum argumentum est ex c. 1. de Apostatis, vbi Alexander III. *Præterea Clerici qui relicto ordine Clericali & habitu suo, in apostasia tanquam laici conuersantur; si in criminibus comprehensi teneantur, per censurã Ecclesiasticam non præcipimus liberari.* Hoc in loco nulla fit mentio trinæ monitionis quæ præcedere debeat, sicut nec in d. c. Perpendimus.

Tertium est ex c. Ex parte, 27. de priuileg. vbi Honorius III. Anglorum Reginæ ita rescripsit: *Ex parte tua fuit propositum, quod nonnulli literati quos nec habitus, nec tonsura Clericos profitentur, in terra tua iurisdictioni sub iecta degentes, cùm deprehenduntur in aliquibus furis factis, vt iurisdictionem tuam eludant, & debitam pro delictis vltionem euadant, assumunt, seu etiam resumunt tonsuram abiectam, seu habitum Clericalem, licet antè pro laicis ab omnibus haberentur. Ne igitur tonsura vel habitu sic resumpto malitia foueatur: si tuam iurisdictionem exerceas in eiusmodi delinquentes, qui sine tonsura & habitu in delicto fuerint deprehensi, æquanimiter duximus tolerandum: cùm malitijs hominum indulgeri non debeat, sed potius obuiari.*

Sed contrariam sententiam, nimirum trinam monitionem requiri, vt priuilegium clericale in proposita facti specie amittatur, secuti sunt Io. Andr. & Antonius Butrius in d. ca. Perpendimus, de sent. excomm. Couuar. Pract. q. cap. 32. nu. 2. Alexander cons. 8. lib. 1. Rolandus à Valle, cons. 4. nu. 31. li. 1. Follerius pract. crim. vers. Audiantur excusatores, nu. 47. Alios citat Farinacius loco annotato.

Argu-

Argumenta sunt ista, Primùm ex c. In audientia, A
25. de sentent. excommun. ibi. *Huiusmodi clerici si à prælatis suis tertiò commoniti militaria noluerint arma deponere de priuilegio clericorum, subsidium aliquod habere non possunt.*

Secundùm ex cap. vlt. de vita & honest. cleric. ibi. *Mandamus quatenus si tales tertiò à te commoniti ab huiusmodi non resipuerint, sed prætermissis diuinis officijs negociationibus institerint supradictis, cum eo facto priuilegium abijciant clericale,* &c.

Tertium argumentum est ex cap. Contingit 45. de senten. excommun. in illis verbis: *Verùm quia priuilegium meretur amittere, qui permissa sibi abutitur potestate, ac frustrà legis auxilium inuocat, qui committit in legẽ: volumus & mandamus, vt tales si tertiò à te commoniti se ipsos contempserint emendare, illius efficiantur immunitatis extorres,* &c.

Quartum est ex c. 1. de vita & honestate clericorũ, B
lib. 6. ibi. *Et tertiò moniti non resipuerint, careant omni priuilegio Clericali.*

Alij distinctionem adhibent inter Clericos in sacris constitutos, & Clericos in minoribus ordinibus positos, istos priuilegium Clericale amittere absque trina monitione dicunt, illos non item, vt tradit Couuar. loco superiùs annotato.

Sed præterquam quod nullo iuris testimonio confirmari hæc distinctio potest, repugnat quoque verbũ, *Sacerdos*, quod habetur in d. c. Perpendimus.

Ego, vt paucis me expediam, posteriorem sententiam, quæ trinam requirit monitionem, probabiliorẽ esse iudico: quia nimis clara sunt testimonia, quę pro eius confirmatione allata sunt.

Ad argumenta prioris sententiæ ita respondeo. Qđ attinet ad c. Perpendimus, de sent. excom. respondeo, rescriptum S. Pontificis ibi hoc tantùm velle, quod interfectores Sacerdotis & Apostolicam sedem adire C
non cogantur, ad obtinendã absolutionem: Sic enim verba expressè sonant, & rationem adfert textus, quia *talis Sacerdos non propulsando, sed inferendo iniuriam fuit occisus.*

Non obstant illa verba, quibus dicitur, Sacerdotem illum à Comite iussum fuisse fustigari: & in patibulo expirasse: quoniam hæc non fuerunt iudicialiter, & iudiciorum ordine seruato acta: neque ratio dubitandi in eo posita erat, quod Comes qui laicus erat, de crimine Sacerdotis cognoscere, illudque punire voluerit: sed an propter violentas manus in Clericum iniectas in excommunicationem incidisset, à qua non nisi per Sedem Apostolicam absolui posset, iuxta c. Si quis suadente diabolo, 17. q. 4. & respondit S. Pontifex non incidisse, nec propter hoc cogi Sedem Apostolicam adire.

Non obstat quod dicebatur, eandem immò etiam maiorem rationem esse in Iudice, qui secundùm iuris D
ordinem de tali crimine Sacerdotis cognouerit: quia id meritò negari potest. Etenim cùm Clericus iniuriam infert, seditionem excitando, & bellum contra Principem uel dominum alium secularem (sicut accidit in illa facti specie) non est tempus, nec occasio remittendi Clericum ad suum Iudicem, ut ibi puniatur, sed si dominus eũ occiderit, excusatione aliqua dignus est: quantum ad hoc saltem, ut non incidat in excommunicationem, c. Si quis suadente. Sed Iudex & Magistratus secularis commodè & facilè potest Clericum delinquentem ad suum ordinarium Iudicem remittere: nec enim ipse Iudex in ullo discrimine uitæ & bonorum suorum est constitutus, ex Clerici delictis & criminibus. Sicut in altero casu supradicto, quare eũ remittere debet ad suum Iudicem puniendum, nisi à priuilegio Clericali ceciderit: Cadit autem à priuilegio Clericali cùm tertiò monitus a prælato suo non emendat se.

Ad c. 1. de Apostatis, respondeo, non hoc in eo textu contineri, quod nunc in controuersiam uenit: nimirum, Clericum amittere priuilegium Clericale, sine ulla monitione, si fuerit in criminibus comprehensus sine habitu & tonsura Clericali. Sed ait S. Pontifex, eos *per censuram Ecclesiasticam non præcipimus liberari.* Non uult S. Pontifex ei succurrere ut liberetur: *Indignum est enim eis ab Ecclesia subueniri, per quos constat in Ecclesia scandalum generari,* cap. 2. Ne Clerici uel Monachi, &c.

Vtrum autem ij, qui talem Clericum comprehendunt, & manus violentas in eum iniiciunt, excommunicationem incurrant, non decidit eo in loco S. Pontifex. Non vult tales Clericos iuuare, non tamen permittit ibi secularibus eos apprehendere tanquam exutos omni priuilegio Clericali. Nam si exuti essent omni Clericali priuilegio, hoc dixisset S. Pontifex, & nulla fuisset ratio dubitandi, an per censuram Ecclesiasticam essent liberandi. Ratio autem dubitandi erat, quia retinebant adhuc priuilegium Clericale, cùm fortè ter moniti non fuissent, sed tamen S. Pontifex respondit, *per censuram Ecclesiasticã non præcipimus eos liberari,* quia scilicet indigni sunt, quibus ab Ecclesia subueniatur: si nõ potuisset Ecclesia eis subuenire propter amissionẽ priuilegij, quia scilicet Iudicis secularis potestati prorsus subiecti essent, id S. Pontifex dixisset: & nulla fuisset ratio dubitandi, atque implorandi Ecclesiasticæ censurę.

Ad c. ex parte, de priuilegijs respondeo, nulla ibi monitione opus fuisse, propter malitiam Clericorũ, qui vt delictorum pœnas euaderent, habitum & tonsuram Clericalem sumebant, & resumebant, Eos à Regina puniri æquo animo S. Pontifex tulit, vt non videretur malitiæ Clericorum indulgere, sed potius vt par erat obuiare, quod proinde non temere trahendum erit ad alios casus diuersos.

CAPVT XXIX.

Clericus propter enormissimum crimen an sit degradandus, & tradendus Curiæ seculari, licet incorrigibilis non sit.

Lemens III. Pontifex Max. *A nobis fuit ex parte tua quæsitum, vtrum liceat Regi vel alicui seculari personæ iudicare Clericos cuiuscunque ordinis, siue in furto, siue in homicidio, vel periurio, seu quibuscunque fuerint criminibus deprehensi: Consultationi tuæ taliter respõdemus, quòd si Clericus in quocunque ordine constitutus in furto, vel homicidio, vel periurio, seu alio crimine fuerit deprehensus, legitimè, atque conuictus, ab Ecclesiastico Iudice deponendus est. Quòd si depositus incorrigibilis fuerit, excommunicari debet, deinde contumacia crescente anathematis mucrone feriri: Postmodum verò si in profundum malorum veniens contempserit, cùm Ecclesia non habeat, vltra quid faciat, ne possit esse vltra perditio plurimorum, per secularẽ comprimendus est potestatem, ita quod ei deputetur exilium, vel alia legitima pœna inferatur,* ca. 10. de Iudicijs.

Antequam ergò tradatur Curiæ seculari, hoc requiritur, vt sit incorrigibilis. Sed excipiuntur aliqui casus, in quibus Clericus tradi potest curiæ seculari; licet incorrigibilis non sit; vt in crimine hæresis, c. Ad abolendam, de hæret. in falsante litteras Apostolicas, cap. Ad falsariorum, de crim. falsi. & in crimine assassinij, cap. 1. de homicidio, lib. 6. de quo respondit D. Tib. Decianus consil. 82. lib. 2. Rectè ergo & Iuri Canonico conuenienter ij mihi dicere videntur, qui dicunt extra casus exceptos Clericum non esse tradendum Curiæ seculari, nisi sit incorrigibilis, quamuis enormissimum crimen admiserit. Ita docuerunt Decius, in c. At si Clerici, circa finem, de iudicijs. Berous

ibidem,

ibidem, num. 181. Diaz pract. crim. cap. 90. Bossius tit. de foro competenti, num. 136. Placa, in Epitome delictor. lib. 1. cap. 22. num. 43. Conuar. lib. 2. Variar. resolu. cap. 20. nu. 7. Vilalobos, uer. Clericus, nu. 82. Bonacossa Commu. opin. lib. 1. uer. Clericus si per insidias.

Sed contrarium docuerunt Abbas Panor. in d. c. At si Clerici, num. 39. de iud. Ancharanus consi. 158. Felin. in c. 1. num. 49. de constit. Guido Papæ q. 121. alios citat Farinacius, tit. de Inquisitione, q. 8. num. 81. ubi post Clarum, & quosdam alios remittit hanc rem arbitrio Iudicis: quod mihi non placet, cùm à iure id decisum sit, ut patet ex d. c. 10. de Iudicijs, & ex alijs textibus allegatis.

Huius contrarię sententiæ argumenta sunt ista. Primùm est, Clericus tradendus est Curiæ seculari, quādo Ecclesia non habet ultrà quid faciat, ut inquit S. Pontifex in d. cap. 10. de iud. Sed Ecclesia nihil habet, quid faciat in tam enormi crimine, quia non habet ullam pœnam dignam, Ergò Clericus tradendus est Curiæ seculari.

Respondeo, tunc dicitur Ecclesia non habere quid ultrà faciat, quando adhibuit omnia remedia, ut corrigeretur, & Clericus incorrigibilis est, ita loquitur d. c. 10. Hoc igitur in casu habet Ecclesia quod faciat, nimirum, ut Clericū in carcerem conijciat, c. Vt famæ, de sent. excom. c. Nouissimus, §. 1. de uerb. sig. Item, ut eum deponat, ut in d. c. 10. postea si erit incorrigibilis, tradetur Curiæ seculari puniendus.

Secūdùm argumentum est, quia tunc traditur Curiæ seculari, cùm periculum est, ne sit perditio plurimorum, ut dicit textus in d. ca. 10. Sed quando Clericus tam graue scelus committit, periculum tale est, Igitur tradendus est Curiæ seculari.

Respondeo, negando maiorem, quia non est tantùm periculum, sicut quando Clericus est incorrigibilis. Nam potest fieri ut post facinus admissum pœnitentiam agat & resipiscat: quæ spes non ita affulget, ubi in profundum malorum uenit, & factus est incorrigibilis.

Tertiùm argumentum, quia ob crimen falsi tradi potest Curiæ seculari, ut in d. cap. Ad falsariorum, de crimine falsi, Ergò multò magis ob aliud crimen grauius.

Respondeo, negando consequentiam: licet enim alia crimina multa sint grauiora quàm falsi crimen, non tamen in eis quicquam speciale constitutum est; nec licet nobis constituere; quia odia sunt restringenda potiùs quàm amplianda, c. Odia, de reg. iuris, lib. 6. & interpretatione leniendæ sunt pœnæ, quàm exasperandæ, l. Interpretatione, ff. de pœnis.

Quartùm argumentum sumitur ex cap. Nouimus, de uerborum signif. ibi: *Propter hoc vel aliud flagitium graue*, &c.

Respondetur, accipienda esse illa uerba de flagitio graui, propter quod aliàs iure constitutum est, Clericum esse degradandum, & Curiæ seculari tradendū: Neque enim ibi noui aliquid statuitur: sed tantùm explicatur, quomodo tradendus sit Clericus Curiæ seculari & degradandus. Aut certè illa uerba accipienda sunt, data incorrigibilitate, secundùm tex. in d. cap. 10. de iudic.

Quintùm argumentum sumitur ex cap. Si quis laicus, 22. q. 5. sed intelligitur, si Clericus sit incorrigibilis, ut indicant illa uerba: *Nisi per dignam pœnitentiæ satisfactionem emendauerit*, quæ proculdubio etiam ad Clericos, de quibus postea fit mentio, extendenda sunt, ne melioris sint conditionis Laici quàm Clerici.

Cætera argumenta pauca sunt & leuia, quæ rectè refellit Decius in d. c. At si Clerici.

D. Præceptor meus Tiberius Decianus in cons. 82. lib. 2. mentionem facit Constitutionis cuiusdam Pauli III. Pontificis Maximi, qua concedit licentiam Iudicibus secularibus (assistente tamen etiam Iudice Ecclesiastico) cognoscendi crimina Clericorum atrociora. Sed eam Constitutionem non uidi, quæ procul dubio seruanda erit, si extat.

CAPVT XXX.

Vsurarum crimen, an sit merè Ecclesiasticum, an verò mixti fori?

Vm quæritur, an vsurarum crimen sit merè Ecclesiasticum, an verò mixti fori, tam videlicet Ecclesiastici, quàm Secularis, tres præcipuæ sunt Doctorum sententiæ. Vna, merè Ecclesiasticum esse. Altera, mixti fori esse. Tertia, distinguendum fore inter quæstionem iuris & facti, nam quæstionem iuris à solo Ecclesiastico Iudice decidendā, quæstionem verò facti decidi posse etiam à Iudice Seculari. Vide Glos. & Doctores, in c. Cùm sit generale, de foro competen. & in Clem. Dispendiosam, de iudic. Nattam cons. 198. nu. 25. Rolandum à Valle, cons. 75. lib. 1. Beroum cons. 207. nu. 19. li. 3. Federicum Senensem cons. 96. Decium cons. 18. Lapum Allegatione 56. & 70. Clarum §. Vsura, vers. Infertur, & vers. Hoc crimen, & q. 37. vers. Quæro igitur, Couuar. in Epitome de sponsalib. 2. parte, cap. 8. num. 5. & lib. 2. Variar. resol. cap. 3. Cacheranum decis. Pedemontana 137. Lupum in tract. de Vsuris, Comment. 4. §. 4. num. 66. Menochium de arbitr. Casu 398. nu. 41. Nauarrum ad c. Nouit, de Iudicijs, not. 6. Corolario 12. plurimos alios citat Farinacius diligentissimus autor tit. de Inquisitione, q. 8. num. 134. 135.

Fundamentum eorum qui docent, merè Ecclesiasticum esse, primò est in Clem. Dispendiosam, de Iud. vbi cognitio & caussa vsurarum connumeratur inter alias caussas Ecclesiasticas. Secundò, in quibusdam textib. Iuris Canonici, quibus hæc res mandatur Iudicib. Ecclesi. ca. 1. & 2. & c. Præterea, de vsuris. Tertiò, quia Iure Ciuili vsuræ non sunt prohibitæ, nisi modus à lege præscriptus excedatur, l. Eos, & toto titu. C. de vsuris.

Alterius autem sententiæ, quæ defendit crimen istud esse communis fori, fundamentum est in c. Post miserabilem, de vsuris, vbi S. Pontifex Secularibus Iudicibus mandat, vt de vsuris iudicent. Secundò, quia nullus textus Iuris Canonici proferri potest, quo eiusmodi cognitio Secularibus Iudicibus fuerit interdicta: nec vlla suppetit ratio, cur interdici debeat. Tertiò, quia nouo iure Iustiniani videntur etiam prohibitæ vsurę, ex Nouella de Ecclesiasticis titulis, Quatenus, ibi Iustinianus quatuor Concilia approbauit, quibus vsuræ prohibentur.

Tertiæ porrò sententiæ fundamentum est, quia vbi quæstio facti est, ibi nihil impedit Iudicem secularem, quò minus cognoscat, cùm longè remotum sit factum ab Ecclesiastico iure ac spirituali, secus vbi quæstio iuris vertitur, quia illa Ecclesiastica est, & ad animæ salutem pertinet, quamobrem uidetur etiam ab Ecclesiastico iudice definienda.

Ego magis probo sententiam eorum, qui dixerunt, quæstionem hanc mixti fori esse, eamque seruari uidi in locis, in quibus uersatus sum: quia etiam Principes seculares puniunt usurarios, & meritissimo iure. Rectè enim S. Gregorius Nissenus hom. 4. in Ecclesiastem: *Fœnus qui aliud latrocinium & parricidium nominauerit, non procul ab eo, quod decet, aberrauerit. Quid enim refert an clanculum perfossis muris prædonis more aliena habens, & prætereuntes cæde te eorum, quæ habeat dominum constituas: an fœnoris necessitate acquiras ea, quæ ad te non pertinent?*

Mouet autem me potissimùm, quod etiam iure ciuili

ciuili saltem tacitè prohibitæ sunt usuræ, quia Iustinianus in Nouella de Ecclesiasticis titulis, seruari iussit decreta Concilij Nicæni, in quo usuræ prohibitæ fuerunt, ut refertur in cap. Quoniam, 47. dist. Si enim prohibentur Iure Ciuili, cur non & Magistratus secularis, qui iuris ciuilis custos est, & executor, punire inobedientes poterit, atque adeò cognoscere caussam usurariæ prauitatis?

Non obstat quod dicitur quæstionem usurarum referri inter Ecclesiasticas caussas & quæstiones: & iudices Ecclesiasticos de eis cognoscere, quoniam nõ negamus, etiam ad iudices Ecclesiasticos cognitioné istam pertinere, quia dicimus mixti fori esse: Non est Iure Canonico huius rei cognitio probibita seculatibus Iudicibus. Non est merè Ecclesiastica quæstio, & hoc sufficit, ut & ad seculares iudices pertinere quoque uideatur.

CAPVT XXXI.

De Clerico & Laico simul crimen committentibus, an ab Ecclesiastico iudice ambo puniendi sint & iudicandi, an quilibet à suo iudice.



Ntiqua, celebris, & sæpè agitata controuersia est, an si Clericus & Laicus simul commiserint aliquod delictum, ambo à iudice Ecclesiastico iudicandi sint, atque puniendi, an uerò quilibet à suo iudice.

Ad Ecclesiasticum iudicem duntaxat totam huius caussæ cognitionem pertinere, docuisse dicitur olim Antonius de Prato, quem non legi, in l. 1. ff. quæ senté. sine appell. rescind. & hanc sententiam secuti sunt cõplures alij, quos commemorat Menochius de arbitr. Casu 371. num. 13. Illustrissimus Cardinalis Albanus consi. 13. & alij à Farinacio nouissimè citati, tit. de Inquisitione, q. 8. num. 151.

Sed contrariam sententiam plurimi alij habnerũt, ut percipere licet ex Didaco Couuar. Pract. Quæst. ca. 34. Aymone Crauetta, consi. 232. Osasco decis. Pedemontana 103. num. 10. Anton. Gomes. tit. de Delictis, cap. 10. num. 6.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia iudex Ecclesiasticus est dignor: & ideo trahit ad se iudicem laicum, tanquam minus dignum: Et quia ratione communionis multa sunt constituta, quia aliàs non permitterentur, cap. Per tuas, de arbitris. cap. Quanto, de iudic. c. Quod in dubijs, de consecratio. Eccles. cap. Sacris, de sepult. cap. Non eximemus, 13. q. 2. l. Quæ religiosis, ff. de rei uind. l. Si alieni, ff. de solut. l. Si communem, ff. Quemadmodum seruit. amittat. l. Eum qui ædes, ff. de uſucap.

Huc accedit continentiam caussæ diuidendam non esse, l. Nulli, C. de iud. Quod fieri uidetur, si iudex Ecclesiasticus & secularis separatim cognoscant.

Denique fieri posset, ut diuersæ proferantur sententiæ in uno eodemque negotio, si diuersi iudices constituantur: Quod absurdum uidetur.

Sed profectò, fundamentum hoc non uidetur satis firmum. Primò, quia text. in cap. Per tuas, de arbitr. nihil aliud dicit, nisi caussæ spiritualis arbitrum constitui posse Laicum simul cũ Clerico. Cætera iuris Canonici loca nihil prorsus ad hanc quæstionem conferunt. Iuris ciuilis loca loquuntur de rebus indiuiduis: de quibus hic non agitur. Consequentia illa bona nũ est. Dignior est iudex Ecclesiasticus, Ergò tantùm ipse cognoscere debet. Bona esset collectio, si unus tãtùm iudex hac in re constituendus esset, uel Ecclesiasticus, uel secularis, tunc potius Ecclesiasticus, tanquam dignior, eligendus foret: sed non uersamur in his terminis: Nihil enim prohibet, quò minus vterque iudex

A cognoscat: Ecclesiasticus quantum ad personam Clerici: secularis quantum ad personam Laici.

Continentia caussæ hic nulla est: quia diuersę sunt personæ delinquentes, l. Item Mella, §. Sed & plures, l. Ita vulneratus, in fine, ff. ad l. Aquil. nec alterius caussa & persona alteri annexa est: Neque de his rebus agitur, de quibus ad eundem iudicem eundum sit, secundùm l. 1. & 2. ff. de quibus rebus ad eundem iudicem eatur.

Absurdum verò nullum est, diuersas proferri sententias, cùm de caussa agatur diuersarum personarum, ut patet ex cap. Interrogatum, 2. q. 5. ex l. Si quis uxori, in principio. ff. de furtis, ex l. Probius, ff. de incendio, ruina, naufragio.

Fundamentum posterioris sententiæ est in Iuris Regulo notissima, quæ mandat Ecclesiastico iudici cognitionem caussarum Clericorum, & seculari iudici Laicorum. c. Clerici, c. Cùm ab homine, de iudic. cap. a. c. Si diligenti, de foro compet. c. Si Clericus, cap. Licet, eodem tit.

Hoc fundamentum uidetur mihi firmissimum: qua-
B re nihil proponi uideo, cur à Iuris Regula in hac facti specie recedamus, quam posterior sententia pro se habet apertam.

CAPVT XXXII.

Pœnæ constitutæ in l. Quisquis, C. ad legem Iuliam Maiestatis, an locum habeant in eis qui Principes inferiores offendunt.

DE crimine læsæ Maiestatis quinque sunt præcipuę atque celebriores controuersię quas totidem capitibus expediam, Iustinianæum ius, non cuiusque Principis leges sequendo, vel mores. Prima est, an pęnæ constitutæ in l. Quisquis, C. ad legem Iuliam Maiestatis, locum habeant in eis qui Principes inferiores
C lædere conantur, aut etiam offendunt. Sunt quatuor Doctorum sententiæ diuersæ. Prima est, locum habere. Secunda, locum non habere. Tertia, distinguendũ inter inferiores Principes, qui superiorem recognoscunt, & eos qui non recognoscunt. Quarta, distinguẽdum esse inter ipsum delinquenté, & filios eius: Quoad ipsum delinquentem, pœnæ locum fore, secus autem quoad filios eius. Videas Clarum, in §. læsæ Maiestatis. Rolandum à Valle, consi. 88. lib. 2. Petrum Gregorium Tholosanum Syntagmate Iuris, par. 3. lib. 35. cap. 3. celebre consilium Socini senioris 275. lib. 2. Gomes. tit. de Delictis, cap. 2. Gigantem in suo tractatu in 1. par. q. 29. & q. 61. Cepolam consil. 17. Menochium consi. 99. Marcum Antonium Peregrinum, de iure fisci, lib. 4. tit. 5. nu. 24. isti plurimos alios citant, ex quibus autorum catalogum conficere quis poterit pro suo arbitratu.

D Qui putant locum habere easdem pœnas in proposita facti specie, in hanc sententiam adducuntur duobus potissimum argumentis. Primùm est, quia huiusmodi pœnæ constitutæ sunt aduersus eos, *qui de nece virorum illustrium, qui consilijs & consistorio Imperatoris intersunt: Senatorum etiam vel cuiuslibet, postremò qui Imperatori militat, cogitauerit.* d. l. Quisquis, Ergò multò magis locũ habere debent aduersus eos qui de nece Principum inferiorum cogitauerint, quia isti digniores ac nobiliores esse uidentur, quàm Senatores & Consiliarij Cæsaris.

Verùm hoc argumentum nihil mouet. Nam dato quod sint digniores, pœna tamen extendi non debet ad eos, qui lege non sunt comprehensi. Lex enim eam pœnam statuit, quia is qui de nece talium virorum cogitat, Imperatorem ipsum offendit. *nam & ipsi*, inquit,

pars

pars corporis nostri sunt, in d.l. Quisquis. Hæc autem ratio locum non habet in alijs Principibus, qui Consistorio Imperatoris non intersunt, nec Imperatori militant: Neq; enim ij pars corporis eius dici possunt.

Alterum argumentum est, quia Principes inferiores in sua ditione idem ius eandemque potestatem habere videntur, quam Imperator in suo Imperio. Ergò, si quis eos offenderit idem crimen committit, ideoque eandem pœnam subire tenetur.

Sed vt antecedens concedatur, negari meritò consequens potest: quia lex clara est: de crimine læsę Maiestatis loquitur commisso aduersus Imperatorem, & Consiliarios, & Senatores eius, eosque qui ipsi militant Imperatori: Isti autem nec tantam habent dignitatem, quantam Imperator habet: nec ipsius Maiestati æquiparandi sunt: nec Imperatoris sunt Consiliarij, vel Senatores, nec ei militant.

Fundamentum eorum qui distinguunt inter Principes Superiorem recognoscentes & non recognoscentes, in eo est positum, quod in Principibus qui Superiorem non recognoscunt, argumenta iam allata locum habere videntur, non autem in eis qui Superiorem recognoscunt, quia horum status & maiestas longè minor est.

Sed vt maximè sit verum, quod asseritur discrimē, non tamen rectè infertur easdem pœnas locum habere, cùm agitur de crimine commisso in Principes qui Superiorem agnoscunt: quia vt iam dictum est, argumenta illa facilè possunt confutari.

Eorum autem qui distinguunt inter ipsum delinquentem & liberos eius, firmamentum est: quia quantum ad filios attinet, seuera valdè ac rigoris plena est lex, cùm filij non deliquerint: & pœna suos autores tenere debeat, l. Sancimus, C. de pœnis (qua lege corrigi, l. Quisquis, docuit Budæus, & malè, sicut ostendit Duarenus lib. 2. Disputationum, cap. 24.) Quam ob rem non videtur ad alios casus extendenda, qui eadem lege comprehensi non sint.

Hæc sententia in hac parte summam habet rationem: sed in altera parte, quæ ad personam delinquentis pertinet, nullo satis firmo nititur argumento.

Ergò eorum sententia probabilior videtur, qui negant pœnas dictæ l. Quisquis, locum habere in eis, qui crimen committunt aduersus inferiores Principes. Hanc sententiam ego amplector, & secutus sum, cùm ex facto res proponeretur. Fundamentum est solidum, quia d. l. Quisquis, non loquitur de his Principibus: Nostrum non est leges extendere ad diuersas personas & casus: pręsertim in odiosis & pœnalibus. Hic quę maximè adferri potest vulgatum illud: *Quod lex non dicit, nec non dicere debemus.* Nouam legem condere, non veterem interpretari videbimur, si eam sic nostra interpretatione ad alios producamus, de quibus ea non statuit. Ita iuri consentaneum puto, saluo melius ac æquius seotieotium iudicio.

CAPVT XXXIII.

Quando ob Crimen læsæ Maiestatis, memoria defuncti damnari possit?



Lpianus: Extinguitur enim crimen mortalitate, nisi quis forte Maiestatis crimine reus fuerit, &c. Planè non quisquis legis Iuliæ Maiestatis reus est, in eadem conditione est, sed qui perduellionis reus est, hostili animo aduersus Rempub. vel Principem animatus. Cæterùm, si quis ex alia caussa legis Iuliæ Maiestatis *reus sit, morte crimine liberatur.* l. vlt. ff. ad l. Iul. Maiest. Idem in §. Publica, in Instit. de pub. iudic.

Igitur non rectè docuerunt, qui defuncti memoriam damnari responderunt, ob crimen commissum A in alios Principes inferiores, veluti Cepolla consi. 17. Berous consi. 61. lib. 1. & alij, quos refert Peregrinus, de iure fisci, lib. 4. tit. 5. post nu. 26. quia nulla est Lex, tale aliquid dicens. Nulla ratio suppetit. Iuris regula obstat. Nec odia extendi oportet, sed potius restringi.

Non rectè etiam illi, qui idlo[?] non habere voluerūt eos, qui crimen admiserunt in Principem vel Rempub. nemini subiectam, quorum mentionem facit Peregrinus vbi suprà, num. 24. quia nulla Lex est, nulla ratio hoc suadet.

Non etiam rectè qui dixerunt, defuncti posse memoriam damnari, qui aduersus Officiales Cæsaria deliquit, eiusque Magistratus: quia non est Lex hoc statuens. Non enim hoc euincit l. Quisquis, C. ad l. Iul. Maiestat. quia non rectè inferunt. Alias & grauiores pœnas statuit, Ergò & defuncti memoriam posse damnari. Notanda enim est l. pen. eodem titulo: *Meminisse oportebit, si quid contra Maiestatem Imperatoris* [B] *commissum dicatur, etiam post rei mortem id crimen instaurari solere.* Idem in l. vlt. Nullum verbum de offendentibus Officiales & Magistratus, ibi: *sed de his qui contra Maiestatem Imperatoris crimen commisisunt.*

Non mouet Henrici Constitutio in Extrauag. Qui sint rebelles, quia hoc tantùm vult, rebelles esse qui contra Officiales in his quæ ad commissum eis officium pertinent, aliquid moliuntur. Sed nihil dicitur de memoriæ damnatione.

Rectè igitur docuerunt & iuri conuenienter qui dixerunt, in istis duobus casibus tantùm defuncti memoriam damnari posse, cum quis contra Imperatorem, vel Remp. hoc est, Romanum Imperium, hostili animo fuerit animatus, vel aliquid machinatus. Bartolus in Extrauag. Qui sint rebelles, in verbo Rebellando. Angelus consil. 223. Socinus senior cons. 275. li. 2. Decius consil. 410. num. 26. alios citat Peregrinus, [C] lib. 4. de iure fisci, tit. 5. num. 27. quibus adde Andream Geyll, lib. 1. de Pace publica, cap. 20. num. 10. & cap. 19. num. 14. eod. lib. D. meum Decianum tract. criminali, lib. 7. cap. 39. num. 38.

CAPVT XXXIV.

In casibus in quibus ob Crimen læsæ Maiestatis, defuncti memoria damnari non potest, an publicari bona possint?



Eperit hanc Controuersiam Vlpianus, in l. vlt. ff. ad leg. Iul. Maiestat. sic dicens: *Extinguitur enim crimen, mortalitate, nisi quis forsè Maiestatis crimine reus fuerit. Nā nisi hoc crimen a successorib. purgetur, hæreditas fisco vindicatur. Planè non quisque legis Iuliæ Maiestatis reus est in eadem conditione: sed qui perduellionis reus est hostili animo aduersus Rempub. vel Principem animatus.* [D] *Cæterùm, si quis ex alia caussa legis Iuliæ Maiestatis reus sit, morte crimine liberatur,* iuncta l. vlt. C. eod. tit. dum ibi dicitur, *memoria eius damnetur, & eius bona successoribus eripiantur.*

Videntur his legibus hæc duo coniungi, defuncti memoriæ damnatio, & bonorum publicatio. Consequenter si defuncti memoria damnari non possit: nec eiusdem bona confiscari poterunt: hoc est, post delinquentis mortem confiscari non poterunt; ita hanc rem intellexisse videntur Angelus in cons. 223. Ruinus cons. 3. num. 12. lib. 5. Angelus Aretinus in §. Publica, num. 3. Instit. de pub. iud. Isernia in c. 1. tit. quæ sint regalia, in verbo, *Commutensium*, col. pen. vers. Quæri consueuit. Cepolla cons. 17. col. 2. vers. Et ideo videtur. Hieron. Gigas de Crimine læsę Maiestatis, lib. 1. tit. Qualiter, in crimine læsæ Maiestatis procedatur, q. 20. nu. 5. Rolandus à Valle cons. 1. nu. 22. lib. 3.

Con-

Contrarium Menochius respondit in consil. 99. num. 52. cum multis sequentibus, lib. 1. dicens, hæc, simul connexa non esse. Damnare memoriam scribit nihil aliud esse, quàm nomini perpetuam infamiæ notam inurere, plus esse damnare memoriam, quàm bona publicare, ideo non rectè sic inferri. Memoria damnari non potest, igitur nec bona publicari possunt: quia à maiori ad minus valet argumentum affirmatiuè, non autem negatiuè.

Sed pace tanti viri, Vlpianus loquitur de sola bonorum publicatione, & ait, *non quisquis legis Iuliæ Maiestatis reus est, in eadem conditione est, sed qui perduellionis reus est*, &c. vt scilicet hæreditas fisco vindicetur, vt suprà dixerat. Sic & in l. 20. ff. de Accusat. Modestinus scribit, pœnam ademptionis bonorum non transire aduersus hæredes, *excepto Repetundarum & Maiestatis iudicio, quæ etiam mortuis reis quibuscum nihil actum est, adhuc exerceri placuit, vt bona eorum fisco vindicentur.* Exercetur iudicium contra defunctum, non vt condemnetur (nec enim mortuus damnari potest) sed vt pronuncietur eum delictum commisisse: vt scilicet bona eius publicentur. Et hæc est procul dubio damnatio memoriæ defuncti, cuius fit mentio in l. vlt. C. ad l. Iul. Maiestatis, vt post alios quos citat, declarat Peregrinus de iure fisci lib. 4. tit. 5. num. 43.

Cùm igitur Vlpianus in d. l. vlt. ff. ad legem Iuliam Maiestat. nullam aliam faciat mentionem damnationis memoriæ defuncti, quàm ratione confiscationis bonorum: Et expressè dicat, bona confiscari tantummodo eius, qui perduellionis reus est: nec contrarium dicatur in d. l. vlt. C. eodem tit. non satis perspici potest, quo pacto bona confiscari possint, post mortem committentis crimen læsę Maiestatis in alio capite, quàm perduellionis, quia in alijs capitibus morte crimen extinguitur: nec hæreditas fisco vindicari potest ex mente Vlpiani. Non video quid ad hæc responderi possit. Non enim nitimur eo argumento, Memoria defuncti damnari non potest: igitur nec bona confiscari possunt. Sed alio argumento vtimur. Morte crimen extinguitur, excepto crimine læsæ Maiestatis, &c. ob quod etiam post mortem delinquentis iudicium inchoari potest, vt reo conuicto (vel vt Vlpianus loquitur, nisi hoc crimen à successoribus purgetur) hæreditas fisco vindicatur. Hoc autem accipiendum est in perduellionis reo, qui aduersus Principem vel Remp. hostili animo fuerit animatus: *Cæterùm, si quis ex alia caussa reus legis Iuliæ Maiestatis sit, morte crimine liberatur.* Ergo extra crimen perduellionis, bona confiscari post mortem delinquentis non possunt. Ita mihi sanè videtur.

CAPVT XXXV.

Controuersia inter Dynum & Bartolum, an ob Crimen læsæ Maiestatis, ipso iure bona confiscentur?

IPso iure confiscari bona, in Crimine læsæ Maiestatis, olim docuit Dynus ad l. Imperator, ff. de iure fisci, cuius sententiam multi probarunt, Lucas de penna, in l. 1. C. de petitio. bonor. sublatis, Boerius decil. 277. num. 12. Iulius Clarus in §. Læsæ Maiestatis. Menochius cons. 99. nu. 160. lib. 1. D. meus Decianus in tractatu criminali, lib. 7. capit. 40. num. 6.

Fundamentum est in l. Ex iudiciorum 20. ff. de Accus. illis verbis: *Adeò vt Diuus Seuerus & Antoninus rescripserint, ex quo quis aliquid ex his caussis crimen contraxit, nihil ex bonis suis alienare aut manumittere eum posse.* Et in l. vlt. C. ad l. Iul. Maiest. in illis verbis *Nam ex quo sceleratissimum quis consilium cœpit, exinde quodammodo sua mente punitus est. Sic & Diuus Seuerus & Antoninus constituerunt, ex quo quis tale crimen contraxit,*

A *neque alienare, neque manumittere eum posse: nec ei soluere iure debitorem magnus etiam Antoninus rescripsit.* Et in l. Quisquis, C. eodem tit. ibi. *Bonis eius omnibus fisco nostro addictis.*

Sed contrarium docuit Bartolus in d. l. Imperator. ff. de iure fisci, quem secuti sunt Paulus, Castrensis, Ludouicus Romanus, Baldus, Imolensis, Aretinus, Isernia, Bossius, Grammaticus, & Gigas, quos refert & sequitur Peregrinus de iure fisci, lib. 5. tit. 1. nu. 171. Addo ego doctissimum iuxta & elegantissimum Doctorem Antonium Fabrum Coniecturarum Iuris libro septimo, cap. 20. Isti docent huiusmodi crimen committentem amittere bonorum suorum administrationem, quia nec ea alienare, nec donare potest: nec seruos manumittere, sed dominium retinere, & ideo ipso iure bona ipsius non confiscari, sed condemnatoriam sententiam requiri: legesque pro confirmatione prioris sententiæ allatas de tali amis-
B sione administrationis loqui, non autem de amissione dominij.

Fundamentum ponunt in l. Quæsitum, 15. ff. qui, & à quibus manumissi. Paulus: *Quæsitum est, an is qui Maiestatis crimine reus factus sit, manumittere possit, quoniam ante damnationem dominus est? Et Imperator Antoninus Calphurnio Critoni rescripsit, ex eo tempore, quo quis propter facinorum suorum cogitationem, iam de pœna sua certus esse poterat, multò plus cogitatione & scientia delictorum, quam damnatione ius danda libertatis eum amisisse.*

Respondet D. Decianus, rationem quidem dubitandi fuisse, quia delinquens dominus est ante damnationem, sed rationem decidendi fuisse; *quia si post damnationem non poterat manumittere; quia scilicet non erat dominus, ergo multò plus post cogitationem & conscientiam delicti, quia voluit inferre; si ideo per sententiam amittit dominium, quia iam certus est, quod est priuatus, quia sententia*
C *facit notorium, ergo multò magis certum est ex propria sua conscientia, quæ falli non potest: Et sic coniungendo rationem dubitandi cum ratione decidendi, & decisione ipsa fateri necesse est, quòd sicut per damnationem amittit dominium, ita & amisit antè postquam cogitauit delinquere: aliàs non fuisset soluta ratio dubitandi, quæ erat, quod ante condemnationem dominus est. Nam si voluisset dicere rationem decisionis esse, quia aliud est amittere dominium, aliud amittere administrationem, simpliciter dixisset manumittere non potest, licet dominus remaneat vsque ad sententiam.* Sic D. Decianus.

Mihi probabilior videtur posterior sententia. Primò, quia dilertè Paulus scribit in d. l. Quæsitum, reum læsæ Maiestatis dominum esse ante damnationem. Ergò non sunt ipso iure bona confiscata, quia tunc dominus esset fiscus, non ipse reus læsæ Maiestatis.

Secùdò, quia si ipso iure dominium bonorum reus
D læsæ Maiestatis amitteret: inanis esset dubitatio, an posset alienare, vel manumittere; nec erat opus ei bonorum administrationem interdicere.

Tertiò, nam sciendum est, post contractum crimen capitale, irritas fieri alienationes bonorum, si postea secuta sit condemnatio, quasi videantur factæ in fraudem fisci, cùm non sine suspicione pœnæ fieri possint: Et istud est qd Martianus scribit in l. 8. ff. de Manumissio. Ex Rescripto diui Pij, *Libertates ab eo qui iam lege Cornelia damnatus esset, aut futurum prospiceret vt damnaretur, seruis datas non competere,* quia videlicet in fraudem fisci datæ videntur, condemnatione scilicet postea secuta: nam si condemnatio secuta non sit, donationes factæ valent, quæ est sententia, l. Post contractum, ff. de donation.

Hæc autem distinctio an secuta sit condemnatio, nec ne, locum non habet in Crimine læsæ Maiestatis: quia condemnatio semper fit etiam mortuo delinquente, cùm cætera crimina morte extinguantur,

&

A & hæc eſt ſententia l. 20. ff. de Accuſ. & l. vlt. C. ad l. Iul. Maieſt. Hinc Papinianus: *Perfecta donationes eſſe nõ poſſunt poſt crimen perduellionis contractum, cùm hæredes quoque teneat.* l. Donationes, 32. §. vlt. ff. de donatio. Ex quibus perſpici poteſt, eas leges non hoc velle, reum Criminis læſæ Maieſtatis, ipſo iure dominium bonorum ſuorum amittere: ſed adminiſtrationem, quia bona ſua donare non poteſt: nec alienare: nec ſeruis libertatem dare. Ratio eſt: quia iam conſcientia delinquentis eum certum facit, fore vt condemnetur: nec morte condemnationem euadere poſſit. Ergò in fraudem fiſci bona ſua alienare non poteſt, l. In fraudem, ff. de iure fiſci, in terminis noſtris text. expreſſus in l. Quiſquis, §. Emancipationes, C. ad l. Iul. Maieſtat. ibi: *Quas ex eodem tempore qualibet fraude,* &c.

Ex quibus reſponſio patet, tam ad leges pro ſententia priore allegatas (nam earum ſenſus eſt quem dixi) quàm ad argumentum D. Deciani. Nam quod B ſcribit Paulus in d. l. Quæſitum, 15. ff. qui, & à quibus manumiſſi, &c. *Ex eo tempore quo quis propter facinorum ſuorum cogitationem, iam de pœna ſua certus eſſe poterat, multò plus cogitatione & ſcientia delictorum, quam damnatione ius danda libertatis eum amiſiſſe*, hoc, inquam, Pauli reſponſum ex Imperatoris Antonini Reſcripto, congruit cum eo Reſcripto, cuius mentio fit in d. l. 8. ff. de manumiſſio. *Libertates ab eo qui iam lege Cornelia damnatus eſſet, aut futurum proſpiceret, vt damnaretur, ſeruis datas non competere.* In Crimine verò læſæ Maieſtatis, reus proſpicere ſemper poteſt ſe condemnatum iri, quia etiam poſt mortem condemnatur memoria eius, & bona hæredibus auferuntur, vt in d. l. vlt. C. ad l. Iul. Maieſt. in l. vlt. ff. eodem tit. & in d. l. 20. ff. de Accuſ. Amittit enim reus bonorum ſuorum adminiſtrationem, ne in fraudem fiſci ad quem peruentura ſunt, aliquid agat, l. In fraudem, ff. de iure fiſci. Sed antequam condemnatus ſit, dominus eſt, vt in d. C l. Quæſitum. Ratio enim dubitandi in ea lege eſt, quã dixi, non autem quia dominium reus criminis amiſerit ante damnationem: quia ſi amiſiſſet, nulla ratio dubitandi erat, cur ei interdicta eſſet bonorum ſuorum adminiſtratio, ac ſerui manumiſſio.

Porrò, quòd Menochius d. conſ. 99. num. 160. ſcribit ex d. l. 20. ff. de Accuſ. non requiri ſententiam condemnatoriam in Crimine læſæ Maieſtatis, quia textus dicit: *Non aliàs tranſeunt aduerſus hæredes pœnæ bonorum ademptionis, quam ſi lis conteſtata, & condemnatio fuerit ſecuta, excepto Repetundarum & Maieſtatis iudicio.* Id, inquam, parum obſtat, quia non rectè infertur, condemnationem non requiri in Crimine læſæ Maieſtatis; nam requiri probat text. in d. l. Quæſitum, ff. Qui, & à quib. manumiſſi, &c. ſententia legis eſt, poſt mortem rei perduellionis iudicium exerceri poſſe aduerſus hæredes, vt bona fiſco vindicentur. Eo iu- D dicio conuinci reum oportere, & damnari eius memoriam, indicat l. vlt. C. ad l. Iul. Maieſtat. ibi: *vt conuicto reo, memoria eius damnetur; & eius bona ſucceſſorib. eripiantur.* Eripiuntur igitur bona ſucceſſoribus, & fiſco vindicantur reo conuicto, & ſententia damnationis memoriæ eius ſecuta: ſecus ſi ab hæredibus crimen purgetur, vt in l. vlt. ff. eod. tit. Quod ſi reus criminis non ſit mortuus, proculdubio condemnandus erit: nec de eo loquitur d. l. 20. ff. de Accuſat.

Sic etiam interpretor verba l. Quiſquis, C. ad l. Iul. Maieſtat. *Bonis eius omnibus fiſco noſtro addictis*, vt non ipſo iure publicationem bonorum inducant; ſed poſt condemnationem, quia ante damnationem Dominus eſt, d. l. Quæſitum.

CAPVT XXXVI.

Vtrum hæreditates, quæ filijs rebellium deferuntur, fiſco applicentur.

IMperator Arcadius, in l. Quiſquis, §. Filij, C. ad legem Iuliam Maieſtatis, ſic ait: *Filij verò eorum quibus vitam Imperatoria ſpecialiter lenitate concedimus (paterno enim deberent perire ſupplicio in quibus paterni, hoc eſt, hæreditarij criminis exempla metuuntur) à materna vel auita omnium etiam proximorum hæreditate ac ſucceſſione habeantur alieni: teſtamentis extraneorum nihil capiant: ſint perpetuò egentes & pauperes. Infamia eos paterna ſemper comitetur: Ad nullos vnquam honores, ad nulla prorſus Sacramenta perueniant. Sint poſtremò tales, vt his perpetua egeſtate ſordeſcentibus, ſit & mors ſolatium, & vita ſupplicium.*

Ex facto proponebatur, an hæreditas eiuſmodi filijs delata, fiſco ſit applicanda, an verò proximioribus ab inteſtato venientibus. Fiſco applicandam eſſe cenſuerunt Cynus, Petrus, Albericus & Salycetus in Commentarijs illius loci, Iacobus Buttigarius, quem vidi & haben, in l. 1. C. de hæred. inſtit. Pariſius conſ. 69. nu. 192. lib. 3. Idem ſentit Imola in cap. 2. num. 44. 45. de teſtam. nec non Boſſius de Crimine læſæ Maieſtatis, num. 138. ibi: *Magna tamen eſt autoritas Salyceti.*

Fundamentum præcipuum eſt in d. l. Quiſquis, §. Vxores, vbi fiſcus aufert ab his filijs, quod à matre habituri ſunt: Cætera leuiſſima ſunt argumenta ex Brocardicis petita.

Contrariam ſententiam habuerũt Socinus ſenior, in conſ. 275. num. 12. lib. 2. Fulgoſius in d. l. Quiſquis, in fine, & ibidem Angelus. Idem ſenſit Angelus de C Maleficijs, in verſ. *Hinc tradito.* num. 14. Menochius conſ. 275. num. 26. lib. 3. Peregrinus, qui alios citat de iure fiſci lib. 3. tit. 9. nu. 1. quibus & ipſe conſentio.

Fundamentum eſt ſolidum: quia nulla eſt lex quæ fiſco applicet hæreditates filijs rebellium delatas. Cur igitur nos fiſco ita fauere volumus, vt etiam alijs legitimis hæredibus iniuriam faciamus? Non ſunt indigni, ſed incapaces tales filij hæreditatum. Ait enim lex: *Ab hæreditate & ſucceſſione habeantur alieni.* Et rurſus: *Teſtamentis extraneorum nihil capiant*, non ergò eis fiſcus auferre poteſt tanquam indignis: ſed cùm incapaces ſint, ad alios hæreditates deferuntur, vt in caſu l. 1. C. de ſecundis nupt. Videntur quidem filij eſſe aliquo modo indigni: ſed tamen id ex paterna culpa accidit.

Non obſtat textus in d. §. Vxores. Primò, quia loquitur de bonis quæ mariti rebellis fuerunt: vnde meritò D ad fiſcum pertinent, non autem ad filios rebelliũ. Omnia enim bona rebellis confiſcantur, excluſis filijs. Et licet ea bona vxoribus donata fuerint vel relicta: tamen non fuerunt eis pleno iure, & vt noſtri loquuntur, irreuocabiliter acquiſita, ſed reuocabiliter: ſcilicet, ſi ad ſecundas nuptias conuolauerint, tunc enim ea tenentur filijs primi matrimonij reſeruare, iuxta l. Fœminæ, C. de ſecund. nupt. Hoc igitur ius filiorum occupat fiſcus, ſicut & cætera bona ac iura patris perduellis. Hæc eſt igitur ratio cur bona eo in caſu ad fiſcum tranſeant, quæ ſpecialis eſt, nec locum habere poteſt in alijs hæreditatibus maternis & auitis.

Secundò, non obſtat, quia dato quod eadem ratio etiam in alijs caſibus militaret: non tamen liceret nobis interpretatione tam graues pœnas in filios, qui nihil peccauerunt, conſtitutas, extendere atque ampliare, ſed potius eas reſtringere debemus, l. Interpretatione, ff. de pœnis, c. Odia, de reg. iur. lib. 6.

CAPVT XXXVII.

Defuncto delinquente ante sententiam, confesso vel cõuicto de crimine, an contra successores eius bona confiscari possint.

Modestinus: *Ex iudiciorum publicorum admissis non aliàs transeunt aduersus hæredes pœnæ ademptionis bonorum, quàm si lis contestata & condemnatio fuerit secuta*, l. 20. ff. de accusatio.

Sed vtrum idem iuris sit, si reus decesserit cõfessus vel conuictus, nondum tamen condemnatus per sententiam? Variarum sententijs est, Bartolus affirmat, in l. 1. nu. 8. ff. de priuatis delict. Baldus ad l. 1. C. ex delicto defunctor. num. 3. vers. *Sed hic dubitatur.* Senatus Pedemontanus apud Osascum decis. 149. Bossius titulo, Quomodo procedendum sit in crimine notorio, nu. 21. Vasquius Controuers. illustrium cap. 96. nu. 19. & multi alij, quos commemorat nouissimè Prosper Farinacius, tit. de Inquisitione, q. 10. nu. 56.

Fundamentum est, quia paria hæc videntur esse, reum conuictum, vel confessum, vel condemnatum esse, l. Qui sententiam, C. de pœnis, quæ lex hoc non dicit, sed dicit neminem condemnandum, nisi confessus uel conuictus sit. Probabilius argumentum est ex l. vlt. C. de iure fisci, lib. 10. Vbi Theodosius: *Eorum patrimonia mortuorum, qui vitæ sua tempore diuersis conscientiam suam dicuntur polluisse criminibus, fisci rationibus nequaquam competere, vel ab eo alienari censemus, nisi post publicam accusationem eos constiterit fuisse conuictos.*

Sed tamen hoc argumentum non est satis firmum, quia illud verbũ, (*conuictos*,) nihil aliud ibi significat, quàm condẽnatos: nec enim antè conuicti videntur, quàm condemnati fuerint, ut rectè monuit Cuiacius in Commentarijs dictæ legis, & ante cum Glossa ibi.

Contrariã igitur sententiam habuit Antonius Gomes. de delictis, cap. 1. nu. 82. & Bursatus, qui alios citat, in cons. 77. nu. 24. lib. 1. in eandem sententiam procliuior est Peregrinus, de iure fisci, lib. 4. tit. 5. nu. 36. usque ad nu. 39.

Fundamentum est, quia licet confessio æquipolleat sententiæ, non tamen æquiualet rei iudicatæ, hoc est, sententiæ quæ nulla appellatione suspensa sit. Vt autem pœna confiscationis locum habeat aduersus successores defuncti, etiam condemnati, necesse est, ut sententia appellatione suspensa non fuerit: nam si appellationem reus interposuerit, & ea pendente mortuus fuerit, confiscationis quæstio cessat iuxta distinctionem, l. 3. C. si pend. appellat. mors interuenerit.

Atque ex distinctione d. l. 3. Prosper Farinacius loco annotato existimat in proposita quæstione, locum esse bonorum confiscationi, reo confesso uel conuicto, si de crimine agatur, propter quod bona confiscãtur expressè, secùs autem si tacitè & in consequentiã bona confiscentur: Nam eo casu quo etiam post condemnationem rei quæstio bonorum publicationis extinguitur, morte ipsius rei appellatione pendente, multò magis extingui debet ante sententiam sine condemnationem, licet reus fuerit confessus, uel conuictus.

Ego uerò absque distinctione ista, & omisso etiam argumento Gomesij, existimo, non esse locum confiscationi bonorum aduersus heredes reo defuncto ante sententiam, licet reus confessus fuerit uel conuictus: Monet me ratio ista quia nulla est Lex huc dicens; nec satis mirari possum, cur in re tam graui & odiosa (sicut confiscatio bonorum est) legibus sententiam requirentibus, ut ademptioni bonorum locus sit aduersus hæredes rei delinquentis, nos interpretatione nostra quasi nouam quandam legem inducere tentemus, si non expresse, saltem tacitè legibus contrariam, idem iuris cum reus confessus vel conuictus est: At lex ait, *si condemnatio fuerit secuta*. Hic non est condemnatio secuta, ergo morte crimen extinguitur, & confiscatio bonorum cessat, lex requirit condemnationem, quia per eam ius fisco acquisitum est, in bonis damnati. Reo ipso audito, & defensionibus eius, totaque re diligenter cognita ab eo, qui sententiam tulit; sed si ante condemnationem is moriatur, pœna est extincta, l. Defuncto, ff. de pub. iud. Rectè, nam ipse condemnari non potest; quia sententia non potest in mortuum ferri, l. vlt. ff. quæ sentent. sine appellat. rescindan. Damnari eius memoria non potest, nisi reus fuerit perduellionis, l. vlt. ff. ad l. Iul. Maiest. Iustum non videtur aduersus hæredes pronunciare, defunctum crimen commisisse, vt eis bona auferantur: quia non possunt hæredes tam facilè innocentiam rei demonstrare aduersus confessionem eius vel testes, sicut reus ipse potuisset. Expectanda igitur sententia condemnationis est, vt bona hæredibus adimantur in publicis criminibus, exceptis ijs, quæ à Modestino commemorantur in d. l. 20. ff. de accusa. etsi quæ alia alijs legibus excepta sunt.

CAPVT XXXVIII.

Ad l. Si diutino, ff. de pœnis, vtrum pœna sit minuenda, vbi à patrato scelere multum tempus intercessit.

Modestinus. Si diutino tempore aliquis in reatu fuerit: aliquatenus pœna eius subleuanda erit, l. 25. ff. de pœnis.

Hic triumphabunt, qui Accursio, Bartolo, & sequacibus bellum indixerunt: quia non intellexerunt quid sit *in reatu esse longo tempore*. Docuerunt enim huius legis autoritate minuendam esse pœnam ei, qui crimen admisit, si longum tempus præterierit. Vide Tiraquellum de pœnis legum temperandis, Caussa 39. Antonium Gomes. tit. de Delictis, cap. primo, num. septimo, Clarum quæstio. 60. vers. Præterea potest, Afflict. decis. 287. Rolandum à Valle cons. 63. num. 10. libro tertio, Grammaticum cons. 39. num. 1.

Contra Alciatus lib. 2. Parergon, cap. 19. Corasius lib. 2. Miscellaneorum, cap. 20. Budæus in Adnotationibus ad hanc legem, quos secutus est Couuar. lib. 2. Variar. resol. cap. 9. nu. 2. *Reatum esse statum & conditionem, in qua rei sunt, donec vel absoluantur vel condemnentur, olim inter eos relati in conspicua & miseranda calamitate erant capillo submisso, quem non antea fas erat rescindere, quàm omnium sententijs absoluerentur squallore, & illuuie confecti, promissa barba, habitu sordido, pannoso, & (vt Budæus ait,) misericordia aucupatore.*

Rectè hoc sanè recentiores docuerunt: Illud non rectè, mea quidem sententia: *Grauius vlciscenda crimina, quæ diu impunita fuerunt, tarditatemq; vltionis grauitate compensandam esse.* Non rectè, inquam, contra Accursium, Bartolum & cæteros antiquiores, ita recentiores docuerunt, quia sic antiquiores dicunt minuendam esse pœnam ob temporis diuturnitatem in delictis momentaneis, quæ scilicet semel perpetrata sunt, secus in criminibus *successiuis*, id est, in quibus quis diu persliterit, veluti est, hæresis, adulterium, & similia, in quibus quo diutius quis persliterit, eò grauius coercendus est, quia diuturnitas temporis non minuit peccatum, sed auget, *tantoque sunt grauiora crimina, quantò diutius infelicem animam detinent alligatam*. cap. Non debet de consang.

&

& affinit. cap. vlt. de Conſuet. c. Cùm haberet, de eo qui duxit in matrim. c. non ſatis, & cap. Cùm in Eccleſiæ, de Simonia. cap. Sicut nobis, in fine, de regularib. cap. Schiſma, 24. quæſtione prima. Præclarè Celſus in l. Inficiando, §. Infans, ff. de furtis: *Et quid tam ridiculum eſt, quàm meliorem furis conditionem eſſe propter continuationem furti exiſtimare?* Atque huc ſpectant, quæ recentiores attulerunt, ad probandum grauius eſſe puniendа crimina, quò diutius impunita manſerunt, tarditatemque vindictæ grauitatem compenſandam.

In delictis autem ſemel commiſſis, quæ in hoc propoſito noſtro Doctores momentanea appellarunt, dixerunt veteres, minuendam eſſe pœnam, ſumma quidem ratione & æquitate, ſi videlicet ex eo tempore, quo crimen quis admiſerit, vitam ſuam ac mores correxerit, & virtutis argumentum præbuerit. Nam *pœna conſtituitur in emendationem hominum*, vt inquit Paulus in l. Si pœna, ff. de pœnis. Ergò ſi emendatio conſpicitur, non videtur pœna eſſe neceſſaria; ſed ne iuſtitia offendatur, ſtatui poterit, veruntamen mitior & clementior ob ſpecimen virtutis editum. Ergò recentiores verba legis fideliter & rectè explicarunt. Veteres autem veram ſolidamque doctrinam attulerunt. Tam hos quàm illos conuenit imitari, ne verba negligamus, & ne verbis nimirum intenti, veras præclaraſque ſententias contemnamus.

CAPVT XXXIX.

Condemnatus in contumaciam vigore Statutorum, quibus contumax pro confeſſo & conuicto habetur, an ſit admittendus ad nouas defenſiones?

DVæ ſunt contrariæ Doctorum ſententiæ hac de re. Prima, condemnatũ hunc non eſſe audiendum, ſed ſententiam exequendam, ita Bartolus ad l. Diuus Adrianus, num. 4. ff. de cuſtodia & exhibit. reor. & in l. 1. ff. de requiren. reis. Boſſius titulo, Banniti quid amittant, num. 19. & 20. Clarus quæſt. 40. verſ. Quæro nunc.

Fundamentum eſt: quia lata ſententia Iudex functus eſt officio ſuo, nec poteſt eam retractare, l. Quod iuſſit, ff. de re iudic. & quia contumax pro confeſſo & conuicto habetur ex forma ſtatuti; ideo probatio in contrarium non admittitur, quaſi hoc certum ſit contumacem delictum commiſiſſe. Et huic ſententiæ in in terris Eccleſiæ adſtipulatur expreſsè conſtitutio Pij V. Pont. Max.

Altera eſt ſententia, audiendum eſſe condẽnatum hunc, ſi velit ſuam innocentiam demonſtrare. Ita Angelus, Salycetus, Caſtrenſis, Alexander, Iaſon, & Decius, in l. Si is qui, C. qui teſtam. facere poſſunt, ſequitur Menochius de arbitrar. Caſu 416. num. 37. Rolandus à Valle conſil. 60. lib. 2. Natta in conſ. 444. lib. 2. Mynſingerus Centuria 2. Obſeruat. 88. & quamplurimi alij, quos refert & ſequitur Proſper Farinacius, tit. de Inquiſitione, quæſtio. 11. num. 6. quibus addo Andræã Geyll, de Arreſtis Imperij, ca. 10. nu. 23. & Marcum Antonium Eugenium, in conſ. 20.

Sed nullum video ſatis ſolidum fundamentum huius ſententiæ ex Iuſtinianæo iure (licet Caroli V. Cõſtitutio criminalis, art. 155. huic ſententiæ adſtipuletur) etenim adſertur primò l. 2. C. qui teſtam. facere poſſ. in illis verbis: *Eiuſq; innocentia liquidis probationibus commendari poteſt a te*, quod ſanè argumentum nullius eſt momenti, quia non ibi agitur de reo iam condemnato ſententia Iudicis.

Secundò adſertur l. Diuus Adrianus, ff. de cuſtodia & exhib. reor. & l. Annus, ff. de requirend. reis, quibus

A ſimiliter reſponderi poteſt, eas non loqui de reo condemnato, ſed annotato.

Tertium argumentum, quia Iudex debet de innocentia rei quærere, l. Si non defendantur, ff. de pœnis, ſed reſponderi poteſt, id eſſe accipiendum ante ſententiam, non poſtea.

Quartum argumẽtum eſt, quia vera confeſſio prætextu erroris reuocari poteſt, l. 1. §. Si quis vltrò, ff. de quæſt. Ergò multò magis ficta, quæ vigore ſtatuti inducitur.

Reſponderi poteſt, argumentum locum habere ante ſententiam, non poſt.

Quintum argumentum eſt, quia ſententia hoc in caſu lata, eſt ex probationibus non veris, ſed fictis, quia ſcilicet contumax habetur pro confeſſo & conuicto. Ergò retractari poteſt, argum. l. Si qui adulterij, C. ad l. Iul. de adulter.

Reſpondeo, in ea lege ita ſpecialiter conſtitutam B fuiſſe in odium eius, qui cognationis prætextu crimẽ depulerat: ac proinde ad alios caſus diuerſos non facilè trahendum eſt.

Sextum, quia exceptio innocentiæ nunquam videtur excluſa. Reſpondeo, id verum eſſe ante condemnationem.

Septimum argumentum eſt: quia ſententia retractatur, quæ lata eſt ex falſis probationibus, toto tit. C. ſi ex falſis inſtr. &c. Sed probationes falſæ ſunt, ſi reus probet innocentiam ſuam, Ergo, &c. Reſpondeo, ſi falſi teſtes vel inſtrumenta proponerentur, argumentum militare: ſed hic non loquimur in ijs terminis, ſed quando contumax vigore Statuti pro confeſſo & conuicto habetur.

Octauum argumentum eſt, quia ſi non admittatur reus, ad nouas defenſiones accidere poteſt, vt innocẽs puniatur, quod abſurdũ & iniquum eſt, l. Abſentem, ff. de pœnis.

C Reſpondeo, abſurdum quidem eſſe, vt innocens damnetur & puniatur: ſed autoritas rei iudicatæ reſcindi non debet.

Quid ergo concludendum? Reſpondeo, in ditione S. Pontificis ſeruandam eſſe ſuper hoc latam Conſtitutionem Pij V. addita interpretatione M. Antonij Eugenij, d. conſil. 20. quia S. Pontifex illam admiſit, vt nimirum ex Reſcripto ipſius Principis condemnatus audiatur, & ad nouas defenſiones admittatur.

In Imperio autem Romano ſeruanda erit Caroli V. Conſtitutio, cuius mentionem facit Mynſingerus d. Centur. 2. Obſeruat. 88. ut nimirum condemnatus audiatur, ſi uelit innocentiam ſuam probare.

Quod ſi hæc quæſtio ex Iuſtinianæo iure decidenda ſit, non erit opus multum laborare, quia deciſionẽ habemus ex l. 1. §. Si quis ultrò, ff. de quæſtio. in illis uerbis: *Sed Præſes prouincia eum quem damnauit, reſti-* D *tuere non poteſt, cùm nec pecuniariam ſententiam ſuam reuocare poſſit: Quid igitur? Principi eum ſcribere oportet, ſi quando ei qui nocens videbatur, poſtea ratio innocentiæ cõſtiterit.* Idem docet l. Diui fratres, ff. de pœnis, l. Moris eſt, §. Sed enim, ff. eod. & in l. Acta, 45. §. 1. ff. de re iudicata.

Ergò ſi condemnatus petat ſe admitti ad nouas defenſiones, non debet Iudex exequi ſententiam, ſed tantiſper differre, donec Principi ſcripſerit, & ab eo Reſcriptum acceperit, an uelit eum admittere ad nouas defenſiones.

CAPVT XL.

Stante statuto, vt contumax in delictis pro confesso & conuicto habeatur, vt condemnari possit, quæ requirantur probationes?

TRes animaduerti Doctorum sententias hac de re. Vna est, requiri veras & legitimas probationes, ex quibus contumax conuincatur, ita Marsilius in practic. crimin. in §. Postquam, nu. 48. & in l. Vnica num. 129. C. de raptu virginum. Bossius tit. de requiren. reis, num. 1. & tit. Banniti, quid amittant. nu. 18. plurimos alios citat Farinacius, tit. de Inquisitione, q. 11. nu. 16.

Fundamentum est in l. Raptores, C. de Episcop. & Cleric. & in l. Vnica, C. de rapta virgin. in illis verbis: *Post legitimas & iuris cognitas probationes*. & in ca. Deus omnipotens, 2. q. 1. vbi S. Pontifex ait: *Nullum ante veram iustamq; probationem iudicare aut damnare debemus.*

Sed hoc fundamentum nullius planè momenti est: quia dictæ leges non loquuntur in ijs terminis, cùm videlicet contumax habetur pro confesso & conuicto: sed loquuntur secundùm iuris communis regulas. quibus procul dubio legitimæ probationes requiruntur.

Secunda opinio est, requiri saltem indicia, quæ ad torturam sufficiant, ita visus est sentire Natta consil. 594. nu. 14. lib. 3. Franciscus Becius cons. 11. num. 7. 8.

Sed nullum hæc sententia solidum fundamentum habet, quia si contumax vigore statuti pro confesso & conuicto habetur, non video cur opus sit alia quærere indicia, quæ ad torturam sufficiant.

Tertia igitur sententia est vera, & approbata, sufficere hoc in casu indicia legitima ad inquirendum; Nã inquisitione legitimè formata, si reus citatus non compareat, & contumax sit, pro confesso & conuicto habebitur, ac proinde condemnari poterit. Ita Io. Plotus cons. 72. nu. 16. inter cons. crimin. lib. 2. & ita decisum fuisse à Rotæ Romanæ Auditoribus Farinacius testatur loco annotato. Huicque sententiæ adstipulari videtur Pij V. Constitutio, contra contumaces edita, anno VI. sui Pontificatus, Idibus Septembris, in illis verbis: *Si tamen legitimis præcedentibus indicijs ad inquirendum promulgata fuerint*, &c. Atque ita sentio.

CAPVT XLI.

Vtrum etiam minor 25. annis comprehendatur in Statuto, quo cauetur, ut contumax in delictis habeatur pro confesso & conuicto, & condemnari possit.

DE Statuto quo constitutum est contumaces pro confessis & conuictis haberi, ac proinde cõdemnari posse per sententiam definitiuam, nihil dicam amplius, si unã hanc controuersiam explicauero, an & minores 25. annis eo Statuto teneantur. Non teneri scribit Albericus, ad l. Cùm & minores, nu. 7. C. si aduersus rem iudic. & in tract. Statutorum, parte 3. q. 84. Augustinus Ariminensis ad Angelum de Maleficijs, in vers. *Qui dominus Iudex videns inquisitos*, &c. num. 3. Rolandus à Valle cons. 68. nu. 31. lib. 2. & cons. 94. nu. 32. lib. 4. & multi alij, quos refert & sequitur Farinacius tit. de Inquisitione, q. 11. 26.

Argumenta sunt ista. Primum, quia minores 25. annis excusantur à dolo præsumpto, l. 1. §. vlt. ff. de eden. Ergò non incidunt in pœnam Statuti, de quo agitur,

A nisi sint in dolo vero, vtputa, si citati dixerint se comparare nolle.

Secundum argumentum est, quia minores 25. annis excusantur in delictis commissis in omittendo, l. 2. C. si aduersus delictum, l. Minoribus, C. de his quib. vt indignis. Sed tale est hoc delictũ contumaciæ, quia peccant minores non comparendo, Ergò excusandi sunt, nec incidunt in pœnam Statuti.

Tertium argumentum est, quia Statuta, quę pęnam statuunt cõtra, vel præter ius commune, minores 25. annis nõ comprehendunt, c. 2. de delictis puero. Sed tale est Statutum, de quo agitur, quia contra ius commune est, vt absens condemnetur, licet contumax sit vltrà relegationem, l. Absentem, ff. de pœnis. Ergò minores non tenentur eiusmodi Statuto.

Quartum argumentum est, quia etiam in criminalibus minores 25. annis non habent legitimam personam standi in Iudicio sine Curatoribus. l. 4. C. de au-

B tor. præstan. Ergò saltem eo casu, quo Curator interuenerit, condemnari non possunt. Nec obstat Statutũ hoc, quia interpretationem ex iure communi recipit, l. 2. de Noxalib. vt minimum Curatoris autoritas interueniat in iudicio criminali.

Contrarium responderunt Baldus ad l. 1. C. de confessis Natta cons. 540. 541. 542. Menochius cons. 50. nu. 120. lib. 1. Dominicus Decianus cons. 18. num. 176. lib. 1. Dominicus Cephalus cons. 304. nu. 126. lib. 3. Isti docent, etiam minores 25. annis contineri hoc Statuto. & condemnari posse, etiam absque curatoris præsentia & autoritate.

Argumenta hęc sunt. Primum, quia Statutum hoc punit contumaces, habendo eos pro confessis. Sed minores 25. annis possunt esse contumaces, l. Minor etiam quasi contumax, ff. de minor. l. Si minor, ff. de bonis autor. iud. possid. Ergo etiam minores 25. tali Statuto comprehenduntur.

C Secundum argumentum est, quia minores 25. annis comprehenduntur in Statutis generaliter loquentibus, c. Constitutis, de in integrum restit. Ergò & huiusmodi Statuto comprehendi debent.

Tertium argumentum est, quia cùm minor est contumax & nõ comparet in Iudicio citatus ob caussam criminalem, non potest a Curatore defendi, l. pen. §. Ad crimen, ff. de pub. iud. Ergò frustrà Curatoris autoritas hoc in casu interueniret, & desiderari videtur, quia scilicet nihil operatur.

Quartum argumentum est, quoniam in delictis minoribus 25. non succurritur, l. Auxilium, §. In delictis, ff. de minoribus. l. Si ex causa, §. Nunc videndum, ff. eod. tit. l. 1. C. si aduersus delictum.

Hæc posterior sententia videtur mihi probabilior, quia si minor ætas non excusat in delictis (nisi forte dum ad minuendam pœnam,) consequens est, mino-

D res delinquẽtes his Statutis obligari, sicut alij maiores obligantur; quandoquidem in delictis nihil plus iuris habent minores quàm maiores, vt dixi.

Poterit tamen minoribus ob contumaciam condemnatis facilius ac promptius in integrum restitutio concedi, vt videlicet ad nouas defensiones admittantur.

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, hic non agi de dolo præsumpto, sed de vero, hoc est, de crimine à minore commisso, propter quod contumax pro confesso & conuicto habetur.

Ad secundum respondeo, non hic agi delictis, quæ in omittendo consistunt, sed in committendo, quia minor crimen commisit: ob quod condemnatur. Nec enim contumacia minoris caussa est proxima vt condemnetur; sed delictum perpetratum; Facit autoritas Statuti, vt habeatur pro confesso, & conuicto; aduersus quam legem non est minor

resti-

restituendus, quia legis auxilium non meretur, qui in legem committit: Alia ratio est de eo, qui ob ætatem, vel rusticitatem Prætoris editionem iniungenti non obtemperauit, vt in d.l.1. §. vlt. ff. de eden. Nostro enim in casu præcessit delictum minoris dolo commissum, quodque excusationem non meretur, nisi eo fine vt le uior quandoque pœna statuatur.

Ad tertium argumentum respondeo, negando propositionem illam, quæ assumitur ex capite secundo, de delictis puerorum. Nam hoc ibi non dicitur: Loquitur S. Pontifex de puero decem annorum, & ait: *In pueris relinqui solere multum, quod in alijs prouectioris ætatis humanæ leges docent seuerius corrigendum*, quod quomodo ad hoc applicari possit, vt minores 25. annis Statutis huiusmodi non comprehendantur, non intelligo.

Ad postremum argumentum respondeo, d.l.4. non loqui de minoribus, qui sunt contumaces.

CAPVT XLII.

Pater an possit iniuriam, filiofamiliàs factam, remittere eo inuito?

Expediamus nos ab hac cõtrouersia duabus Conclusionibus. Prior sit. Iniuriam filio irrogatam, pro qua competit actio Prætoria, pater etiam inuito filio remittere potest: qua remissa, filio actio non competit. Vlpianus: *Filiofamiliâs iniuriam passo, si præsens sit pater, agere tamen non possit propter furorem, vel quem alium casum dementiæ, puto competere iniuriarum actionem. Nam & hic pater eius absentis loco est. Planè si præsens agere nolit, vel quia differt, vel quia remittit, atque donat iniuriam, magis est, vt filio actio non detur.* l. Sed si vnius, 17. §. Filiofam. ff. de iniurijs.

Altera Conclusio est. Iniuriam filiofam. irrogatam, pro qua actio datur ex lege Cornelia, pater remittere non potest, quia actio filio competit, non patri, nec consensus patris requiritur, vt filius agere possit. Vlpianus: *Illud quæritur, an pater filiofam. iniuriam passo ex lege Cornelia iniuriarũ agere possit? & placuit non posse, de eaq; re inter omnes constat: Sed patri quidem Prætoria iniuriarum actio competit: Filio verò legis Corneliæ. In lege Cornelia filiusfamil. agere potest ex omni causa: nec cauere debet rem ratam patrem habiturum.* l. 5. §. Illud, ff. de iniurijs. Atque huc pertinet etiam l.8. ff. de act. & obligat. vbi dicitur, filium suo nomine iniuriarum agere posse.

Non rectè igitur docuerunt qui absolutè dixerunt, patrem remittere posse iniuriam filio illatam, quia id non habet locum, vbi actio ex lege Cornelia descendit; cum illa actio non patri, sed filio competat: quomodo igitur remitteret pater actionem quam nõ habet?

Non rectè quoque mea sententia docuerunt, qui absolutè negarunt, patrem remittere posse iniuriam factam filio eo inuito. Nam contrarium in actione iniuriarum Prætoria manifestè decisum est in d. §. Filiofamil.

Nec mihi probatur eorum interpretatio, qui illum textũ sic accipiunt, vt patris remissio non tollat actionem iniuriarum, sed suspendat eius exercitium: Hoc enim repugnat & verbis textus & rationi eius. Verbis quidem, quia textus negat filio actionem dari, non autem dicit, suspendi actionis exercitium: Rationi quoque legis consentanea non est ea interpretatio, quoniam si pater actionem habet, & non filius, cur eam remittere & donare non possit?

Non obstat argumentum, quod sumitur ex iure nouo, quo constitutum est, patrem non posse aduentitia bona filij alienare, l.1. C. de bonis matern. l. Cũ oportet, C. de bonis, quæ liberis: Non posse hæreditatem filio delatam repudiare, l. vlt. C. de bonis, quæ liber. neque legatum vel fideicommissum, l. Remittente, C. de iure delib. l. Ex repudiatione, C. de fideicõmissis, l. 2. de repud. bonor. possess.

Quoniam hæc longè diuersa sunt ac dissimilia. In bonis quidem ita constitutum est. Non in actione iniuriarum: neque nostrum est leges veteres Imperatorum Constitutionibus nequaquam sublatas, nostra nimis subtili interpretatione per consequentiam tollere & abrogare, sed eas relinquere intactas debemus, atque in suo robore: sicut multæ aliæ manent: licet earum ratio posterioribus Constitutionibus sublata sit. Et hoc est illud frequentissimum apud Doctores Axioma, non esse inducendam legum correctionem, nisi expressè cautum sit.

Non rectè denique docuerunt, qui dixerunt patrẽ non posse remittere iniuriam filio irrogatam ab aliquo coniuncto siue cognato, ex l. Licinnius, ff. sol. matr. ex l. Papinianus, & l. Filius, ff. de inoff. testam.

Nam dictæ leges hoc non dicunt: & in suis casibus & cancellis restringendæ sunt, puta cùm de querela inofficiosi testamenti agitur, & de alijs ibi comprehensis, quibus etiam annumerari potest, quod habetur in l. Inter liberas, §. Filiusfamilias, ff. ad l. Iul. de adulter.

Accipe nunc Doctorum catalogum, qui de hac quæstione scripserunt. Maranta de Ordine Iudicior. 6. parte, versic. Secunda principalis quæstio, num. 63. Azo & Hostiensis, in Summa, tit. de Iniur. Placa, in Epitome delictorum, cap. 6. num. 19. Clarus quæst. 58. vers. Quæro, nunquid pater. Pinellus ad l. 1. num. 105. C. de bonis maternis, in 3. parte, Franc. Marcus decis. 677. in prima parte. Bossius titulo de pace, num. 16. Ascanius Clemens, in tract. de patria potestate, effectu 8. Farinacius titulo de Accusatione, quæst. 14. num. 36.

CAPVT XLIII.

Possitne minor 25. annis cum autoritate tutoris vel curatoris pacem facere, absque decreto Iudicis.

Communis est & vera sententia, adultum ac impuberem absque decreto Iudicis, autoritate Tutoris sui vel Curatoris interueniente, pacem inire posse cum suis aduersarijs. Ita respondit Abbas Panormitanus in cons. 108. lib. 2. refert & sequitur Clarus q. 58. vers. *Quæro an tutor*. Antonius Gomesius tit. de Homicidio, nu. 66. & quàm plurimi alij apud Farinacium, tit. de Accusatione, quæst. 15. nu. 5.

Fundamẽtum hoc mihi firmissimum videtur, quia impuberes & adulti, cùm suorum tutorum & curatorum autoritate celebrare possunt omnes contractus absque decreto Iudicis, excepta bonorum immobiliũ alienatione, de qua in tit. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, & in tit. C. de Prædijs minorum, cur ergò tam salutarem, tam laudabilem, Deoq; gratam & Reipublicæ vtilem transactionem ac pacẽ nõ rectè inire poterunt?

Malè igitur contrarium docuit Petrus Placa, in Epitome delictorum, cap. 45. num. 7. Iodocus in patrocinio pupillorum, titulo de tutorum & curatorum munere, cap. 10. num. 75. Simoncellus de Decretis, lib. 2. tit. 6. Inspect. 16. nu. 137. & alij quos commemorat Farinacius in loco annotato.

Nec argumenta eorum me deterrent. Primum est, quia in transactione requiritur Decretum Iudicis, l. Non solum, C. de Prædijs minor. Hæc est autem trãsactionis species.

A Respondeo, in transactione Decretum requiri quoties predia vrbana vel rustica alienantur: sic loquitur l. Non solùm, C. de Præd. minor. Hic verò nec vrbana nec rustica prædia alienantur: sed præceptum Dei colitur: *Diligite inimicos vestros*, &c.

Secundum est; quia in generali administratione nõ venit potestas donandi, l. Filiusf. ff. de donatio. Sed remissio iniuriarum est species donationis, Ergò nõ permissa minori & curatori.

Responden, nec donationem hanc esse de qua loquitur lex contraria, tum quia iniuriarum actio in bonis nostris non est; magis enim vindictæ quàm pecuniæ habet persecutionem, l. 2. §. Emancipatus, ff. de colla. bonor. tum, quia minor nil amittit, immò lucratur multum remittendo iniuriam; & liberando se ab omnibus periculis, quę ob inimicitias incurrere potest. Quamobrem minor non habet in integrum restitutionis auxilium cùm iniuriam remittit, l. Auxilium, B ff. de Minoribus & tutoribus, & curatoribus etiam permissum est donare cùm expedit, l. Cùm plures, 13. §. Cùm tutor, ff. de admin. tutor. Expedit autem iniuriam remittere vt dixi.

Tertium argumentum est, quia non potest alienari prædium etiam exiguũ minoris, sine iudicis decreto, toto tit. ff. de reb. eor. Ergò multò minus remitti potest iniuria, & super ea transigi.

Respondeo, negando consequentiam; Hæc enim dissimilia sunt; & in pace facienda multum lucri facit minor, dum diuinæ obtemperat voluntati, & quietem sibi ac tranquillitatem quærit.

Quintum argumentum est, quia videtur esse dedecus inultam iniuriam relinquere, l. Miles, §. Socer, ff. ad l. Iul. de adulter.

Respondeo, nec legem illam hoc dicerē: nec sententiam hanc Christiano viro dignam, nec si Iurisconsultorum mille extarent Responsa, ijs obtemperandum; C sed diuino præcepto, l. Sancimus, C. de sacrosanct. Eccles.

Nec tamen dicimus ex præcepto diuino teneri, quẽ remittere absolutè actionem iniuriarum, & pacem facere cum inimicis suis; sed hoc Theologis discutiendum relinquimus; Hoc dicimus, non lædi minores, non iacturam facere vllam, ob pacem initam, & remissam iniuriam, ac proinde ualere, minoresque obligari; nec eam rescindere posse ætatis prætextu, & auxilio restitutionis in integrum.

CAPVT XLIV.

Vtrum pace rupta à minore 25. annis, quam iniuit cum autoritate Curatoris pœna committatur per stipulationem promissa?



D SI pacem minor annis 25. cum autoritate Curatoris iniesit, pœna adiecta, & eam violauerit, oritur controuersia, an pœna committatur? Negare videntur Baldus, Salycet. Alciatus, ad l. Pactum curatoris, C. de pactis, & alij, quos refert Tobias Nonius, inter cons. Criminalia, uol. 1. cons. 152. nu. 11. & Ludouicus Romanus ibidem, cons. 155. nu. 9. Abbas Panormitanus cons. 108. circa finem, lib. 2. & alij à Farinacio citati, tit. de Accusatione, q. 15. nu. 53.

Fundamentum statuunt ex l. Si minor 35. §. 1. ff. de Minoribus Paulus; *Minores si in Iudicem compromiserunt; licet tutore autore stipulati sunt. In integrum restitutionem aduersus talem obligationem iure desiderant.* Glos. in vers. *Stipulati sunt, scilicet pœnam*, inquit. Ex quo annotarunt pœnæ obligationem minori esse damnosá.

Sed oportebat aliam sequentem Glossam perpendere, in uerbo, *Iure desiderant*, quæ declarat, quomodo minor læsionem ibi sentiat, sic dicens: *Apparet læsio, quod ab eo appellari non potest, l. 1. C. de arbitr. & de euictione non agitur.* l. Si dictum, §. 1. ff. de Euictionib.

Ex quibus uerbis colligitur, non idcirco minorem lędi, quia tutor pœnam stipulatus sit, sed quia compromissum aufert minori appellandi beneficium, & actionem de Euictione. Itaq; per compromissum læditur minor, non per stipulationem pœnæ.

Ergo cùm remissio iniuriarum, recõciliatio, & pax, non patrimonij euersionem, sed uirtutis opinionem inducat, cùm sit Deo grata, Reip. salutaris, & nullis ipsi minori, nihil proponi uideo, cur pœnæ adiectio non ualeat; & si ualeat, cur non committatur. Deberetne minor impunè pacem frangere & uiolare, quod crimen proditionis est species? Non succurritur minoribus in delictis, l. Auxilium, ff. de minor.

B Quare contrariam sententiam absque omni hæsitatione amplector, in quam inclinat Decius in d. l. Pactũ curatoris, C. de pactis, & quam probauit Collegium Aduocatorum Curialium Prouinciæ Marchiæ, vt patet in 1. vol. consilior. crim. diuersor. cons. 150. num. 33. cum sequentibus, & alius coniuktor in cons. sequenti 151. nu. 44. latiusque Farinacius loco superiùs annotato, qui iustè etiam negat restitutionem in integrum minori esse concedendam hoc in casu, quia læsus nõ est, vt patet, adiectius doctissimi iuxta & diligentissimi Doctoris Sfortiæ Oddi sententiam, de restit. in integrum, parte 2. q. 85. art. 7. nu. 58.

CAPVT XLV.

An Iudex cuius arbitrio pœna remissa est, mortis pęnam imponere possit?



C AVsim affirmare hanc disputationem de pęna Iudici arbitraria, an extendi ad mortẽ possit, aut in controuersia positam non esse, aut si quæ controuersia est, eam facilè componi posse. Etenim autores quidẽ commemorantur, qui aiunt pœnam extendi posse vsque ad mortem, & qui negant, tum à Maranta disputatione 3. tum à Gomesio de iniuria. cap. 6. nu. 8. & ab alijs sexcentis, quos nouissimè Farinacius refert, tit. de Delictis & pœnis, q. 17. nu. 34. & seq. sed omnes in hãc sententiam conueniunt, tunc pœnam mortis decerni posse, cùm delicti atrocitas & grauitas id postulauerit: aliàs secus: Quis autem dubitauerit hanc omniũ mentem fuisse? Ergo nulla controuersia est.

Si tamen quis aliter existimauerit, is facilè intelliget hac adhibita distinctione, omnem sedari contentionem posse. Nec aliter accipiendas esse leges, quæ vel in hanc vel illam sententiam adferri solent.

D Nam l. Saecularij, §. Sunt quædam, ff. de extraord. crim. l. 1. & 2. C. de his qui latrones occultar. Item l. lex Iulia, §. Hodie, ff. ad l. Iuliam repetund. arbitrium extendunt vsque ad mortem, quia delicti grauitas id postulat.

Contra verò arbitrium Iudicis restringitur in l. 1. ff. de furib. balnear. in l. 1. §. Expilatores, ff. de Effractorib. quia qualitas criminis sic exigit.

Cur igitur omni controuersia omissa non auscultamus legibus nostris, tam sæpè ac tam disertè admonẽtibus. Hodie licere ei, *qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult sententiam ferre vel grauiorem, vel leuiorẽ, ita tamen, ut in utroque moderationem* non excedat, l. Hodie, ff. de pœnis? *Respiciendum esse iudicanti, ne quid durius aut remissius constituatur, quam causa deposcit*, leg. Respiciendum, ff. eod. *Aut facta puniri, vt furta cadesque aut dicta, vt conuitia, & in fide aduocationes: aut scripta, vt falsa, & famosi libelli, aut consilia, vt coniurationes, & latronum conscientia: quosque alios suadendo*

dendo inuisse, sceleris est instar: Sed hæc quatuor genera cōsideranda esse septem modis, causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate, euentu. l. Aut facta, ff. eod. Idem probatur in l. Et si seuerior, C. ex quib. causis infam. irroget. in l. Quid ergo, §. Pœna grauior, ff. eod. in l. Non omnes, ff. de re milit. & alibi.

CAPVT XLVI.

Plura delicta eiusdem generis eodem tempore commissa, puta plures percussiones, an sint pluribus coercenda pœnis?

SI quis vno eodemq; impetu pluries aliquem percusserit, ex qualibet percussione pœnam lege constitutam, quasi sint plura delicta sustinebit, secūdum Bartolum in l. Nunquam plura, ff. de priuatis delictis, nu. 4. Albericus ibidem, & Socinus senior in cons. 62. nu. 9. lib. 1. Clarus q. 84. vers. Scias etiam.

Fundamentum est in d. l. Nunquam plura, vbi Vlpianus: *Nunquam plura delicta concurrentia faciunt, vt ullius impunitas detur.* Sed hoc in casu concurrunt plura delicta eodem tempore, id est, plures percussiones, vel uulnera, Ergò omnia sunt punienda.

Contrarium docuerunt Angelus in l. Nunquam plura, Placa, in epitome delictorum cap. 1. num. 17. Couuar. uar. resol. lib. 2. cap. 10. nu. 8. isti docuerunt, unam pœnam tantùm statuendam, sed grauiorem, propter delicti iterationem.

Fundamentum est in l. Illud, §. ult. ff. ad l. Aquil. ubi Caius: *Si idem eundem seruum vulnerauerit; postea deinde occiderit: tenebitur, & de vulnerato, & de occiso. Duo enim sunt delicta, aliter atque si quis vno impetu pluribus vulnerib⁹ aliquē occiderit: tūc enim vna erit actio de occiso.*

Non enim quidquam refert, inquit Couuar. *quod percussus ex pluribus percussionibus fuerit occisus, quasi omnes percussiones ad eundem effectum fuerint repetitæ, nempe ad occidendum; nam idem proculdubio erit dicendum, ubi percussus occisus non fuerit, nec percussor eundem actum iterauit ad homicidium: sed tantùm ad percutiendum, cùm nihil apud Iurisconsultum non constet, ad eundem effectum repetitos fuisse actus: Potuit enim homicidium contingere præter percutientis voluntatem, & nihilominus idem Iurisconsultus respondisset.*

Tertia fuit sententia Iacobi de Arena, in l. Apud Labeonem, §. Conuitium, ff. de iniur. distinguendum esse, an Lex uel Statutum loquatur in personam, pœnam scilicet statuendo simpliciter, in percutientem, seu uulnerantem, & tunc unum esse delictum, iuxta posteriorem hanc sententiam; an uerò loquatur in rem, utputa statuendo pœnam pro qualibet percussione, & vulnere; & tunc plura esse delicta, sicut prior sententia docet. Hanc distinctionem secutus est Couuar. loco proximè citato, nu. 8. uers. *Quarto præmisso Statuto.*

Ego posteriorem sententiam cum distinctione ista Iacobi Arenarij sequor, quam & secutus est Farinacius tit. de Delictis, & pœnis, quæst. 22. num. 10. Nec possum adduci ut credam, propter hanc sententiam fore, *vt totus mundus destruatur*, sicut Bartolus asseuerat, in d. l. Nunquam plura, Est enim hæc sententia rationi & æquitati consentanea: quia delictum est unum tantùm, atque unius generis, sed sæpius iteratum, ac proinde maiori animaduersione dignum. Nec obstat l. Nunquam plura, quia non huc pertinet sententia illius legis; quod patet ex uerbis sequentibus, quibus exempla proponuntur plurium delictorum, quæ licet non restringant, declarant tamen regulam: *Qui igitur* (inquit Vlpianus) *hominem surripuit & occidit, quia surripuit furti, quia occidit, Aquilia tenetur.* Et rursus. *Idem dicendum si rapuit, & occidit.* Nec aliter

A sonant cætera exempla, quæ Iurisconsultus adiungit, ut planè sit perspicuum ad nostram hanc facti speciē eius responsum non pertinere.

CAPVT XLVII.

Confiscatis bonis filijfamilias propter delictum, an etiam peculium aduentitium confiscetur?

VIderi forsitan possit inanis hæc quæstio hodierno iure considerato, quo (excepto Maiestatis crimine) Imperator Iustinianus bona damnatorum in fiscum deferri uetuit, & ascendentibus ac descendentibus usq; ad tertium gradum reseruanda esse constituit. Sed non est inanis profectò moribus consideratis, quibus & bona confiscari receptum est, & ab eis ascendentes ac descendentes excludi, præterquam à B legitima eorum portione. Est igitur controuersia, si filiusfa. scelus aliquod admiserit, propter quod legibus constituta sit pœna bonorum confiscationis, an bona materna, cæteraque aduentitia, quæ habet patre superstite, in fiscum deferenda sint, uel patri potius debeātur, tam quoad proprietatem, quàm quoad usumfructum.

Communior sententia est, patri esse reseruanda, nō autem infiscanda, vt responderunt post Bartolum & alios, Socinus iunior, in consi. 77. num. 8. libro 2. Ruinus in consi. 24. lib. 5. Rolandus à Valle, cons. 56. num. 10. lib. 1. Couuar. Variar. resol. lib. 2. cap. 8. num. 7. Menochius de recuperanda possess. remedio 9. nu. 65. M. Antonius Peregrinus de iure fisci, lib. 5. tit. 1. num. 128. Farinacius tit. de Delictis, & pœnis, q. 24. num. 5.

Argumenta sunt ista. Primùm ex l. 3. C. de bonis dānatorum, vbi rescriptum est, non publicari peculium castrense, Ergò multò minus aduentitium publicabi-C tur, sed pater illud obtinebit. Alexander Imp. *Si filius tuus cùm esset in potestate, in insulam deportari meruit: peculium eius nec quod in castris acquisiuit, vel quod ei militaturo donasti, auferri tibi debet.*

Secundum est ex l. 3. §. Sed verum, ff. de minorib. in illis verbis: *Licet aliquo casu peculium ad filium spectet: vt puta, si patris eius bona à fisco propter debitum pecuniarium occupata sunt: nam peculium eius Constitutione Diui Claudij separatur.*

Si peculium profectitium reseruandum est filio patris bonis à fisco occupatis, igitur & contra peculium aduentitium reseruandum est patri, bonis filij occupatis à fisco.

Tertium argumentum sumitur ex l. ult. §. Filijs, C. de bonis quæ liber. & l. 2. C. de castrensi peculio, lib. 12. vbi cautum est, non licere filiofam. bona alienare, in quibus pater vsumfructum habet, & non licere alia D bona præterquam castrensia alienare sine consensu patris. Ergò nec potest delictum committendo ea in fiscum transferre.

Quartum sumitur ex l. Cùm ancillis, C. de incestis nuptijs, in illis verbis: *Omnibus bonis eius Ciuitatis, cuius curialis fuerat, mancipandis, si patria potestate fuerit liberatus, nullosque habeat liberos, vel parentes, vel etiam propinquos, qui secundum legum ordinem ad eius successionem vocentur.*

Contrarium respondit Petr. Paulus Parisius, consi. 157. lib. 4. & multi alij, qui tam à Menochio, quàm à cęteris recentioribus commemorantur, locis superiùs annotatis, isti responderunt, bonorum istorum proprietatem confiscari, vsufructu parenti reseruato.

Argumenta sunt ista. Primùm ex l. Si postulauerit, §. Iubet lex, ff. ad l. Iul. de Adult. in illis verbis: *Proinde in communi partem publicamus: in proprio cuius vsusfructus alienus est, nudam proprietatem.*

Secundùm est ex l. Quinque legibus, cum l. seq. ff. de bonis

bonis damnator. illis uerbis : *Et omnes omninò maritus* A *actiones saluas habet contra fiscum.* Idem igitur & de patre statuendum putant, ut nimirum salua sit ei actio, ratione usufructus.

Tertium argumentum est, quia confiscantur propter delictum etiam minoris 25. annis bona, licet alienari non possint, l. Clarum, C. de autor. præstanda, Ergò etiam filijsfam. bona confiscari poterunt, licet alienari nequeant sine patris consensu.

Postremum argumentum est, quia pater iudicati actione de peculio tenetur, l. 3. §. Idem scribit, ff. de peculio, Ergò in proposito casu non potest filij peculium occupare, sed fisco tradere tenetur.

Mihi magis placet prior sententia, non ex secundo, uel tertio, uel quarto argumento, sed ex primo dũtaxat. Cætera enim nihil mouent: quia ad secundum argumentum responderi potest, l. 3. §. Sed utrum, non loqui de bonorum confiscatione propter delictum, nec de bonorum confiscatione filij. Ad tertium verò, filiũ quidem alienare non posse bona, in quibus pater vsumfructum habet : & consequenter bona, confiscari non posse: scilicet, quoad patris vsumfructum: nõ quo B ad proprietatem filij, quia nihil vetat confiscari proprietatem bonorum vnius, saluo vsufructu alterius, vt patet ex d. l. Si postulauerit, §. Iubet, ff. de adulterijs. Ad quartum verò respondetur text. in d. l. Com ancillis, nihil prorsus ad rem facere.

Primum itaque argumentum ex d. l. 3. C. de bonis damnator. firmissimum est. Nam priuilegium, quod filijsfam. in castrensi peculio Constitutiones dederũt, capitis diminutione amittunt, perinde, ac si moriantur intestati superstite patre. Quare filijsfam. capite minuti, castrense peculium pater occupat iure suo, vt suum, vt annotauit Cuiac. in Cod. recitationib. ad tit. de bonis damnator. Eadem est ratio peculij aduẽtitij, hoc est, extra castra quæsiti. Olim pleno iure patris erat. Constitutionibus autem filijsfam. hoc ius tributũ est, vt proprietatem habeat, l. 1. C. de bon. matern. l. Cùm oportet, C. de bonis, quæ liberis. Filius itaque capite minutus, propter delictum, omne priuilegium C tributum amittit: Consequenter peculium eius pater occupat iure suo, tanquam suum, quemadmodum si intestatus filius mortuus sit, l. 2. ff. de castrensi peculio.

Argumenta contrariæ sententiæ nullius planè momenti sunt, quia quod attinet ad l. Si postulauerit, §. Iubet lex, ff. ad leg. Iul. de adult. illa lex non loquitur de filiofa. nec de illius peculio: & nihil aliud probat, quàm confiscari posse proprietatem vnius, saluo manente vsufructu alterius : quod & nos concedimus. Sed negamus id locum habere in peculio filijfamilias, de quo agitur: quia illud pater occupat suo iure, non autem fiscus.

Eadem responsio ad secundum argumentum accõmodari potest.

Tertium verò argumentum nihil mouet: quia non ideo confiscari bona filij negamus, quòd alienari nõ D possint; sed quia pertinent ad patrem, filio capite minuto.

Postremum autem argumentum ex l. 3. §. Idem scribit, ff. de peculio, loquitur in actione iudicati, quando filius condemnatur in certam quantitatem in iudicio. Tunc pater tenetur de peculio, quod non facit ad rem de qua agitur, quia non de certæ quantitatis condemnatione agimus, sed de omnium bonorum confiscatione, quæ valde differunt.

CAPVT XLVIII.

Quid si tale sit peculium aduentitium, vt vocant filijfam. in quod nullum pater habeat vsumfructum, an veniat in bonorum confiscatione filijfamilias.



Ed rursus controuertitur, quid si pater nullum in peculio filij habeat vsumfructum, an in confiscationem bonorum veniat propter ipsius filijfam. delictum? Nonnulli existimarunt venire; Gigas de Crimine læsæ Maiest. lib. 2. tit. de pœnis committentium crimen læsę Maiest. quæst. 11. & alij quos citat Peregrinus, de iure fisci, libro 5. tit. 1. num. 128. qua in re Menochius dubius est de recup. remed. 9. num. 81. & seq.

Fundamentum est, quia vbi pater nullum habet vsumfructum filiofam. permissa est alienatio, l. vlt. §. filijs, C. de bonis, quæ lib. Ergo etiam confiscatio locum habere potest. Est enim quædam alienatio in fiscum ex delicto proueniens.

Contraria sententia & verior & communior est, (excepto crimine læsæ Maiestatis, de quo præclara extat decisio Pedemon. Osaschi 94.) nimirum in confiscationem bonorum filijsfam. ob delictum non venire peculium aduentitium, licet pater nullum in eo habeat vsumfructum. Sic respondit Ruinus, in consi. 24. num. 11. 12. lib. 5. Socinus iunior consil. 77. num. 10. lib. 2. Clarus quæst. 78. vers. Sed quid in aduentitijs. Peregrinus vbi suprà. Farinacius tit. de Delictis, & pœnis, quæst. 24. num. 6.

Fundamentum est, quia filiusfa. testari non potest de huiusmodi peculio, licet nullum in eo pater vsumfructum habeat, vt decisum est in l. pen. C. qui testam. facere poss. Ergò nec potest venire in bonorum confiscationem.

Sed hoc planè infirmum est argumentum, quoniã vt rectè monet D. Menochius, ideo filiusfam. de tali peculio testari nequit, quia patria potestas impedimento est : quæ quidem patria potestas sola impedimento non est, quò minus filius bona sua ob delictum amittat.

Hæc igitur verissima sententia probatur ex l. 3. C. de bonis damnator. & ex ratione quam in præcedenti capite adieci. Nam si peculium castrense non venit in bonorum confiscationem, in quo certum est, patrẽ nullum habere vsumfructum, consequens est, nec aliud peculium, quod castrense non est, confiscationi obnoxiũ esse: quia eadem est ratio. Huc accedit, quod in præcedenti capite dicebam, patrem iure suo occupare peculium filij, quando ob capitis diminutionem omne priuilegium Constitutionibus ei concessum amittit: quod & ad huiusmodi peculium, in quo pater nullum habet vsumfructum, rectè accommodari posse, non est ambigendum.

CAPVT XLIX.

De castrensi peculio filijsfam. an veniat in confiscationem bonorum.



Ed & de castrensi peculio, an hodierno iure confiscari debeat, controuersia est non parua. Nam illud confiscari non posse censuerunt quamplurimi, tam veteres, quàm recentiores, quos refert & sequitur Clarus, q. 78. versic. *Quæro etiam quid in peculio castrensi.* Couuar. lib. 2. Variar. resol. cap. 8. nu. 7. Menoch. de recup. possess. rem. 9. num. 96. 70. M. Anto. Peregrinus de iure fisci, lib. 5. tit. 1.

tit.1.num.130.omnium latissimè Farinacius tit.de De lictis,& pœnis,q.24.num.11.

Contrarium autem docuerunt Angelus & Romanus ad l. Si filiusfam. ff. de damno infecto. Nellus in tract.de Bãnitis,in 1.parte 2. temporis, q.25.Antonius Gomes.var.resol.tit.de seruitutib.cap.15.num.15.vers. *Sed his non obstantibus*, alios citant Peregrinus & Farinacius locis annotatis.

Prioris sententiæ fundamentum est in l.3. C.de bonis damnator. vbi hęc quæstio apertè deciditur.

Posterioris autem fundamentum est, quia filiusfa. in castrensi peculio pro patrefamiliâs habetur, ac potest illud alienare, sicut dominus, liberè & absolutè, l.2. C.ad Macedon.l.Cùm oportet,uers. *Exceptis*, C.de bonis,quæ liber.l.1.C.de castrensi peculio,lib.12.Ergò & delinquendo potest illud amittere, fisco nimirum occupante.

Ad l.3. C. de bonis damnato.respondent, illam esse accipiendam secundùm antiqua tempora, quibus filiusfam.non habebat hæredem:sed patet iure peculij omnia occupabat, l.a.ff.de castren. peculio.Hodierno iure hæredem habet, & filio defuncto pater succedit tanquam hæres, ut in Nouella de hæred. ab intestato uenient. Igitur si ex delicto pœnam confiscationis incurrat, non habebit patrem successorem, sed fiscum, qui omnibus alijs præfertur.

Ego priorem sententiam & communiorem, & æquiorem esse non dubito,& sequor,quia licet circa successionem bonorum filijfam. multa sint immutata:tamen remansit incorrecta d.l.3. Et sanè,hoc sæpenumerò obseruaui, antiquas leges in aliqua parte correctas fuisse posterioribus Constitutionibus Imperatorum; & in alijs partibus suum uigorem obtinere, ut & Cuiacius notat lib.6. Obser.cap.11. & dixi lib.1.Controuers.cap.8.circa finem.Excipio Maiestatis crimẽ,propter l. Quisquis, C. ad l. Iul. Maiest. Puto enim in eo crimine confiscari peculium castrense.Ex his quæ tradit Octauianus Cacheran. Decis. Pedemont.94.

CAPVT L.

Publicatis ob delictum patrisfam. bonis, an publicetur vsusfructus, quem habet iure patria potestatis in bonis filij?

E Contrario controuertitur, an publicatis bonis patrisfamiliâs ob delictum ab eo commissum, publicetur vsusfructus,quẽ ille habet in bonis aduentitijs filij sui. Affirmant publicari, Antonius Gomes. post alios quos adducit,cap.15.tit.de Seruitutibus,nu. 18.& Placa in Epitome Delictor.lib.1. cap. 22.nu. 39. vbi & alios commemorat.

Fundamentum est in l.Si postulauerit, §. Iubet lex, ff.ad l.Iul.de adult.illis verbis: *Proinde in communi partem publicamus, in proprio cuius vsusfructus alienus est nudam proprietatē: in quo tantum vsumfructum habuit reus, magis est,vt perceptio vsusfructus ad publicum incipiat pertinere.*

Huc accedit ratio: Nam etsi vsusfructus alienari non possit: tamen eius commoditas & fructuum perceptio alienari potest,l. Arboribus,§. Vsufructuarius, ff.de vsufructu.Ergò & confiscari,argum.l.Imperatores,ff.de iure fisci.

Contrarium docent Gigas,de Crimine læsæ Maiesta.lib.2.tit.de pœnis committentium crimen læsæ Maiest.q.13.num.4.Bal. in l.1. C.de bonis, quæ liber.Corneos cons.208.ad finem,lib.3.

Fundamentum est: quia vsusfructus morte vsufructuarij finitur:neque transit ad extraneum hæredem, §.finitur,in Instit.de vsufru.;fiscus verò est loco extranei hæredis.

A Tertia est sententia sic distinguens, aut paterfam. propter delictum & condemnationem amittit libertatem vel Ciuitatem; atque adeò patitur maximam vel mediam capitis deminutionem; & tunc vsusfructus finiatur, & ad dominum reuertitur; & vt nostri loquuntur,consolidatur cum proprietate,§. finitur,in Inst.de vsufruc.l.Corruptionem, C.eodem tit,Consequenter confiscari non potest. Aut non patitur talem capitis deminutionem:& tunc ad fiscum transfertur, argum.dicta l.Si postulauerit,§.Iubet lex,ff.ad leg.Iul. de adulter.Ita Baldus in d.l. Corruptionem,num.7.& alij, quos refert & sequitur Peregrinus, de iure fisci lib.5.tit. 1.nu. 129. Farinacius,qui & alios citat, tit.de Delictis,& pœnis,q.24. num. 33.

Huic postremæ sententiæ ac præclaræ distinctioni, calculum adijcio meum. Conciliantur enim opiniones:legesque legibus concordantur,& omnis difficultas tollitur.

B

CAPVT LI.

In bonorum confiscatione ob delictum secuta, an bona futura comprehendantur.

NVllus est antiquorum Interpretum, uel eorum qui de iure responsa ediderũt,aut Criminales materias explicarũt,qui non docuerit simpliciter & absolutè in bonorum confiscatione ob delictum secuta,bona futura,hoc est,quæ post sententiam acquisita sunt, non contineri,neque ad fiscum pertinere. Vide Bossium,tit.de bonor.confiscatione,nu.15.& nu. 66. Antonium Gomes.tit. de confiscatione bonor. num. 1. Pinellum ad Rubr.de bonis matern. nu. 3. Peregrinum de iure fisci,lib.5.tit.1.nu.132. Farinacium tit. de delictis,& pœnis,q.25. num.138.

C Fundamentum est in l.Si mandauero tibi, §. Is cuius,ff.mandati,in illis verbis: *Quia publicatis bonis quicquid postea acquiritur, non sequitur fiscum*. & in l. Eius qui,§.1.ff.de testam.ibi: *Bona quoq; qua tunc habuit, cum conde mnaretur, publicabuntur*. & in l.Certa forma, C.de iure fisci. ibi; *Parentibus haredes existere eos non oportere, nulla legis sanctione statutum est.*

Sed quomodo, quæso, hæc sententia tam generaliter posita,cohærere potest cùm l.a.C.de bonis damnator. Imperat. Alexander: *Deportati nec earum quidem rerum,quas post pœnam irrogatam habuerint,haredem habere possunt, sed & ha publicabuntur.*

Glos.tres adfert solutiones in d.§.Is cuius, Prima d. §.Accipiendum esse de confiscatione facta ob illicitã negociationem:at l.2. C.de bon.damnat.accipiendam de confiscatione ob delictum secuta. Altera solutio est ex Azone,in vtroque casu condemnatum retinere po

D stea quæsita,sed in illis hæredem non habere, quia eo mortuo, pertinent ad fiscum. Tertia solutio est,legem Pandectarum correctam esse ab Imperatore in d. l. a.

Rectiùs meo iudicio Cuiacius Obseruat. lib.6.cap. 23. post deportationem acquisita, mortuo deportato ad fiscum pertinere: quia deportatus est capite minutus,& hæredem habere non potest. Post relegationẽ autem & publicationem bonorum, quæsita in fiscum non transire, quia relegatus ex testamento, vel ab intestato hæredem habet.

Atque ita conciliandas esse contrarias has leges, Nam l.Si mandauero,§.Is cuius, non loquitur de deportato, quem constat capite minui, quia Ciuitatem amittit; Ergò intelligi debet de eo, cuius bona publicata sunt sine capitis deminutione: vt si quis relegatus sit cum bonorum publicatione,vel confiscata sint ipsius bona ex causa administrationis & muneris publici,iux.l.3. C. de sentent.passis, quæ conciliatio non procul abest à prima solutione Glossæ, & mihi maximè

mè placet. Quare hæc notanda esse puto, si de eo aga A tur, qui nostro tempore fuerit bannitus cum publicatione bonorum, quia Ciuitatem Romanam amittit, teste Andr. Geyll, lib. 2. de Pace publica, cap. 12. nu. 5. vel qui aliam pœnam loco deportationis passus sit: quandoquidem deportationis pœna non est amplius in vsu; sed eius loco alia pœna Iudicis arbitrio imponitur, vt declarat Menochius de arbitr. Casu 330. Sic, inquam, erit de tali condemnato statuendum: vt bona quæsita post condemnationem retinere possit; sed in eis hæredem non possit habere, quia eo defuncto, ad fiscum transeunt.

CAPVT LII.

Stante Statuto, quo pater teneatur ex delicto filij condemnati vsque ad legitimam portionem, an id procedat cum filius in contumaciam condemnatus est?



Mitto hoc caput Italis meis, apud quos talia Statuta vigent, vt viuens pater filij ob delictum condemnati fisco portionem legitimam inferre teneatur. Nam Germanis paruo sanè vsui esse poterit, quia alio iure vtuntur. Existimat Bartolus, in l. Cùm filiusfam. ff. de verb. oblig. si Statuti verba respiciant condẽnationem: puta, si dicatur, patrem pro filio condemnato cogendum legitimam soluere, tunc fisco legitimam esse præstandam, licet filius in contumaciam cõdemnatus sit. Idem docuere Baldus & Salycetus, in l. x. C. Ne filius pro patre. Et est communis opinio, teste Alexandro, in d. l. Cùm filiusfam. num. 6. Clar. q. 86. uers. intellige, Bertazol. cons. 83. un. 13. lib. 1.

Fundamentum autem est, quia uerba Statuti requirunt condemnationem. Sed filius condemnatus est, C Ergò seruandum est Statutum, quo pater legitimam soluere tenetur: nec refert quod in contumaciam cõdemnatus sit, quia satis est eum condemnatum esse, ut uerba Statuti locum habeant, quę de condemnato loquuntur. Sic & Vlpianus, in l. 35. ff. de noxalibus scribit: Etsi condemnatus sit filius, quem scilicet nemo defendit, ex caussa delicti patrem de peculio teneri.

Sed contrarium alij complures docuerunt, Socinus senior in d. l. cum filiusfam. num. 10. Felynus in c. cum Bertoldus, num. xx. de re iudic. Tobias Nonius, cons. 94. num. 10. 11. & alij, quos refert & sequitur Farinacius, tit. de Delictis, & pœnis, q. 24. nu. 178.

Fundamentum est primò in l. 55. ff. de euiction. Vlpianus: *Si ideo contra emptorem iudicatum est, quod defuit; non committitur stipulatio: Magis enim propter absentiam euictus uidetur, quam quod malam caussam habuit.* D Secundò, in l. Si prolusorio, §. 1. ff. de appellat. Vlpianus: *Quoties hærede non respondente, secundùm aduersarium sententia datur: Rescriptum est, nihil nocere neque legatis, neque libertatibus.* Tertiò, in l. Vnica, §. Si procurator, ff. si quis ius dicenti non obtemperauerit ibi: *Si procurator tuus, vel tutor, vel curator, ius dicenti non obtemperauerit, ipse punitur, non dominus, vel pupillus.*

Ex ijs enim legibus colligitur, vnius contumaciam alteri non obesse: & sententiam contra vnum latam, propter eius contumaciam, alteri non obesse.

Hæc posterior sententia æquior est, Statuti summum rigorem nonnihil moderatur: Iuri consonam interpretationem continet: Meritò priori sententiæ, quæ verbis tantum Statuti nititur, præferenda erit.

CAPVT LIII.

Emphyteusis Ecclesiastica, quæ ex pacto transire potest ad extraneos hæredes, an in confiscationem bonorum veniat?



Emphyteusim non confiscari, licet ita sit ab Ecclesia concessa, vt ad extraneos hæredes transire possit, Iulius Clarus existimauit, §. Emphyteusis, quæst. 29. Sed contrarium docuit Bossius, tit. de bonorum publicatione, num. 60. Vtrique non desunt adstipulantes, vt videre licet ex Farinacio, tit. de Delictis, & pœnis, quæst. 25. num. 54. 55. 56. Peregrino de iure fisci, libro 5. titu. 1. num. 70. & ex traditis per Bursatum consilio 199. lib. 2.

B Fundamentum Clari est, quia conditio Ecclesiæ efficeretur deterior: propter fisci potentiam, & eius priuilegia: nec ulla ferè esset spes caducitatis: nec credẽdum est, eam fuisse voluntatem Ecclesiæ rem concedentis in Emphyteusim, vt ad fiscum transiret.

Et dato, quod transire ad fiscum possit, dubitandũ non videtur, quin Ecclesiæ sit permissum, rem intra biennium uindicare ex Nouella Iustiniani de alienatione & emphyteusi. §. 1. sic enim ait: *Si vero contigerit, quamlibet rem ex aliquo prædictorum locorum venerabilium, Emphyteutico iure datam, aut Imperialem domũ, aut in Sacrum nostrum Aerarium, aut in Ciuitatem aliquam, aut in Curiam, aut in aliquam venerabilem aliam domum peruenire: licentiam præbemus Ordinatoribus venerabilium locorum, a quibus à principio Emphyteusis facta est, mox vt peruenerit in vnam prædictarum personarum ipsa Emphyteusis, manifestare suam voluntatem intra biennium; & aut ab his derelinqui tandem rem, ad quos* C *peruenit, & annuam pensionem, quæ pacto continetur, inferri, aut hoc recipere Emphyteusi soluta, eò quod hoc sibi prodesse existimant.*

Fundamentum verò Bossi est, quia talis Emphyteusis transire potest ad extraneum hæredem, Ergò & ad fiscum, quia is loco extranei hæredis habetur.

Ad tex. dictæ Nouellæ, §. 1. respondet, id quod ibi dicitur, locum non habere, quando Emphyteusis concessa est in perpetuum, vt & ad extraneos hæredes peruenire possit, hoc autem fit, quando concessa est adhibitis iuris solennitatibus, vt patet ex eadem Nouella, in §. Licentiam, vbi Iustinianus: *Licentiam igitur damus prædictis venerabilibus domibus, non solùm ad tempus Emphyteusim facere immobilium rerum sibi competentium, sed & perpetuò hac eis Emphyteutico iure volentibus dari.*

Ergo vidi aliquando pacto expresse conuentum in D inuestituris (ut uocant) rerum Emphyteuticarum, in perpetuum concedi alicui, & quibus dederit, ita tamẽ ut eas alienare ac transferre non possit in Militem, aut Fiscum, uel Ecclesiam, uel alium potentiorem. Si eiusmodi pactum intercesserit, non puto ad fiscum transire posse, nec in bonorum confiscatione contineri.

Cessante pacto, magis est ut credam, transire posse per confiscationem, quia fiscus est loco hæredis extranei, & in extraneum hæredem res transire potest.

Quod autem Clarus dicebat, de Ecclesiæ præiudicio, ergo non intelligo, quale sit præiudicium hoc, cuius ratio sit habenda. Nam fiscus est soluendo. Nec plura habet priuilegia quam Ecclesia: nec ijs priuilegijs Ecclesiæ nocere potest, quia tenebitur canonem soluere, & alia præstare, quæ cæteri priuati tenentur. Fiscus enim utitur iure priuatorum, præterquam in casibus exceptis: Nec mouet igitur spes caducitatis, quæ obijcitur: quia etsi ad fiscum non transeat, æquè exi-

gua

gua spes caducitatis est; cùm Emphyteusis perpetua sit, & ad hæredes extraneos transitoria: Semper enim ferè hæres est aliquis ei, qui aliquid bonorum relinquit.

Illud maximi momenti est, quod dicebatur, etsi ad fiscum transeat, posse nihilominus Ecclesiam intra biennium rem vindicare ex Nouella, de alienatione & Emphyteusi, §. 1. Sed dicendum est, eam Constitutionem pertinere ad Ecclesiam Constantinopolitanam, non autem ad alias Ecclesias. Repugnet quantum velit Alexander, in l. Si finita, §. Si de vectigalibus, num. 36. ff. de damno infecto. & Bursatus d. consi. 199. lib. 2. num. 6.

Hoc enim demonstro satis manifestè ex verbis dictæ Nouellæ. Nam post verba illa superiùs relata, quę habentur in d. §. 1. ante §. Licentiam. Sic Imperator scribit: *Et hoc quidem super his quæ maioris Ecclesiæ sunt, & prædictarum venerabilium domorum, quæ sunt in hac regia Ciuitate, vel eius circuitu adhærentium disposuimus. In alijs verò sanctissimis Ecclesijs & Monasterijs, &c. Seu reliquis venerabilibus domibus, quæ in omnibus Prouincijs nostræ Reipub. positæ sunt, &c. consequenter definire prævidimus. Licentiam igitur, &c.*

B Ex quibus verbis apparet, totam superiorem Constitutionem, in qua ea pars, de qua agitur, continetur ad Ecclesiam Constantinopolitanam pertinere, quæ verò Imperator subdit, pertinere ad cæteras Ecclesias. Itaque præclarè Cuiacius ad Nouellam 120. *Id est, singulare in Ecclesia maiore Constantinopolitana, & alijs religiosis ædibus, quæ sunt intra eam vrbem, vel intra territorium eius, vt prædiorum suorum, perpetuam Emphyteusim, vel etiam permutationem prædiorum inuicem facere non possint*. Et post pauca: *Id etiam est singulare in eis, vt post contractam Emphyteusim cum fisco, vel Imperatore, vel Republica, vel Curia, vel cum alio venerabili loco possint pœnitere, intra biennium.*

Et re vera ita est, legas Nouellam illam de Alienatione & Emphyteusi, quæ est 7. secundùm nouam trãslationem, videbis statim initio de Ecclesia Constantinopolitana sic statutum esse, de alijs verò Ecclesijs aliter constitutum, in §. Licentiam, sicut & ipsemet Imperator paulò ante d. §. Licentiam, apertè declarat, vt patet ex verbis quæ superiùs retuli: Quam ob rem non video fundamentum vllum quo eorum sententia nitatur; qui dixerunt, priorem partem dictæ Nouellę, ad omnes Ecclesias pertinere; non autem ad Ecclesiã Constantinopolitanam tantum: Et facilè adducor ad suspicandam, eos aut non legisse, aut certè non rectè expendisse (quandoque enim bonus dormitat Homerus) totam eam Constitutionem.

CAPVT LIV.

De confiscatione bonorum ob delictum, quanto temporis spatio exceptione præscriptionis opposita euitari possit?



VIdeo controuersiam esse inter Doctores circa tempus præscribendi aduersus fiscum, ob delictum occupare volentem condemnati alicuius bona. Nam aliqui spatium annorum quinque constituunt. Alij viginti. Alij triginta. Alij quadraginta. Vide Bartolum in l. 2. C. de vectigalib. Abbatem & Felynum, in c. Cùm nobis, de Pręscript. Bossium tit. de Bonorum publicatione, num. 78. Tobiaus Nonium consi. 105. Peregrinum de iure fisci, lib. 6. tit. 8. 36. Antonium Gomesium tit. de Confiscatione num. 5. Farinacium tit. de Inquisitione, q. 10. num. 82. & tit. de Delictis, & pœnis, q. 25. num. 158. cum seqq.

Pro quinquennio adfertur l. 2. C. de Apostatis, ma-

A lè: quia non de confiscatione loquitur, sed de actione intra quinquennium exercenda, contra testamentum apostatæ, ibi. *Eaq; gratia testari minimè potuisse confirmat intra iuge quinquennium*, &c.

Item adfertur l. 2. C. de vectigal. & commiss. non rectè, quia loquitur de rebus, quæ in commissum inciderunt propter vectigal non solutum, nos autem de bonorum omnium confiscatione ob delictum quærimus.

Item adfertur, l. in cognitione, ff. ad Syllan. Non placet, quia loquitur *de cognitione aperti aduersus Senatusconsultum testamenti, eius, qui à familia sua occisus dicatur*.

Pro triginta annis adfertur Regula l. Sicut, l. Omnes, C. de Præscript. 30. vel 40. annor. Non placet, quia in caussis fiscalibus alio iure vtimur, l. in omnibus, ff. de iure fisci.

Pro annis quadraginta adfertur c. 2. §. 1. de Pręscrip. lib. 6. rectè, in illa facti specie de qua S. Pontifex respondit, nimirum, cùm de confiscandis hæreticorum bonis agitur.

B Pro annis viginti adfertur l. In omnibus, ff. de iure fisci. rectè. Sic enim ait lex: *In omnibus fisci quæstionibus, exceptis caussis, in quibus minora tempora seruari specialiter constitutum est, viginti annorum præscriptio custoditur*.

Sed hic minora tempora constituta non sunt, Ergo viginti annorum custodienda præscriptio est.

Item adfertur l. Querela, C. ad l. Cornel. de falsis. rectè. Sic enim Diocletianus: *Querela falsi temporalibus præscriptionibus non excluditur, nisi viginti annorum exceptione, sicut cætera quoque ferè crimina*. Iunge doctissimi Peregrini argumentationem; *Si de delicto cognosci potest, vsque ad annos viginti quoad condemnationem in persona, multò magis quoad condemnationem in rebus, quia condemnatio in rebus accessoria est, & quia personæ sunt digniores rebus.*

CAPVT LV.

C *An in criminibus Iudex possit incipere à captura personæ, nullis præcedentibus inditijs?*



IVdicem in criminibus incipere à captura personæ posse, etiam nullis inditijs præcedentibus, multi quidem dixerunt, sed nemo hactenus probare potuit, id iuri nostro consentaneum esse. Sic dixerunt Baldus in l. 2. C. qui Cautiones, & in l. Consentaneū, nu. 11. C. Quomo. & quando iudex. Marsilius sing. 93. incip. Iudex licet sine indicijs, & alibi. alios citat Farinacius, tit. de Carceribus, & carceratis, q. 27. num. 115.

Adfertur l. Consentaneum, C. quom. & quando Iudex, vbi Gloss. dicit, citationem fieri & re, & verbo, & hoc per ordinarium tantùm adducit text. in §. Si verò etiam quidam, in Auth. de exhiben. reis, & Bartolus ibidem notat ex dicta Glos. *Ordinarium posse capere*

D *personam quando vult*.

Adfertur etiam cap. Si clericus, de sentent. excommun. lib. 6. Et quod hæc sit generalis consuetudo, teste Paulo Castrense, in consi. 327. num. 1. lib. 2.

Sed l. Consentaneum, nihil ad rem facit, nec loquitur de criminibus, nec de captura: legatur Text. in §. Si verò etiam quidam, qui loquitur de reo exhibendo, tanquam periuro, & penè sui accusature per fugam facto. Quod attinet ad c. Si Clericus, agitur quidem ibi de Clerico in carcerem coniecto, sed nullum verbum, quod in carcerem conijci possit, non præcedentibus inditijs. Denique Consuetudo quæ adfertur irrationabilis est, & non valet, c. vlt. de Consuet.

Contrariam igitur sententiam verissimam esse non dubito, quam secuti sunt Clarus, q. 28. vers. Scias autem Rulandus à Valle, in consi. 17. lib. 3. in principio, alioa

alios citat Farinacius loco proximè citato, vbi hanc sententiam sequitur. Fundamentum est indubitatum. Nam cur deberet aliquis capi & in carcerem conijci, nisi suspectus esset de delicto commisso? Hoc sanè maximam iniuriam irrogar, maximumque præiudicium: quod nemo sanæ mentis negauerit. Ergò cùm delictũ non sit præsumendum, sed probandum, non video quo modo Iudici hoc sit permissum, vt statim accusatione audita, vel denunciatione, seu quærela, absque vllis legitimis suspicionibus atque indicijs, debeat aliquem capiendum, & ad carceres deducendum curare. Qui hæc tentare voluerit, me certè consentientem non habebit, [illegible] non vllum alium forsitan inueniet rectè sentientem.

CAPVT LVI.

Quæ sint inditia legitima ad capturam rei in criminibus.

GRatis etiam laborant in definiendo, quæ sint inditia legitima ad capturam rei in criminibus. Alijs solam suspicionem sufficere affirmantibus. Alijs leuia quædam inditia. Alijs diffamationem. Alijs qualem qualem informationem. Alijs denique totã hanc rem in arbitrium prudentis Iudicis conijcientibus. Hæc enim postrema sola sententia vera est, Vlpianus: *De custodia reorum Proconsulem existimare solere, vtrum in carcerem recipienda sit persona, an militi tradenda, vel fideiussoribus committenda, vel etiam sibi. Hoc autem vel pro criminis, quod obijcitur, qualitate, vel propter honorem, aut propter amplissimas facultates, vel pro innocentia personæ, vel pro dignitate eius qui accusatur facere solet,* l. 1. ff. de custo. & exhib. reor.

CAPVT LVII.

An Iudex teneatur actione iniuriarum, si aliquem iniustè in carcerem coniecerit?

NOn puto Iudicem actione iniuriarum cõueniri posse, propterea quòd aliquem absque iusta caussa in carcerem coniecerit; sed aliter tamen puniendum existimo, Iudicis arbitrio.

Mouet me quod Vlpianus scribit in l. Iniuriarum 13. §. 1. ff. de iniurijs: *Is qui iure publico vtitur, non videtur iniuria faciendæ caussa hoc facere. Iuris enim executio non habet iniuriam.* Et paulò infrà: *Quæ iure potestatis à Magistratu fiunt ad iniuriarum actionem non pertinent.*

Et quod respondit Paulus: *Quod Reipublicæ venerandæ caussa secundum bonos mores fit, etiamsi ad contumeliam alicuius pertinet: quia tamen non ea mente Magistratus facit, vt iniuriam faciat, sed ad vindictam Magistratus publicè respiciat; actione iniuriarum nõ tenetur.* l. Quod Reipubl. ff. eod. tit. Ita docuit Paris de Puteo, in tract. Syndicatus, in verbo, *Captura*, cap. 2. incip. *Quia plerunque officiales*, num. 5. Farinacius sequitur tit. de Carceribus, & carceratis, q. 257. num. 137.

Contrariũ docuerunt alij magis communiter Baldus in l. Per diuersas, C. mand. Castrensis & Iason, in l. 4. §. Si quis condemnatus, num. 22. de re iud. Iodocus tit. de Citatione reali. Rolandus consi. 17. num. 1. lib. 3. & 18. num. 5. & 56. num. 16. eodem libro alios citat. Farinacius vbi suprà, num. 135.

Fundamentum est primò in l. 32. ff. de iniur. Vlpianus: *Nec Magistratibus licet aliquid iniuriosè facere. Si quid igitur per iniuriam fecerit Magistratus, vel quasi priuatus, vel fiducia Magistratus, iniuriarum potest conueniri.*

A Respondeo, Vlpianum loqui de Magistratu, qui animum habet iniuriandi; quo casu fateor conueniri posse actione iniuriarum. Sed quæstio nostra debet accipi, cùm dubium est, an Magistratus animo iniuriandi aliquem iniustè in carcerem coniecerit: tunc dicimus, iniuriarum actione conueniri non posse, ex ea videlicet sola ratione, quod iniustè fecerit. Nam si cõstaret, eum hoc fecisse animo iniuriandi, sine dubio tenebitur actione iniuriarum.

Secundò, fundamentum est in l. fallaciter, C. de abolitionibus illis uerbis; *Et reus aliquid iniuriæ in scriptionibus illatæ tolerauerit, id est, si vel carceres sustinuerit,* &c. Respondeo, uerbum *iniuria* ibi accipi pro eo quod nõ iure fit, ut in Instit. de iniur. §. 1. Non enim dubitãdum est, quin Magistratus dicatur iniuriam facere ei, quẽ iniustè ad carcerem mittit, sed nos loquimur hic de contumelia, quæ actionem iniuriarum parit: Et dicimus Magistratum non uideri contumeliæ caussa facere B in dubio. Et idcirco iniuriarum actione non teneri. Si tamen iniuriandi animum habuerit, aliter respondemus, quia tunc tenebitur iniuriarum actione.

Tertiò, fundamentum est in l. Si uerò, §. 1. ff. qui satisd. cogan. ibi. *Quia sanè non sine qualibet iniuria est, duci in ius eum qui satis idoneum fideiussorem det.*

Respondeo, Cauum loqui de iniuriarum actione aduersus eum, qui fideiussorem locupletẽ, & pro rei qualitate satis idoneum non accepit; non autem contra Magistratum. Ideo nihil obstat.

CAPVT LVIII.

An hosti sit fides seruanda à priuatis data.

HAec controuersia, an fides hosti seruanda sit à priuatis hominibus interposita, lucem nonnullam adferet ad alias duas C Controuersias quæ sequentur. Duę sunt contrariæ Doctorum sententiæ, quarum altera affirmat, altera verò negat fidem esse seruandam. Vide Bartolum in l. 5. ff. de Pactis. Zasium in q. 3. de Iudæis, Duarenum in l. 1. ff. de Pactis, Alciatum in libello de singulari certamine, cap. 44. Placam in Epitome Delictorum c. 37. Didacum Couuar. in Epitome de Sponsalib. 2. par. c. 3. § 4. num. 14.

Affirmantis sententiæ fundamentum est primò in regula generali, qua dicitur fidem seruandam esse, l. 1. ff. de Pactis, l. 1. ff. de constituta pecunia. Secundò in c. Noli, 23. q. 1. vbi S. Augustinus apertè scribit, etiam hosti fidem seruandam. Tertiò in l. Nam & Seruius, ff. de neg. gestis, vbi dicitur: *Cùm a Lusitanis tres capti essent, & vnus ea conditione missus, vt pecuniam pro tribus adferret, & nisi redijsset, vt duo pro eo quoque pecuniam darent, isq; reuerti noluisset, & ob hanc caussam illi pro tertio D quoque pecuniam soluissent, æquum esse Prætorem in eũ reddere iudicium.*

Negantis autem sententiæ fundamentum est. Primò in l. 1. §. Non fuit, ff. de dolo, ibi, *quoniam veteres etiã bonum dolum dicebant, & pro solertia hoc nomen accipiebant, maximè si aduersus hostem latronemve quis machinaretur.* Secundò in l. 25. ff. de capit. & postlim. reuers. ubi I.C. *Nihil interest quomodo captiuus reuersus sit, vtrum dimissus, an vi fallaciave potestatem hostium euaserit.* Tertiò in c. Dominus noster 23. q. 2. ubi S. Augustinus: *Cum autem iustum bellum susceperit, vtrum apertè pugnet, an ex insidijs nihil ad iustitiam interest.* Quartò in l. 2. C. de commer. & mercator. ubi Gratianus Imperator ad Tatianum scribens, præcipit aurum barbaris non solùm non præberi, sed etiam quod apud eos inuentum fuerit, *subtili ingenio auferri debere.* Quintò in l. 5. ff. de re militari, ubi I.C. *Qui captus cùm poterat redire, non redijt, pro transfuga habetur.*

Mihi prior sententia magis placet, quia probabilioribus

ribus nititur argumentis, quibus addo historiam Marci Aqnilij, cuius meminit l.5.ff.de captiuis.

Ad primùm argumentum contrariæ sententiæ respondeo, testimonium illud Vlpiani accipiendum esse de insidijs, quæ stratagemata dicuntur, quibus aduersus hostem vti permissum est.

Ad secundùm respondeo, nihil interesse, quomodo captiuus reuersus sit, vtrum dimissus, an vi vel fallacia potestatem hostium euaserit: accipiendum esse quoad ius postliminij. Hoc enim dontaxat sufficit eū ab hostibus rediisse; modò animum habeat remanendi in Ciuitate, vt in lege allegata dicitur.

Ad tertium respondeo, permissum esse, vt suprà etiam dixi, aduersus hostes insidijs vti, & hoc probat argumentum, sed sententiam nostram non offendit.

Ad quartùm respondeo, hæc esse dissimilia: Fidem hostibus datam seruare, vel non seruare: & aurum hostibus non præbere, sed auferre: nihil sanè commune habent.

Ad quintùm respondeo, nihil aliud eo probari, quā si quis possit, cùm captus est, ad suos redire & nolit, quia videlicet malit apud hostes manere, pro transfuga habendum esse. Meritò: sed nihil hoc ad quæstionem, de qua agitur: an fides hosti sit seruanda.

Vnus restare videtur scrupulus, quia promissio hosti facta videtur rescindenda, propter metum captiuitatis, l.4.ff.de eo quod met. caussa. Respondeo, id locū non habere, quando captiuitas & seruitus est iusta, l. Si mulier, ff. cod. tit.

CAPVT LIX.

Saluus conductus à Principe concessus exbannitis, ob grauissima delicta, sitne seruandus?



NE pluribus lectorem morer, existimo, saluum conductum à Principe datum exbannitis seruandum esse: quia graue est fidem fallere, l.1.ff.de Pact. l.1. ff.de constitut. pecun. & alibi, vt dicitur, nihil tam conueniens esse naturali æquitati, quàm fidem datam seruari.

Nec me ab hac sententia communioribus Doctorum suffragijs munita deterrent, quæ grauissimi aliquot autores, quorum nomina inferiùs dabo, pro contraria sententia stabilienda, in medium attulerunt.

Primùm, quia hæc dicitur esse fragilis cautio, argu. l. qui ita, §.1.ff.ad Trebel. quod non aliam ob caussam contingere videtur, nisi quia non cogatur quis seruare eiusmodi cautiones.

Secundò, quia seruare huiusmodi promissiones & cautiones, contra publicam vtilitatem pugnare videtur, quæ hoc exigit, vt delicta puniantur, l. ita vulnera tus, ff. ad l. Aquil.

Tertiò, quia fides hostibus seruanda non sit.

Quartò, ex l. cùm pater, §. Titio, de leg.2. illis verbis: *Nec videtur dolo fecisse, cùm fraudem excluserit.*

Quintò, ex §. neque in Nouella, de mandatis Princip. Sic enim Iustinianus ait: *Neque autem homicidis, neque adulteris, neque virginum raptoribus delinquentibus terminorum custodies tautelam*, &c.

Sextò, quia cum talibus exbanniis & condemnatis nulla videtur posse obligatio contrahi; nec enim sunt capaces obligationum tanquam hostes, & velnti transfugæ.

Septimò, quoniam exempla extant grauissimorum Principum, qui tales cautiones datas non seruarunt.

Autores sunt multi apud Petrum Placam, in Epitome Delictorum, cap. 37. Herculanum de Cautione de non offenden. cap.37. num.10. Horatium Lucium inter consi. crim. lib. 1. consi. 167. Iacobum Nouellum

A Pract. Crim. Regula 182. in 7. fall. Paridem à Puteo tract. Syndicatus in verbo, Saluus conductus, cap.1. num.2. Angelum de Maleficijs, in verbo, *Quod fama publica praecedente*. num.6. Mandosium in Pract. Commissionum, tract. de signatura gratiæ, Rubr. de Saluo conductu. Mynsing. Cent.1. Obseru. 82.

Respondeo ad primùm, Iurisconsultum non loqui de fragilitate cautionis, eam ob caussam, quod seruari non debeat: sed quia aliquando vel non sufficit propter inopiam eius, qui se obligat, vel alias ob caussas: non autem propterea, quòd non teneatur qui promisit, eam seruare: alioqui superuacaneæ forent cautiones omnes ac fideiussiones: quod absurdum est dicere.

Ad secundùm respondeo, vtilitati quidem publicæ aduersari, delictorum impunitatem: sed tamen si Princeps eam promiserit, debere eam seruare: quemadmodum seruare tenetur, vbi ex gratia pœnam con-
B donauit.

Ad tertiùm respondeo, negando id quod asseritur, nimitum fidem hostibus seruandam non esse: Nam contrariam sententiam in præcedenti capite approbauimus.

Ad quartùm respondeo, aliud esse fraudem excludere, quod permissum est, aliud fidem violare, quod graue ac turpe est.

Ad quintùm respondeo, sententiam Iustiniani in dicta Nouella hanc esse, templorum immunitatem homicidis, adulteris, & similibus præstandam non esse: id patet ex verbis sequentibus, quæ sic se habent: *Sed etiam inde extrahes, & supplicium eis inferes*, &c. Rectè Cuiacius in expositione dictæ Nouellæ: *Studiosum est criminale, non seruatur ius asyli, exempli caussa, Sicarijs, adulteris, raptoribus virginum, vt hac Nouella continetur*, &c. Quanquam aliter Iure Canonico sit constitutum, vt habetur in titu. de Immunitate Ec-
C clesiarum.

Ad sextùm respondeo, Iure quidem Ciuili nullam cum istis hominibus obligationem contrahi: sed loquimur nunc de fide data, ex quo oritur naturalis obligatio, cuius procul dubio isti sunt capaces.

Ad septimum, ab exemplis petitum, respondet doctè, clarè & sufficienter, D. Menochius in consi. 100. num. 223. lib.1.

Dixi hanc esse communiorem sententiam, & probo ex Gregorio Magalotto, in tract. de Saluo conductu, decis. 19. Bursato consilio 177. numer. 27. libro 2. & 345. numero 25. libro 4. Bertazulo consilio 359. libro 2. Farinacio titulo de Carceribus & carceratis q. 29. in principio.

CAPVT LX.

D *Frangens fidem publicam, hoc est, offendens eum qui à Principe saluum conductum habet, an incidat in crimen læsæ Maiestatis?*



VLpianus: *Maiestatis crimen est quod aduersus populum Romanum, vel aduersus securitatem eius committitur*, in l.1. ff. ad legem Iul. Maiest.

Rectè Budæus exponit *securitatem*, id est, tranquillitatem & pacem, & Duarenus lib.2. cap. 22. Disputationum. Malè hinc nostri, qui pro fide publica accipiunt, quam vulgò saluum conductum appellamus, inde colligunt, in crimen læsæ Maiestatis incidere eum qui offendit eos, qui à Principe saluum cōductum habent; sicut & Bursatus annotauit, in cons. 216. num. 24. lib. 2.

Saluus conductus est fides publica, securitas Latinè loquentibus est animi tranquillitas, & pax cōtra-

ria curæ & anxietati: Si quis ergò populi Romani pacem, & tranquillitatem turbauerit, is reus est læsæ Maiestatis, Qui offendit eum qui publica fide tutus est: non offendit Principis Maiestatem, vel populi Romani tranquillitatem & pacem: sed hominem priuatum offendit. Facit contra Principis voluntatem, contra mandatum eius: sed læsæ Maiestatis reus non est, alioqui omnes qui leges Principum, qui eorum mandata violauerint, statim erunt læsæ Maiestatis rei: quod absurdum est dicere. Si tamen proponatur fidem publicam violari in contemptum Principis, eoque animo, vt Principi iniuria inferatur, tunc affirmare non verebor legi Iuliæ Maiestatis locum esse, vt rectè Bossius explicat de crimine læsæ Maiestatis, nu. 10.

CAPVT LXI.

An possit Iudex, vt reus fateatur delictum, impunitatem ei promittere: & postea confessum condemnare, ac punire.



CElebris est sententia Dominici à S. Gem. licere iudici delinquenti promittere impunitatem, & liberationem, ni delictum fateatur, eumque postea confessum condemnare ac punire, in cap. Nos in quemquam, 2. q. 1. Nam pro huiusmodi simulationibus pugnare uidetur iudicium Salomonis, in cap. Afferte, de Præsumpt. & quod scriptum est ob publicam utilitaté permissam esse simulationem, in c. Vtilem, 22. q. 2. Sequitur Felin. in d. c. Afferte, de Præsumpt.

Sed nihil promisit Salomon, cùm dixit, *Afferte mihi gladium*: nec uspiam dicitur licere mentiri, & fidem non seruare, & sub fide publica quemquam decipere: immò repugnat l. 1. ff. de pact. l. 5. ff. eod. l. 1. ff. de const. pecun. l. 1. C. de his qui uen. ætat. impetrau. Ergò contraria sententia uerior, quam secutus est Decius cùm alijs qui annotationes in eum scripserunt, ad l. ea est natura, de reg. iur. Io. Imolens. cons. 109. Marsil. Sing. 301. nu. 4. Thomas Grammaticus, in q. 3. post decisiones, Petrus Placa in Epitome Delictorum, c. 37. nu. 5. Couuar. lib. 1. Variar. resolut. cap. 2. non procul à fine. Nil moror distinctionem Blanci in Pract. Crim. §. Datis defensionibus, nu. 30.

Non obstat, si dicatur promissionem factam impunitatis non ualere: quia Iudex hanc potestatem nō habet: & contra publicam utilitatem fieri, seruando huiusmodi promissiones. Publicam uerò utilitatem præferendam esse priuatæ.

Nam respondeo, non licere quidem Iudici hæc promittere: sed tamen sub fide publica neminem esse decipiendum: Nec idcirco delictum impunitum esse relinquendum, contra ius, & publicam utilitatem: quia poterit reus & condemnari & puniri, si in ea confessione perseuerauerit, uel alijs modis ab eo cōmissum probatur delictum: uel testibus, uel alijs argumentis. Ex confessione illa *sic extorta dicimus condemnari & puniri non posse.*

Nec attentior ijs, qui pœna extraordinaria ex sola illa confessione non confirmata, nec reuocata, reum esse puniendum, statuunt. Menoch. de arbitr. Casu 367. nu. 4. quia id iure non probatur. Nouissimè legi Binsfeldium egregiè confutantem argumenta Bodini, quibus probare conatur, reum esse puniendum, & iudicibus hæc mendacia ac deceptiones esse permissas, in tract. de Confessionibus maleficorum, in 7. Conclus. in 3. dubio.

CAPVT LXII.

Iudex an possit concedere saluum conductum bannito uel condemnato.



NE diu lector animi pendeat in hac graui, & uarijs Doctorum sententijs implicita quæstione, existimo Iudicem nequaquā posse concedere saluum conductum bannito vel condemnato: sed hoc ius Principi soli competere.

Martianus: *Et nemo potest commeatum remeatumve dare exuli, nisi Imperator ex aliqua causa.* l. Relegati, ff. de pœnis.

Alij dicunt posse, primò ex l. Is qui reus, cum Glos. ff. de publicis iudic. Vlpianus: *Inchoatas planè delationes ante damnationem implere eis, & post damnationem permissum est.* Gloss. ibi: *Sed quomodo non ciuis stabit in Ciuitate? Dic quod interim permittitur ei stare in Ciuitate?* Respondeo, hęc esse dissimilia; inchoatam accusationem ante damnationem prosequi, & condemnatum in Ciuitate recipere cum fide publica, ne puniatur: vt de nouo delictum ipsius, vel alterius cognoscatur.

Cum nondum ex Ciuitate abijt, nec executioni mādata est sententia, nil mirum, si differri possit executio, argum. l. Prægnantis, ff. de pœnis, l. Ad bestias, ff. eodé. At exulem admittere, commeatum ei dare, & remeatum, hoc est, ueniendi ac recedendi potestatem, id verò nō est Iudici permissum, sed soli Principi, vel ei qui loco Principis est.

Secundò, quia Iudex studere debet omni conatu, vt veritatem inueniat, l. 2. C. si contra ius, & c. c. Iudicantem, 30. q. 5. Veritas autem faciliùs inuenitur ex præsentia rei; nam magna sumitur coniectura ex vultu, ex animi motu, ex constantia & trepidatione, l. De minore, §. Tormenta, ff. de quæstio. Ergò reo saluus conductus est concedendus, vt veniat. Sic enim veritas cognoscetur.

Respondeo, concedo totum: sed dico ab eo esse saluum conductum concedēdum, qui potestatem habet, hoc est, à Principe; Hæc enim est quidem iusta caussa, sed requiritur potestas quoque, quam nego Iudices habere.

Tertiò, quia in ea re bonum publicum vertitur propter defensionem innocentis, l. Seruum quoque, §. Publicè, ff. de Procurat. Iudex ergò hanc securitatem concedere potest propter bonum publicum.

Respondeo, argumentum probare concedendam esse securitatem ab eo qui potestatem habet: sed non à Iudice, quia is non potest sibi potestatem arrogare, quam non habet sub colore publicæ vtilitatis. Quare & Principi eum scribere oportet, si quando ei, qui nocens uidebatur, postea ratio innocentiæ constiterit, l. 2. §. ult. ff. de quæst.

Alij negant securitatem dari posse bannito & condemnato: aiunt autem rectè dari nondum condemnato. Bossius post Salycet. in titul. de citationibus, num. 39.

Sed nulla legum autoritate, aut ratione probant alterum membrum distinctionis, quo asseritur, securitatem posse dari. Qui enim poterit Iudex legum executor aut minister: in cuius potestate facti quæstio est, non pœnæ persecutio, lege prima, ff. ad Turpil. tales gratias impertiri, quæ ex Principis clementia pendent?

Alij distinguunt, an reus condemnatus facilè apprehendi possit, uel non: priore casu negant securitatem dari posse. Posteriori autem affirmant. Sed ultimum membrum distinctionis iure non probatur.

Alij distinguunt, utrum talis sit caussa, quæ possit

per

pec procuratorem agi, vel non sit talis causa. Priori ca- A su negant dati posse securitatem. Posteriori affirmant.

Sed hæc distinctio eadem laborat probationis inopia: nec eoim vllo iuris testimonio comprobatur.

Alij denique distinguunr, an subsit iusta caussa vel non subsir concedendi huiusmodi securitates. Sed refellit hanc sententiam Martianus, quem initiò adduxi, cùm ait, neminem posse, nisi Imperatorem, ex aliqua caussa exuli commeatum vel remeatum dare, in d.l. Relegati, ff. de pœnis. Non distinguit inter temporalem & perpetuam securitatẽ, ne quis ea distinctione confidat. Ergò & iusta caussa requiritur, & Principis consensus.

En Doctnres. Bartolus in d.l. Is qoi reus, ff. de pub. iudic. Marsilius §. aggredior, num. 104. Iason in l. Conuentionum, num. 4. ff. de pactis. Blancus pract. crim. §. Datis desensionibus, nu. 15. Clarus quæst. 32. vers. Sed hic quæro. Menochius de arbit. lib. 1. q. 81. & 92. & Casu 337. & consi. 110. num. 197. D. Tib. Decianus consi. 96. lib. 3. Afflict. decis. 4. Grammaticns Voto 25. Farinacius tit. de Carceribus & carceratis, q. 29. nu. 81. cum seq. vbi eriam refert Pontificias Constitutiones, quibus in ditione Ecclesiastica Iudices dare prohibentur huiusmodi securitates. B

CAPVT LXIII.

Si Iudex concesserit saluum conductum exbannito seu condemnato, cùm de iure non posset, an seruare fidem teneatur.

Controuertitur quoque, an si Iudex dederit bannito seu condemnato saluum conductum, cùm de iure non posset, teneatur fidem seruare. Aliqui enim affirmant. Aliqui negãt. Vide Salycet. ad l. cùm indulgentia, C. de seniẽ. passis. Menoch. de arbitr. q. 81. num. 12. & Casu 336. num. 27. & num. 33. Farinacium tit. de Carceribus & carceratis, q. 29. num. 95. Ego affirmanti sententiæ cal- C culum præbeo, quia nemo decipiendus est sub fide publica, vt dixi cap. præcedenti; Fundamentum contrariæ sententiæ est idem, quo nituntur ij, qui negant seruandam esse fidem hostibus & exbannitis, quod retuli fusiùs, & confutaui suprà cap. 58.

CAPVT LXIV.

An effringens carceres mortis pœnam incurrat?

Vlpianus: *De his qui carcere effracto euaserint, sumendum supplicium, Diui fratres Emilio Taroni rescripserunt. Saturninus etiam probat, eos, qui de carcere erupẽrũt, siue effractis foribus, siue conspiratione, cum cæteris qui in eadem custodia erant, capite puniendos.* l. 1. ff. de effractoribus, l. Milites, §. eius fugam, ff. de re militari, l. Si quis D aliquid, 38. §. miles, ff. de pœnis.

Sed controuersia est, an pœna capitalis intelligatur esse mors ac vltimum supplicium, vel ciuitatis amissio. Nam *appellatio capitalis mortis, vel amissionis Ciuitatis intelligenda est*, l. licet, 103. de reg. iuris.

De morte accipiendam censuerunt Marsilius in §. attingam, num. 36. Bossius tit. de carcerato, num. 5. ibi: *Maximè, quia leges loquuntur de capite naturali.* Placa in Epitome Delictorum, cap. 10. num. 26. alios citat Farinacius, tit. de Carceribus & carceratis, quæst. 30. num. 3. Duarenus ad tit. de effractoribus. Quibus adstipulatur verbum (*supplicij*,) quo Vlpianus vtitur, & criminis admissi grauitas.

Cæterùm, illam pœnam capitalem de mitiori accipiendam esse, puta exilij, seu amissionis Ciuitatis, auctores sunt Petrus Ducnas reg. 393. in 9. limit. Vrsillus ad Afflictum, decisi. 404. num. 16. Bursatus consi. 346. nu. 32. lib. 4. & alij, quos refert & sequitur Farinacius vbi suprà, num. 4. Quibus addo Ludouicum à Peguera decis. 1. Consilij Cathaloniæ, ad finem.

His adstipulatur l. interpretatione, ff. de pœnis, & vulgaris doctrina Glos. in l. 1. C. Ne Christianum mãcipium. Nec obstat verbum (*Supplicium*,) quia mortẽ tunc significat, cùm adijcitur, *vltimum*, l. Vltimum, ff. de pœnis, uel *summum*. l. capitalium, ff. eod.

Ego benigniori sentẽtiæ calculum præberem meũ, nisi uiderem eos qui carceres effringunt Maiestatem ipsius Magistratus contemnere; & plerunque Constitutionibus caueri hoc crimen mortis pœna mulctandum.

CAPVT LXV.

Fugiens ex carcere effracto, an videatur fateri delictum, & tanquam confessus sit damnandus?



Allistratus: *In eos qui cùm recepti essent in carcerem conspirauerint, vt ruptis vinculis, & effracto carcere euadant: amplius quàm caussa, ex qua recepti sunt, reposcit, constituendum est; Et quamuis innocentes ex eo crimine inueniantur, propter quod impacti sunt in carcerem: tamen puniendi sunt.* l. 13. ff. de custodia & exhib. reorum.

Gloss. in uerb. *Puniendi non aperit*, inquit, *qua pœna, sed videtur referre se ad pœnam eius criminis, pro quo erat ibi: vt sic habeatur pro confesso: Ad quod est in Auth. de collato. §. Prohibeamus.*

Eandem sententiam secuti sunt Bartolus ibidem, & in tract. de carcere. Angelus de Maleficijs, in uerbo; *Quod fama publica*, num. 82. Marsilius §. attingam, nu. 44. Grammaticus consi. 57. nu. 3. Menochius de arbit. C Casu 301. nu. 5 & de Præsump. lib. 1. Præsumpt. 89. nu. 45. Rolaodus à Valle consi. 7. nu. 8. lib. 1. Mascard. de probationib. uol. 1. conclus. 266. nu. 1. & conclus. 498. num. 16. eodem lib. & conclus. 820. num. 1. lib. 2. Franciscus Becius consi. 70. num. 23.

Sed nec text. quem Gloss. adducit ad rem facit: nec Callistrati uerba hanc interpretationem admittunt. Primò, quia cùm non aperiat, qua pœna sint puniendi tales effractores, non licet nobis inferre, esse puniẽdos pęna crimini constituta, propter quod in carcerem coniecti sunt. Secundò, quia pęna eorum, qui carcerem effringunt, & euadunt, capitalis est, ut in l. 1. ff. de effractoribus, & alibi, ut in præcedenti capite dixi: non igitur est pęna eadem, quæ crimini imposita est. Tertiò, nam Callistratus dicit, puniendos esse etiam eos qui ex eo crimine, propter quod in carcerem coniecti fuere, innocentes sunt: Quomodo D autem pro confesso habere possumus innocentem, eumque tanquam nocentem condemnare? Quartò, quia hæc est perspicua Iureconsulti sententia, eos qui effractis carceribus effugiunt, puniẽdos esse amplius, hoc est, grauius, quàm caussa exposcit, ob quam in carcerem missi fuerunt. Licet enim ob leuem fortè caussam carceri essent inclusi, tamen effracturæ carceris crimen & fugæ, graui pęna coercendum esse. Immò & puniendos esse, licet fuerint innocentes, ex eo crimine propter quod in carcere detinentur: quia scilicet effractionis carceris atque euasionis crimen ipsum per se pęnam meretur.

Contrariam igitur sententiam habuerunt Albericus in d.l. in eos, Cumanus consil. 105. Boetius decis. 215. nu. 22. Ducnas Reg. 392. in prima ampl. Anton. Gomes. de Captura reor. num. 11. Bursatus consi. 346.

nu. 30. 31. 35. lib. 4. Bertazolus conf. 34. nu. 1. & 35. nu. 15. alios citat Farinacius, eandem & ipse sententiam secutus tit. de Carceribus & carceratis, q. 30. nu. 8. & seqq. quibus addo Ludouicum de Peguera decis. 1. Consilij Cathaloniæ, & Ioan. Vaudum Quæst. Iuris lib. 2. c. 2. vbi malè iudicio meo scribit, ex l. 1. §. vlt. ff. de effractorib. *Tenuioribus ex hac caussa, non vltra operis publici pœnam, honestioribus non vltra relegationis irrogandā esse*, quia lex in d. §. vltimo, non de carcerum effractoribus loquitur, sed de furibus qui effringunt, vt latrocinentur, vt patet ex verbis præcedentibus. Nam quantum attinet ad carcerum effractores, iam dixerat Iurisconsultus initio ipsius legis, pœnam esse capitalem.

CAPVT LXVI.

Controuersia circa conciliationem l. 1. ff. de effractorib. & l. 1. In eos, ff. de custodia & exhib. reor. de fugiente ex carceribus.

CAllistratus in l. In eos, ff. de custodia & exhibit. reor. hoc tantùm vult, puniendos esse eos, qui carceri mancipati conspirãt, vt ruptis vinculis & effracto carcere aufugiant. Vlpianus autem in l. 1. ff. de effractoribus pœnam capitis esse respondit. Ergò nulla opus est conciliatione, quia non dissentiunt. Alter ait puniendos, alter genus pœnæ declarat, capitis esse dicens.

Malè ergo qui vt eas leges conciliarent, dixerunt, Callistratum loqui de ijs, qui tentarunt fugam ex carceribus, sed non fugerunt. Vlpianum verò de illis, qui fugam tentarunt ex carceribus, & euaserunt.

Non placet: licet enim Callistratus expresè non faciat fugæ & euasionis mentionem; tamen non est credendus loqui de solo conatu ad euadendum.

Minus probatur eorum sententia, qui dixerunt, ita conciliari hæc responsa, vt contra fugientes ruptis carceribus duplex pœna statuatur, nimirum capitis, iuxta Vlpiani responsum; & pœna quæ imposita crimini est: cuius caussa in carceres missi sunt, qui eis effractis aufugerunt, quia scilicet pro confessis habentur. Malè: quia vna est pœna capitis expresè ab Vlpiano commemorata: Pœna illa confessi nulla est, vt dixi ca. præcedenti.

Autores, si quis scire cupit: sunt, Alberic. in d. l. In eos, & Angelus Bossius, tit. de Carcer. nu. 5. Bertazolus conf. 35. nu. 15. Marsilius §. Attingam, nu. 44. Menochius casu 301. nu. 5. Mascard. de Probationib. lib. 2. Concl. 820. nu. 9. Farinacius tit. de Carceribus & carceratis, q. 30. nu. 20. & 21.

CAPVT LXVII.

In pœnam in eos constitutam, qui fracto carcere euadunt, an incidant ij, qui in palatio aut alio certo loco detenti, ostio perfracto effugiunt?

COntrouertitur etiam, an si quis non in carceribus detineatur, sed in Prætorio vel alio honestiori loco, & inde aufugiat foribus perfractis, an eadem pœna plectendus sit, qua ij plectũtur, qui effractis carceribus euadunt, iuxta l. 1. ff. de effractoribus. Negat Iason post alios in Repet. l. Admonendi, nu. 174. ff. de iureiu. quia in pœnalibus non fit extensio: cùm odia restringenda sint: & interpretatione molliendæ sint pœnæ potius, quàm exasperandæ, ex locis vulgarib. Lex autem pœnam capitis in eos statuit, qui carceribus effractis euadunt.

Sed profectò hæc extensio non est, sed iusta quædā

A interpretatio: nam quid refert, an frangantur carceris fores, vel Prætorij, aut alterius domus, quæ pro carcere assignata est? Eadem est ratio. Ergò idem iuris esse debet: Domus & Prætorium Iudicis loco carceris habetur. Nec lex imposita verbis est, sed rebus.

Contrariam igitur sententiam amplector, quæ communior est. Vide Boerium decis. 215. nu. 15. Menoch. de arbitr. Casu 301. nu. 9. Duenam Reg. 292. in 4. ampl. Farinacium tit. de Carceribus & carceratis, q. 30. nu. 50. vbi alios citat.

CAPVT LXVIII.

Fideiussor de tuto carcere (vt vocant) sub pœna, an incidat in pœnam, si principalis aufugiat, eo in casu, quo iniustè detinebatur?

B FIdeiussorem in proposita facti specie non incidere in pœnam, tradit Lucas à Penna, in l. Si quis Decurio, nu. 6. C. de Decurionibus, lib. 10. quem refert & sequitur Grammaticus, conf. crim. 51. nu. 7. & alios citans Farinacius, tit. de Carceribus & carceratis, q. 30. num. 61.

Sed contrarium respondit Hyppolitus Riminaldus in conf. 135. nu. 21. lib. 2. qui motus est autoritate Bossij malè intellecti, in tit. de Carcerato fideiuss. committen. nu. 49. sicut ostendit doctus vir ac diligens Farinacius, loco superiùs annotato. Nullum præterea in legibus fundamentum habet.

Verùm superior sententia, quæ fideiussorem excusat, negatque in pœnam incidere, fundamentum habet satis firmum. Non tenetur fideiussor, si principalis non tenetur. Nam fideiussoris obligatio accessoria est: & non potest in duriorē caussam obligari, quàm principalis, l. Græcè, §. Illud, ff. de fideiussor. Sed principalis qui detinetur aufugiendo, nullam pœnam incurrit,
C cùm scilicet iniustè detinetur, potest enim impunè aufugere, argum. l. Vt is eius, C. de probation. & ibi Bartolus, ac cæteri hoc affirmant: estque communis omniū sententia. Ergò nec fideiussor in pęnam incurrere debet, ne durior sit eius quàm principalis caussa, & obligatio. argum. l. Fideiussor obligari, ff. de fideiussor. Et vt exceptio iniusti carceris, quæ principali prodest, etiā fideiussori prosit, argum. l. Fideiussoris, in fine, ff. de Pactis.

CAPVT LXIX.

Quæ sit pœna eximentis iustè detentum in carceribus ex caussa criminali.

D QVi confessum in iure reum, & propter hoc in vincula coniectum, emiserit, reus est læsæ Maiestatis, l. 4. ff. ad leg. Iul. Maiest. Maleficæ artis reum, qui legum seueritati & debitæ subtraxerit quæstioni, vltimum supplicium non euadit, l. vlt. C. de Maleficis & Mathemat. Raptorem qui eximit, pœna decem librarum auri mulctatur, §. Arripiat, & §. vlt. in Authent. Vt omnes obediãt iud. prouin. Sed quid alijs casibus?

Communis sententia est eximentem eadem afficiēdum pœna, qua is afficiendus erat, qui detinebatur in carcere. Vide Bart. in l. Sed & si eximendi, §. Item si quis, ff. Ne quis eum qui in ius uocatus est ui eximat, Iasonem ad l. 1. §. Quod Prætor, nu. 12. ff. eod. Alexandrū conf. 35. nu. 5. lib. 2. Menochium de arbitrarijs, Casu 301. nu. 16. Mascardū de probationib. uol. 1. Concl. 266. nu. 16.

Fundamentum est in l. 4. C. de his qui latrones, &c. Valentinianus: *Eos qui secum alieni criminis reos occultando, eum, eamve sociauerunt, par ipsos & reos pœna expectet.*

Sed

Sed hoc in casu pœnam esse arbitrariã post Ioan. Fabrum, quem citat in §. Pœnales, num. 7. Instit. de actio. existimat Farinacius, tit. de Carceribus & carceratis, q. 30. num. 93.

Mouetur hac ratione: quia absurdum esset, ob leuissimum aliquod crimen in carcerem coniectum eximentem, non maiori pœna teneri, quàm is teneretur, qui exemptus est: cùm turbet Iurisdictionem iudicis.

Ad l. 1. C. de his qui latrones, respondet, eam legem loqui de ijs qui latrones occultant, vel associant, non autem de his qui eos è carceribus eximunt. Et eadem legem ipse perpendit in secundo responso, dum ait: *Latrones si quis sciens susceperit, & eos offerre Iudicibus supersederit, supplicio corporali, aut dispendio facultatum, pro qualitate personæ, & iudicis æstimatione plectetur.*

Ego communem sententiam veriorem puto, eamque confirmo ex l. Ad Commentariensem, C. de custodia reorum, vbi Imperator Valentinianus de Commentariense verba faciens, cuius culpa reus aufugit ex carceribus, decernit, eum eadem pœna teneri; *Qua obnoxius docebitur fuisse qui fugerit*.

Ad primum argumentum respondeo, non videri absurdum, quod eximens teneatur eadem pœna, nisi effringat carcerem, vel occasionem det alijs quoque in carcere existentibus euadendi. Non debet ex leuissimis caussis Iudex quempiam in carcerem conijcere. Et rarò accidere potest, eum qui ex talibus caussis coniectus in carcerem fuerit à quopiam eximi, cùm statim liberandus sit.

Ad secundùm fateor, turbari Iurisdictionem Iudicis: verùm tamen pœna non debet esse grauior delicto. Quanquam fateor, rectè statui posse, vt maiori pœna tales eximentes afficiantur: si ita res exigat, vel quia frequenter ista committantur: vel alias ob caussas iustas. Disputatio nunc est duntaxat de eo, quod iure cõmuni statutum est.

Ad responsionem datam ad l. 1. C. de his qui latrones, replicari potest, licet illa lex de eximẽte eum qui in carceribus est, non loquatur, tamen eandem esse rationem in eximente, quæ in occultante delinquentẽ: Nam eximens delinquentem ipsum occultat, associat que & iuuat ad euadendum.

Quod attinet ad secundam partem d. l. 1. illa de receptatoribus loquitur; ac proinde ad rem propositam non rectè adducitur.

CAPVT LXX.

Eximens iniustè captum, vel in carceribus detentum, an puniendus sit?

Nequaquam puniendum eum esse qui captum iniustè, in carceribus detentum eximerit, autores sunt Bossius, tit. de Captura, num. 4. & 5. & ante eum Alexander, in l. Sed eximendi, Ne quis eum qui in ius vocatus est vi eximat. Iason ad l. 1. §. Quod Prætor, num. 12. ff. eod. tit. Clarus q. 29. vers. *Sed quid si illes* Menochius de arbitrar. Casu 301. num. 24. Rolandus consi. 40. num. 13. lib. 4. Farinacius, tit. de Carcerib. & carcerat. q. 30. num. 113.

Fundamentum est primò in l. 1. §. Offilius, ff. Ne quis eum qui in ius vocatus est, &c. Vlpianus: *Offilius putat locum huic edicto non esse, si persona quæ in ius vocari non potuit, exempta est; veluti parens, patronus, cæteræque personæ. quæ sententia mihi verior videtur. Et sanè, si delinquit qui vocat; non delinquit, qui patronum vi eximit.*

Secundò, quia Iudici de facto, idest, iniquè aliquid facienti, & contra ius, permissum videtur resistere, argumen. l. Prohibitum, & l. Defensionis, C. de iure fisci, libro 10. & quasi vim vi repellere, l. Vt vim, ff. de iust. & iure.

A Contrarium docet Alexander, in consil. 35. num. 5. lib. 2. Albericus, in l. 1. ff. Ne quis eum qui in ius vocatus est, &c.

Fundamentum est; quia licet eximens non teneatur ex edicto illo: *Ne quis eum qui in ius vocatus est, vi eximat*, quoad interesse partis: tamen quia Magistratus Iurisdictionem contemnit, & vim facit, non videtur impunè id ferre oportere.

Ego autem sic puto distinguendum; Aut quis eximit eũ qui capi, vel in carcerem duci non potuit: quia scilicet Iudex non est competens, vel aliam ob caussam, & tunc nullam pœnam incurret, ita loquitur Vlpianus in d. l. 1. §. Offilius.

Et licet Vlpianus loquatur de ciuili actione ex edicto illo, tamen eadem est ratio quoad criminalem accusationem: quia scilicet talis eximens non delinquit. Et quia permissum est, resistere hoc in casu Iudici de facto uim facienti.

B Aut eximit quis captum iniustè, effringendo carceres: & tunc puniendus est. Nam si permissum cuiquã non est, etiam innocenti, ruptis carceribus effugere, l. In eos, ff. de custodia & exhib. reor. multò minus alijs eximere sic frãgẽdo carceres permissum cẽseri debet.

Non obstat quod Farinacius loco annotato scribit, aliud esse, innocentem esse, aliud non iustè & ritè in carcerem coniectum, & ideo innocentiam rei detenti non excusare eximentem, sed capturam iniquam contra iuris ordinem, excusare.

Nam respondeo, nullam esse rationem differentiæ: immò uidetur maiori excusatione dignus is qui innocens est, quàm is qui contra uel præter iuris formã in carcerem cõiectus est, qui fortasse nocens alioqui est: Et magis peccat Iudex innocẽtem detrudendo in carcerem, quàm nocentem ordine iuris non seruato, argum. l. absentem, ff. de pœnis.

C Aut quis eximit in carcere detentum, absque fractione carceris, eum, qui poterat quidem in carcerem detrudi, sed per calumniam detrusus est: & puto in pœnam incidere, quia non est officium eximentis, iudicare de iusta uel iniusta detrusione in carcerem, sed Iudicis, qui calumniatorem puniet: Aut si ipse absque accensatore id fecerit ex officio, punietur. Atque huc applicari non incongruè potest, quod Paulus scribit in l. 4. ff. Ne quis eum qui in ius uocat. est, ui eximat. *Item si quis eum qui per calumniam vocabatur, exemerit: constat cum hoc edicto teneri?*

CAPVT LXXI.

Pœna fracti carceris, an teneatur is qui iniustè coniectus in carcerem fuit?

D Non est hic controuersia inter Doctores, sed obscuritas quædam, meritò auferenda, ne quis impingat. Callistratus scribit eos esse puniendos, qui cùm in carcerem recepti essent, coniurationem cum alijs fecerunt, ut fracto carcere euaderent, licet innocentes fuerint, l. In eos, ff. de custodia & exhibit. reorum. Ergò malè docent, qui dicunt iniustè coniectum in carcerem, impunè posse carceres frangere & aufugere. Marsilius, §. Diligenter, numero 50. & §. Attingam, numero 37. Clarus, quæstione 21. uersiculo. Tertiò autem modo. Menochius de arbitr. Casu 301. numero 14. de Præsumpt. libro primo, Præsumpt. 89. numero 43. & 49. Grammaticus consilio 51. numero 6. & alij, quos commemorat Farinacius, tit. de carceribus, & carceratis, quæstio. 30. num. 120.

Malè, inquam, qui ita simpliciter & absolutè docẽt: nam cõtrarium Callistratus respondit, cùm dixit, etiã innocentes plectendos esse. Constat enim innocentes iniustè in carcerem detrudi.

Rectiùs ergo docuerunt, qui innocentes pœnam

effracti carceris euadere dixerunt, duobus concurrentibus. Primum eſt, ſi non ſeruato iuris ordine fuerint in carcerem coniecti. Alterum ſi mortem probabiliter metuant. Nam ignoſcendum eſt ei, qui quoquo modo conatur ſanguinem ſuũ redimere, l. 1. ff. de bonis eor. qui ſibi mortem conſciuer.

Et iudici de facto procedenti, licet reſiſtere, l. prohibitum, C. de iure fiſci, lib. 10. Ita rectè monuerũt Couuar. lib. 1. Variar. reſol. cap. 2. nu. 12. Ripa, ad l. Admonendi, nu. 171. ff. de iureiur. Duenas Reg. 393. in 4. limit. Farinacius loco annotato, nu. 131. & ſequenti.

CAPVT LXXII.

Sola fractura carceris abſque conſpiratione, an capitali ſit pœna coërcenda.

Ernaſit error in hac materia effracti carceris, non eſſe locum pœnæ legibus conſtitutæ, niſi conſpirauerit effugiẽs cum alijs, qui ſunt in carcere, ex verbis illis Calliſtrati, in l. In eos, ff. de cuſtodia & exhib. reor. *In eos qui cùm recepti eſſent in carcerem, conſpirauerint*, &c. Vide Petrum Duenam reg. 392. in 6. limit. Clarum, quæſt. 21. verſ. *Tertio modo.* Roland. à Valle, conſ. 7. nu. 46. lib. 1. Menoch. de Præſumpt. lib. 1. Præſumpt. 89. nu. 45. alios refert & ſequitur Farinacius, tit. de Carceribus & carceratis, quæſt. 30. nu. 166.

Errorem hanc ſententiam continere, manifeſtum eſt ex l. 1. ff. de effractorib. vbi Vlpianus ſcribit: *De his qui carcere effracto euaſerint, ſumendum ſupplicium Diui fratres Emilio Tironi reſcripſerunt.* Hic nulla conſpirationis mentio fit. Pergit textus. *Saturnius etiam probat, eos, qui de carcere eruperunt, ſiue effractis foribus, ſiue conſpiratione, cum cæteris qui in eadem cuſtodia erant, capite puniendos.*

Vlpianus non requirit conſpirationem, ſed alternatiuè loquitur, *ſiue effractis foribus, ſiue conſpiratione*, quo modo Baldus etiam rectè loquitur, in conſ. 32. nu. 1. lib. 3. & Marſilius, in §. Attingam, poſt nu. 45.

Nec mouet quod aliqui reſpondent, alternatiuam (*ſiue*) reſolui quandoque in coniunctiuam (*Et.*) Dato enim quod aliquando ita ſit, non tamen efficitur, idẽ eſſe in hac lege, cùm ſuperiora Vlpiani verba clarè euincant, fracturam ſolam carceris puniendam eſſe ſupplicio.

Rectè ergo monet Boerius, deciſ. 215. num. 22. circa finem, poſt alios quos citat, etiam ſine conſpiratione, eos, qui aufugerunt carcere effracto, puniendos eſſe.

CAPVT LXXIII.

Lictores qui ex mandato Iudicis aliquem iuſtè capiunt, an poſſint reſiſtentem impunè occidere.

Sſentior ijs qui docẽt, Officiales publicos malefactorem reſiſtentem ne capiatur, impunè occidere poſſe, argumento ſumpto ex l. Si ſeruus, C. de his qui ad Eccleſ. confug. in illis verbis: *Sed ſi armorum fiducia reſiſtendi animum inſania impellente conceperit: abripiendi extrahendiq; eum domino, quibus id poteſt efficere viribus concedatur. Quod ſi illum etiam confligi in concertatione pugnaq; contigerit, nulla erit eius noxa*, &c. Ita docent Bartol. Bald. Salycetus, & omnes ibi. Clarus q. 29. in princ. & alij quos ſciens prætereo.

Verum non aſſentior ijs, qui docent hæc habere locum, licet Officiales modum inculpatæ tutelæ excedant, ita Amadæus tract. Syndicatus, nu. 100. Grammaticus deciſ. 41. Boſſius tit. de Captura, nu. 12.

Nullum enim video huius ſententiæ fundamentũ: imò in contrarium pugnat iuris ratio. Si enim vim vi repellere non licet, niſi cum moderamine inculpatæ tutelæ, l. 1. C. Vnde vi, cum omni iure permiſſum ſit, alioqui aggreſſorem interficere, l. Vt vim, ff. de iuſt. & iure, l. 2. C. ad l. Corn. de Sicarijs, conſequẽs eſt, nec licere Officialibus aliquem reſiſtentem occidere, niſi cum moderamine inculpatæ tutelæ.

Atque ita docent Imola in l. Ex conſenſu, §. Eũ qui, ff. de Appellat. Boerius deciſ. 170. in fin. Iodocus Damhuder. in Pract. Crim. c. 15. tit. de Citatione reali, nu. 28. Farinacius tit. de Carceribus & carceratis, q. 32. nu. 41. quos & ego ſequor.

CAPVT LXXIV.

An impunè liceat lictoribus publicis vulnerare, vel occidere malefactorem fugientem ne capiatur, ſi aliter eum capere non poſſint?

Ec iuri, nec rationi, conſentanea mihi eorum ſententia videtur, qui dixerunt, licere vigilibus ſeu lictoribus inſequentibus malefactorem, vt eum capiant, fugientẽ, interficere impunè, aut vulnerare, ita Baldus in l. vlt. nu. 5. C. de exhib. reis. Auguſtinus ad Angelum de Maleſ. in verbo, *fama publica præcedente*, nu. 54. Grammaticus, deciſ. 41. Boerius deciſ. 170. nu. 7. Antonius Gomeſ. tit. de Delictis, c. 9. nu. 6.

Non videtur inquam, iuri conſentanea hæc ſententia, nec rationi, quia fundamentum habet in l. Si ſeruus, C. de his qui ad Eccleſ. confug. vbi tex. loquitur de eo qui armis ſiue armorum fiducia reſiſtit. Is verò qui fugit, non dicitur armis reſiſtere, vt patet; ſed pedibus, nec pugnat cum lictore, ſed fuga ſibi ſalutem quærit.

Rationi mitis aduerſatur, quia lictores hoc in caſu non ſunt in diſcrimine vitæ conſtituti, ideo ſi fugientem occidant, non videntur ſeruare moderamen inculpatæ tutelæ, quare puniendi ſunt, niſi fugiens talis ſit, qui potuerit impunè offendi; ſicut plerunque banniti poſſunt; vel mandatum habuerint à Iudice & Magiſtratu reum capiendi, & ad carceres ducendi vel viuum, vel mortuum, tunc enim excuſari debent. Atque ita Farinacio rectè monenti ſubſcribo, tit. de Carceribus & carceratis, q. 32. nu. 44.

CAPVT LXXV.

Fideiuſſor ſub certa pœna de præſentando reum, an incidat in pœnam, quando reus ob aliam cauſam accuſatus eſt: ſed nondum condemnatur?

On incidere in pœnam fideiuſſorem de præſentando, vt vocant, cùm reus ob aliam cauſam condemnatus eſt, reſponſum Iureconſulti habemus in l. Sed etſi quis, ff. ſi quis cautio. illis verbis: *Dixerit aliquis, quid ergo hæc exceptio damnato proderit? Sed reſpondebitur, fideiuſſoribus eius eſſe neceſſariam*, &c.

Sed vtrum idem reſpondendum ſit, ſi reus non damnatus ſed accuſatus ſit? Ad hanc quæſtionem Vlpianus reſpondit in eadem lege, §. 1. *Illud* (inquit) *ſciendum eſt, eum qui idcirco non ſtetit, quia capitis reus factus eſt, in ea cauſſa eſſe, vt exceptione vti non poſſit. Damnato enim datur.* Atque ita ibi notant Bartolus, Alexander & Angelus, quibus ego conſentio.

Alij contrarium ducent, ſufficere accuſationem, vt fideiuſſor excuſetur à pœna, Marſilius ad rubr. de fideiuſſoribus quæſt. 19. num. 171. Horatius Lucius, inter conſil. Crim. conſil. 163. nume. 15. lib. 1. Tob. Nonius, conſi. 103. nu. 3. D. meus Cephalus, conſ. 187. lib. 2. Farinacius alios citans, atque diſtinguens, tit. de Carcerib. & carceratis q. 34. nu. 54.

Fun-

Fundamentum est, quia accusatus de proximo, vt loquuntur, condemnandus, pro condemnato habetur: Item quia promissio fideiussoris intelligi debet rebus sic stantibus; non autem immutatis, ex noua causa delicti: Nec enim verisimile est, si de hac causa fuisset cogitatum, fideiussorem promissurum fuisse. Item quia fideiussor non est in mora; nam reum præsentare ac sistere non potest, cum sit de nouo crimine accusatus, ac proinde nolit comparere, ne condemnetur.

Sed quis non videt, hasce rationes nil valere contra textum iuris expressum? Fideiussor non excusatur, quia, reus damnatus non est. Damnato reo capite, vel exilio, exceptionem habet; quia illum sistere nequit. At si non damnatus sed accusatus est, potest illum sistere; Ergò si non sistat, tenebitur, & pœna committetur.

Non habetur pro damnato, quia se defendere potest. Nec mutatio talis contigit, quæ impediat rei exhibitionem: Potuisseтque fideiussor de hoc casu facilè cogitare: & cùm generaliter reum exhibere promiserit, cogitasse etiam videtur. Nulla est difficultas, quo minus reum exhibere possit: Nam condemnatus non est, sed tantùm accusatus.

Dices, non potest is qui dimissus est ex carceribus, cum fideiussure de se præsentando à Iudice vocari, nisi noua inditia superuenerint; illa enim relaxatio innocentiam rei arguit, vt declarat optimè Bossius, titulo de sententijs, num. 61. Ergo frustrà fideiussor iubetur eum præsentare ac exhibere. Respondeo, quæstionem hanc esse accipiendam in terminis habilibus, cùm scilicet Iudex sibi reum exhiberi petit iusta ex causa.

CAPVT LXXVI.

Fideiussor qui promisit reum præsentare sub pœna toties quoties à Iudice fuerit requisitus, an pœnam incurrat, si reus in carcerem coniectus aufugiat?

FIdeiussorem in pœnam incidere, si reus aufugiat ex carceribus, si promiserit adiecta pœna toties eum exhibere Iudici, quoties requisitus fuerit: nec requisitus reum ita aufugientem præsentauerit, autores sunt Lucas de penna, ad l. Si quis decurio, num. 12. C. de Decurio. lib. 10. Angelus, ad l. 2. §. Qui exhibendi, num. 6. ff. de custod. reor. Marsilius ad Rub. de fideiussor. quæstione 16. nume. 161. Bossius, tit. de Carcerato fideiusso. relaxan. num. 35.

Fundamentum est in verbis stipulationis, quia scilicet fideiussor promisit *toties, quoties*, &c. Ergò, licet semel præsentauerit, non est liberatus. Nec enim sufficit vna præsentatio, vt est communis sententia Doct. Alexand. Castrens. Iasonis & aliorum in l. Duobus, §. 1. ff. de iureiur.

Sed hoc fundamentum verbis stipulationis innixum, non videtur mihi satis firmum: quia non tam verba stipulationis spectanda sunt, quàm totius rei æquitas, & iuris ratio. Si fideiussor requisitus semel Iudici reum præsentauit, & Iudex reum in carcerem coniecit, nonne suæ satisfecit obligationi? Deberetne ipse fideiussor obligatus esse ad custodiendos carceres, ne aufugeret, aut ob negligentiam custodis pœnam luere?

Contrariam igitur sententiam amplector, quam amplexi fuere Afflictus decis. 130. vbi testatur, bis ita fuisse iudicatum in Consilio illo Regio. Cagnolus ad l. Quod te, num. 24. ff. Si certum pet. Tobias Nonius

A cons. 103. num. 9. 10. Hieronymus Gabrielius, cons. 181. nume. 15. Farinacius accuratus Doctor, tit. de Carceribus & carceratis, quæst. 34. num. 95.

CAPVT LXXVII.

Fideiussor qui intra certum tempus sub pœna promisit reum præsentare Iudici, an incidat in pœnam, si non præsentauerit, cùm interpellatus non fuit ad præsentandum?

REquirendum esse fideiussorem, vt in pœnam incidat ad exhibendum reum, autores sunt quàmplurimi, quibus complures alij contradicunt. Vide Antonium Gomes. tit. de Captura reorum. nume. 9. capit. 9. Paulum Castrens. cons. 100. lib. 2. Rolād. à Valle, cons. 58. num. 14. lib. 1. Cacheranum, decis. 48. *Cùm pater.* Farinacium, tit. de Carceribus, & carceratis, q. 34. num. 125. & seqq.

B Fundamentum requirentium interpellationem fideiussoris, ad reum præsentandum, vt pœna committatur, est primò in l. Si penum, ff. quando dies legati cedat, ibi. *Et tunc pecuniam deberi, cùm interpellatus fundum non dederit*, &c.

Secundò, in l. Fideiussor obligari, §. vlt. ff. de fideiussor. ibi. *Verisimile est id actum, vt cùm appellatus reus non soluisset; fideiussor teneretur.*

Tertiò, in l. vlt. C. vt intra certum tempus criminalis quæstio terminetur, ibi. *Scientibus Iudicibus eorumq́; officijs, quod si litigatoribus admonentib. ipsi litis introductionem, vel examinationem distulerint: pœna vicenarum librarum auri ferientur.*

Sed profectò non multum valet hoc argumentum. Nam duæ priores leges non loquuntur, vbi certum tempus & certa pœna stipulationi adiecta est, lex autem tertio loco citata, ideo interpellationem Iudicis requirit, quia Iudex non potest causam expedire intra tempus à lege constitutum, nisi partes instent pro C expeditione, & causam instruant. lex punire voluit eo in casu Iudicis negligentiam, cùm videlicet non vult causam expedire. Nulla autem Iudicis est negligentia, cùm partes litigantes non instant, nec illum admonent.

Quare in proposita quæstione nulla opus esse interpellatione, vt pœna committatur, magis est vt credam. Primum ex l. Magnam, C. de contrah. & committen. stip. ibi. vbi Imp. Iustin. *Sancimus, vt si quis certo tempore facturum se aliquid vel daturum stipuletur, vel stipulator voluerit, promiserit, & adiecerit, quod si statuto tempore minime hoc perfecta fuerint, certam pœnam dabit: sciat minimè se posse debitor ad euitandam pœnam adijcere, quod nullus eum admonuit: Sed etiam citra vllam admonitionem eidem pœna pro stipulationis tenore fiet obnoxius; cùm ea quæ promisit ipse, in memoria sua seruare, non ab alijs sibi D manifestari debeat poscere.*

Secundò, ex l. Traiectitiæ, ff. de act. & oblig. ibi. *Consultus respondit eius quoque temporis, quo interpellatus non esset, peti posse pœnam: amplius etiam si omnino interpellatus non esset*, &c.

Tertiò, ex l. Sancimus, C. de fideiussor. illis verbis: *Sed competere quidem post tempus elapsum omnino pœnalem actionem*, &c.

Illud non negauerim, moram posse purgari post elapsum tempus, vt ibi dicitur: sed nunc de moræ purgatione quæstio non est, verùm de interpellatione fideiussoris an necessaria sit, & patet ex prædictis necessariam non esse.

CAPVT

CAPVT LXXVIII.

Fideiussor de reo præsentando, toties, quoties fuerit requisitus, an liberetur bina præsentatione facta.



QVi promisit reum præsentare Iudici, toties, quoties fuerit requisitus, bina præsentatione facta liberatur, ne res in infinitum procedat, argumento l. Fideicom missa, §. Si quis alicui decem, de leg. 3. ibi. *Non enim onerandus est hæres, vt in infinitum quoties perdiderit, restituere et tantundem debeat*, &c. Et l. Qui bona, §. vlt. ff. de damno infecto, ibi. *Neque enim in infinitum obligatus esse debet stipulatione*, &c.

Atque ita docuerunt Angelus in l. 2. §. Qui exhibendi, num. 6. ff. de custod. reor. Romanus consil. 5. nu. 5. Marsilius, §. Quoniam, num. 12. Afflictus decis. 46. num. 4. alios citat Farinacius, de Carceribus & carceratis, quæst. 34. num. 163.

B Contrarium alij multi docuerunt, in l. Si finita, ff. de damno infecto. Imola, Roman. & Alexand. Iason. in l. Duobus, §. Si ei qui, num. 19. ff. de iureiur. Bossius, de Carcerato fideiusso. committen. nu. 35. Rolandus, cons. 21. nu. 11. lib. 2. cons. 58. nu. 2. lib. 1. Hieronymus à Monte, quæst. 28. num. 7. Franciscus Marcus, decis. 797. num. 7. parte 2. quibus & ipse assentior.

Fundamentum est solidum, quia uerba stipulationis hoc important, *toties, quoties*, &c. ut non semel tantum uel bis fiat exhibitio rei, sed toties quoties fit opus. Non est igitur recedendum à claris verbis stipulationis, l. Semper in stipulationib. de reg. iur. l. Quicquid astringendæ, de verb. oblig. l. Continuus, §. Cum ita, cod. tit.

Non obstant leges pro contraria sententia allatæ, quia in his terminis non loquuntur, quibus verba disponentis infinitatem important: sed loquuntur cùm voluntas est obscura: nec tam clarè expressa, vt in quæstione nostra.

CAPVT LXXIX.

Instrumentum si falsum esse probetur in aliqua parte, an in totum præsumatur falsum?



INstrumentum Notarij, quod in aliqua parte falsum esse probatur, in totum præsumi falsum autores sunt multi apud Gabrielium, li. 7. commun. Concl. tit. de Maleficijs, Conclu. 3. apud Menochium, de Præsumptio. libro quinto, Præsumpt. 21.

Fundamentum ponunt primum in l. Si aliquid, 12. C. de susceptoribus, & arcar. lib. 10. ibi: *Nemo eorum semel de interuersione conuictus, ad rursus officium gerat, in quo ante decoxit*, &c.

Secundò in reg. Semel malus, semper præsumitur malus, in eodem genere mali.

D Sed vt rectè Alciatus monet, reg. 2. Præsumptio. 7. uers. Quartò intellige, hæc Iuris Regula est accipienda respectu temporis futuri. Vt puta, si quis semel est calumniatus in futurum calumniari præsumitur, l. Si cui, §. Iisdem, ff. de accusat. Item si miles malè se gessit in militia, præsumitur & in futurum malè se gesturũ, l. Non omnes, §. A barbaris, ff. de re militari.

Cæterùm, respectu temporis præsentis aliter dicendum est. Nec enim ex eo, quòd Instrumentum in aliqua parte falsum est, idcirco Notarius præsumendus est commisisse in omnibus falsitatem; sic enim omnia ipsius Instrumenta iam facta præsumerentur esse falsa, quod dictu est absurdum.

Quod autem attinet ad l. Si aliquid, illa non facit ad rem hanc, quia nihil aliud probat, nisi Notarium, qui semel de falso conuictus est, non posse officium il

A lud gerere. Sed non inde infertur, omnia, quæ gessit & scripsit, falsa esse præsumenda.

Alij dixerunt, si dolo Notarij falsum sit Instrumentum in una parte, in totum uitiari. Bartolus ad l. Si ex falsis, in prima lect. circa finem, C. de transact. quem alij secuti sunt apud Gabriel. & Menochium loco annotato.

Fundamentum est in d. l. Si aliquid, C. de susceptorib. & arcarijs lib. 10. si enim alia Instrumenta Notarius conficere non potest, & confecta non valerent, multò minus ualere debet Instrumẽtum illud, in quo falsitas commissa fuit.

Sed responderi potest in ea parte, in qua falsitas deprehenditur, nil valet Instrumentum, nec etiam Instrumenta, quę postea idem Notarius conficiet, ullam uim obtinere posse, quia scilicet non potest amplius officium exercere Notariatus; sicut bene probat d. l. Si aliquid, sed in alijs partibus Instrumenti, in quibus falsitas non apparet, sicut & in reliquis iam ab eo confectis Instrumentis non rectè colligitur, ea nil ualere.

Nec obstat, quod dicitur, probitatem Notarij esse quid indiuiduum, & ex eâ fidem Instrumẽtorum pendere; Nam fieri potest, ut Notarius in uno committat falsitatem, in altero verò probè & fideliter se gerat. Hoc quidem facit falsitas deprehensa, vt in futurum non sit ei fides adhibenda, quia Semel malus, &c. sed non in præteritum valet hæc præsumptio: ne fides Instrumentis iam factis, & in quibus nulla falsitatis suspicio est, temerè abrogetur.

Alij igitur voluerunt, Instrumentum in aliqua parte falsum, non tamẽ falsum in alijs partibus præsumi; Aretinus, in d. l. Si ex falsis, C. de transact. & multi alij allegati à Menochio & Gabrielio.

C Istis ego planè assentior, nisi, verbi gratia, talis sit falsitas in vna parte, quæ per se totam fidem Instrumento adimat: vt puta, si scriptum sit, Actum fuisse in vno loco, cùm alio in loco fuerit actum. Sic enim totum falsum apparet.

Mouet me illa ratio, quia non est hoc iure cautum, nec satis iuris rationi consonum, vt quod in vna parte nullum & vitiosum est, in alia parte quoque vitiosum esse præsumatur. Delicta non sunt præsumenda. Dolus non est præsumendus, sed potius error. Et nõ si in vna parte dolus est, idcirco sequitur, etiam alia in parte adhibitum censeri. Iuuari potest hoc argumentum ex l. Iubemus, C. de testam. illis verbis: *Quod si non fuerit obseruatum & nomen hæredis, vel hæredum, non fuerit manu testatoris scriptum, vel voce coram testibus nuncupatum, hoc testamentum stare minimè patimur, vel in totum, si tota hæredum nomina fuerint prætermissa; vel in eius hæredis institutionem, cuius nomen, neque lingua, neque manus testatoris significauit.* Pertinet autem hoc ad rem nostram, quia inferius dicit Imperator; *Scituris tabellionibus, & ijs, qui conficienda Instrumenta procurant, quod si aliter facere ausi fuerint, pœnam falsitatis non euitabunt, quasi dolosè in tam necessaria caussa versati.*

D Sic dicimus testamentum uitiari, quoad hæredis institutionem, cætera firma manere. Authent. Preterea, C. de liberis præteritis. Et generaliter. *Vtile per inutile non vitiari*, l. 1. §. Sed si mihi, ff. de verb. obligat.

CAPVT LXXX.

Vtrum fiscus in integrum restituatur, sicut minores 25. annis.



DE sententijs contra fiscum latis cautum est, vt ex caussa intra triennium retractari possint: Et post triennium, si prænaricatio arguatur, vel manifesta fraus probetur, l. Vn. C. de sententijs contra fiscum latis, lib. 10.

Sed

Sed an in integrum restituatur in cæteris, sicut minores 25. annis, controuersia est. Affirmat Guido Papæ, ex stylo tamen & consuetudine decis. 302. *Vtrum fiscus.* & Afflictus post Albericū, quem citat decis. 340. nu. 3. Celsus Vgo, cons. 48. nu. 5. Bossius de fisco & priuilegijs eius, nu. 21. Alios citat doctissimus Oddus de restit. in integrum, parte prima, q. 3. nu. 83. quibus adde Peregrinum, de iure fisci, lib. 6. tit. 2. nu. 10.

Fundamentum est in eo positum, quia fiscus regitur per suos administratores & curatores, quemadmodum Respub. & minores 25. annis, Ergo sicut minores, & Respub. restituuntur, si fuerint læsi ex contractibus curatorum, & administratorum, l. Respub. C. ex quib. cau. maior. l. 2. 3. & 5. C. si tutor vel curator interuenerit, ita & fiscus restituendus videtur.

Sed contrarium docuerunt Petrus Cyn. Paul. Castrens. & Albericus, in d. l. Respub. C. ex quib. cau. maio. necnon etiam Fulgosius, & alij, quos citat Oddus loco annotato.

Fundamentum est, quia hoc non reperitur iure cautum, licet enim minoribus id cōcessum sit, & Reipub. non tamen sequitur etiam fisco concessum videri.

Et hæc sententia verior mihi videtur: quia priuilegia non sunt multiplicanda, l. Ius singulare, de legib. l. 1. ff. de constit. Principum. Et quod contra iuris rationem in aliquo casu constitutū est, non debet ad alios casus produci, l. Quod verò, ff. de legib.

Et sanè, non debemus nos plus fauere fisco, quàm Imperatores ipsi quorum intererat, fauere voluerint. Nusquam legitur fiscum iure minoris vti circa in integrum restitutionem. Potuissent Imperatores id constituere, cùm non constituerint, manifestum est eos noluisse fiscum tot priuilegia habere.

Et aliqua etiam ratio diuersitatis est inter fiscum eiusque administratores, & minores, vel Rēpub. quia in Repub. complores sunt minores & pupilli, meritò in integrum restituitur: sicut & minores qui per ætatis lubricum sępè decipiuntur, l. 1. ff. de minor. At cùm Princeps maior est, & fiscus habet suos administratores, & curatores ætate maiores & peritos, nulla est ratio cur ad instar Reipub. vel minoris restituendus sit. Certè ætatis fauor cessat, quo præcipuè inductus est Prætor ad concedendum restitutionis auxilium. Nec enim illa est in integrum restitutionis ratio, quod alicuius res ab alijs administrentur. Nam si esset hæc ratio, omnes maiores 25. annis in integrum restituendi essent: quorum res administrantur ab alijs, puta Procuratoribus, Officialibus, Ministris, & negotiagestoribus. Quod nemo dixerit.

CAPVT LXXXI.

An fiscus in pœnalibus restituatur in integrum?

Fiscum in integrum restitutionem in pœnalibus posse implorare aduersus sententiam, quę reum vel absoluit, vel minori pœna condemnauit, quam delicti grauitas postularet, autores sunt multi apud Antonium Gabrielium, lib. 7. Commu. Concl. tit. de Maleficijs, Concl. 13. quibus addi potest Peregrinus, de iure fisci, lib. 7. tit. 4. num. 1.

Fundamentum est in l. Vnica, C. de sentent. contra fiscum latis, lib. 10. vbi sancitum est generaliter, sententias contra fiscum latas retractari posse.

Sed contrarium responderunt quàm plurimi alij, apud Sfortiam Oddum, parte 1. de restitut. in integrum, quæst. 3. art. 13. nu. 85. quibus & ipse assentior.

Fundamentum est in l. Auxilium, ff. de minoribus. Tryphonius: *Auxilium in integrum restitutionis executionibus pœnarum paratum non est. Ideoque iniuriarum iudicium semel omissum repeti non potest, &c.*

A Si minor 25. annis non restituitur in pœnalibus, Ergò nec fiscus: non enim fiscus maius habet in hac re priuilegium quàm minores. Igitur si à sententia non appellauerit, non potest in integrum restitui, sicut nec minores possunt.

Non obstat l. Vnica, quia illa de sententijs latis contra fiscum retractandis, generaliter loquitur, nos autem specialiter, de sententijs latis in caussis pœnalibus, in quibus cùm paratum auxilium in integrū restitutionis minoribus non sit, multò minus fisco paratū esse debet. Specialis igitur Regula generali præferenda videtur, quia generi per speciem derogatur.

CAPVT LXXXII.

Vtrum solæ inimicitię cùm occiso sint sufficiens indicium ad torturam.

B Solas inimicitias indicium esse sufficiens ad torturam, autores sunt Speculator, tit. de Præsumpt. §. Species, nu. 5. Romanus, in l. 1. §. Si quis in villa, in 1. not. ff. ad Syllan. Angelus, de Maleficijs, vers. Fama publica præcedente, num. 29. Calcaneus, cons. 63. num. 2. Felynus, in c. Affert. num. 52. de Præsumpt. Brunus, de Iudicijs & tortura, parte, 2. q. 3. num. 29. Gratus consil. 136. num. 24. lib. 1. Io. de Amicis, cons. 51. num. 7. Mantua, cons. 52. & 57. lib. 2.

Fundamentum est, quia ab inimico omne malum expectandum est, c. Repellatur, de accus. l. Si inimicitię, ff. de his quib. vt indig. l. 1. §. Cùm quis, ff. de quæst.

Sed hæc suspicio nimis remota est; indicia uerò ad torturam debent esse propinqua, uerisimilia, grauia, certaq; & urgentia, l. Milites, §. Oportet, C. de quæst.

Alij igitur uerius censuerunt, inimicitias solas non sufficere, sed alia adminicula requiri. Clarus, quęst. 21. C uers. Inimicitia. Alios quàm plurimos citat Antonius Gabrielius, lib. 7. Commu. Concl. tit. de Maleficijs, Conclus. 18. quib. adde Menochiū de Præsumpt. lib. 2. Præsum. 89. nu. 50. & me quoque socium adiungo.

CAPVT LXXXIII.

Vtrum frater admittendus sit in testem pro fratris sui defensione in caussis criminalibus.

Grauis quoque, nec silentio inuoluenda controuersia est de fratris testimonio, an idoneū sit pro fratris defensione in caussis criminalibus; multis asserentibus, multisque etiam negantibus. Vide Antonium Gabrielium, lib. 7. Commun. Concl. tit. de Maleficijs, Concl. 22.

D Qui admittendum censuerunt, fundamentum collocarunt in c. Litteras, de Præsumpt. perpendendo in illa facti specie fratris testimonium pro defensione siue excusatione non admitti; quia fuerat sibi contrarius: prius enim aduersus fratrem suum testificatus fuerat, cum hęreticum asserendo. Ergo caussa illa contrarietatis cessante, satis valeret fratris pro defensione testimonium.

Sed quis non videt, quàm infirmum hoc sit argumentum. Fratris testimonium in illa facti specie non admittitur: *Quia vel mendacium prius dixit in fratrem, asserendo illum hæreticum, vel periurium postea commisit in Deum, purgando illum de hæresi: quorum vtrumque reddit illum ualde suspectum,* vt Summus Pontifex ibi declarat.

Cessantibus istis suspicionibus, atque adeò extra illam facti speciem, in qua frater prius contra fratrem deposuerat, non dixit S. Pontifex, fratris testimonium esse admittendum, vel idoneum esse, pro defen-

sione

sione fratris: vel non esse admittendum: Nihil enim aliud dicit. Ergò id ex alijs legibus est definiendum, quæ sic se habent: *Etiam iure ciuili domestici testimonij fides improbatur.* l. 2. C. de testibus. l. pen. ff. eod. Meritò sanè. Nam *propinquitatis & consanguinitatis affectio veritatem impedire solet*, vt dicebat Calixtus Papa, in c. Accusatores, 12. dist. 3. quæst. 5. His neganti sententiæ subscribendum esse censui.

CAPVT LXXXIV.

Testis si in Iudicio contraria ex interuallo temporis deposuerit, an sit credendum priori vel posteriori depositioni?

EST controuersia inter Doctores de teste, qui ex interuallo non corrigendi erroris gratia, contraria deposuerit in iudicio, cui sit depositioni fides adhibenda, an priori, an posteriori, an neutri? Priori fidem esse habendam communior est sententia. Vide Couuar. Variar. resolut. lib. 2. cap. 13. num. 8. Mynsingerum Cent. 2. Obseru. 86. Menochium, de arbitr. iud. Casu 108. num. 10. Gabriel. lib. 7. Commu. Concl. tit. de Maleficijs, Concl. 29.

Fundamentum est in c. Sicut nobis, de testib. in illis verbis, nõ enim testimonium prædictorum (*cùm periuri sint*) *est in hoc casu aliquatenus admittendum*. Non vult S. Pontifex admitti testimonium, quod est contrarium priori testimonio, quia testis contraria deponés, periurus est, Ergò priori testimonio standum est.

Contrarium, nempe, nec priori, nec posteriori depositioni fidem esse habendam, docuerunt Antonius Butrius, in cap. Cùm in tua, de testib. Bald. in l. Gesta, C. de re iudi. & quidam alij, quos refert Mynsingerus d. Obseru. 86.

Fundamentum est in l. Eos, ff. ad l. Cornel. de fals. *Eos qui inter se diuersa testimonia præbuerint, quasi falsum fecerint, præscripto legis Corneliæ teneri pronunciatum est.* & in c. Præterea, de testib. cog. ibi: *Quorum testimonia si quandoque non studiosè, sed in proferendo errauerint, & se incontinenti correxerint, reprobari non debent: secus autem erit, si correctioni sua interposuerint interuallum.*

Ego video neutram sententiam satis firmo innixam esse fundamento. Nam quod attinet ad prioris sententiæ fundamentum, in c. Sicut nobis, responderi potest, licet secundùm testimonium priori contrarium in illa facti specie reprobetur, non tamen dicitur, priori adhibendam esse fidem, vel non adhibendam. Caussa enim ibi erat decisa, & lata sententia diuortij, quæ proinde rescindi non potest, nisi de corruptione testium aliter constiterit, quàm per eorum depositionem. Non loquitur ibi S. Pontifex in terminis, quando lata sententia non est, an scilicet Iudex priori depositioni fidem habere debeat, vel non debeat habere. Fieri enim potest, & concedi, posteriorem depositionem admittendam non esse: Sed non inde efficitur priori esse fidem adhibendam.

Quod verò attinet ad posterioris sententiæ fundamentum, responderi potest, testem sic variantem esse quidem tanquam falsarium puniendum: sed non propterea fidem ei prorsus abrogandam esse: quia fieri potest, vt falsum dixerit in posteriori testificatione, & in priori meram veritatem.

Similiter ad c. Præterea, responderi potest, testimonium posterius ex interuallo non esse admittendum; & hoc S. Pontificem velle, non autem priori testimonio fidem abrogare.

Igitur in hac quæstione ego sic statuo & concludo, si proponatur talis facti species, in qua timor subornationis esse possit: quia scilicet publicatę fuerint attestationes, & non nihil suspicionis sit, testem sic

A variantem fuisse à litigatoribus subornatum, tunc priori depositioni standum esse. Et ita loquitur Guido Papæ decis. 546.

Cessante autem subornationis timore, veluti si testis sit in carcere; nec potuerit verisimiliter loqui cum litigatoribus, existimo hanc rem arbitrio Iudicis esse committendam, an magis primæ vel secundæ depositioni testis fidem habere velit, ex personarum & negotiorum circumstantijs & qualitatibus, & hoc ex regula generali, text. in l. 3. §. Tu magis, ff. de testibus.

CAPVT LXXXV.

Testis si contrarium testimonium dixerit in Iudicio, ei quod extra iudicium dixerat, cui sit fides habenda?

B SI testis extra iudicium aliquid deposuerit, deinde in iudicio examinatus contrarium fuerit testificatus, controuersia est, an priori depositioni vel posteriori magis credendum sit. Etenim Bartolus in l. Eos, num. 4. ff. ad l. Cor. de falsis, apertè scribit, testem hunc vt falsarium esse puniendũ, ex quo indicat neutri depositioni credendum esse: sequitur Ancharanus in Clem. 2. de testibus, non procul à fine, Capella Tholosana decis. 376. & alij apud Antonium Gabrielium, lib. septimo, Commu. conclus. titul. de Maleficijs, Conclu. 31.

Fundamentum ponit in d. l. Eos, in illis verbis: *De impudentia illius qui diuersa duobus testimonia præbuit, cùm ita anceps fides vacillat, quin crimine falsi teneatur, nec dubitandum est.*

C Sed non constat, an Iurisconsultus ibi loquatur de testimonijs in iudicio prolatis, vel extra iudicium. Deinde non rectè infertur: testem esse puniendum, ut falsarium, Ergo neutri depositioni esse fidem habendam, quia falsitas potest committi in secunda tantùm depositione; non autem in prima, vel contra. Ita ut iudex ex rerum & personarum circumstantijs facilè animaduertere possit, alterum ex duobus testimonijs verum, alterum falsum esse. Debet ergo tunc sequi, quod verisimilius est.

Præclarè enim Arcadius: *Sed quod naturæ negotij conuenit; & quod inimicitiæ & gratiæ suspicione caret*: (credendum est) *confirmabitq; iudex motum animi sui ex argumentis, & testimonijs, quæ rei aptiora, & vero proximiora esse compererit.* l. Ob carmen, §. 1. ff. de testib.

Alij magis communiter dixerunt, posteriori testimonio in iudicio prolato magis credendum esse, latè autores citat Gabrielius loco proximè citato, & post eum Menochius de arbitr. iudi. casu 108. nume. 22.

D Fundamentum est, quia posterius testimonium in iure prolatum, est iuramento firmatum. & maiorem autoritatem ac fidem ei tribuere uidetur maiestatis ipsa Prætoris.

Sed certè quantum testis huiusmodi autoritatis acquirit, ex calore iudicij tantùm leuitatis contrahit ex contrario testimonio, extra iudicium prolato; ita vt videatur neutri testimonio fidem esse habendam.

Nam argumentum probat: si credendum sit alteru tri testimonio, vel iudiciali, uel extraiudiciali, magis credendum fore iudiciali, quia dignius est, firmius, ac maiori cum deliberatione prolatum: Sed difficultas est, an sit ambobus testimonijs fides subtrahenda propter contrarietatem.

Concludo ego totam hanc rem boni viri, hoc est, Iudicis arbitrio esse dirimendam, argum. l. 3. §. Tu magis, l. Ob carmen, §. 1. ff. de testibus.

CA-

A

CAPVT LXXXVI.

Vtrum ſciens coniurationem contra Principem vel Rempub. & non eam reuelans, puniendus ſit.

HAec eſt celebris illa iuris quæſtio, olim inter Bartolum & Baldum controuerſa, in qua complures dixerunt, animam Bartoli in inferno cruciari, non ſatis, vt exiſtimo, conſideratè ac prudenter. Docuit Bartolus, ſcientem & non reuelantem crimen contra Principem committendum, puniri debere, eadem pœna mortis, in l. Vtrum, ff. ad l. Pompeiam de Paricid. & alibi. Baldus autem reſpondit, tunc puniendum fore qui conſcius eſt; cùm probare potuit verum eſſe quod ſciebat.

Atque hinc controuerſia orta eſt, ac diſputatio inter Bartoli ac Baldi ſectatores, an indiſtinctè puniendus ſit is, qui ſciuit & non reuelauit, an verò cum hac diſtinctione, ſi delictum probare potuit. Autores vtriuſq; ſententiæ recenſet latè Antonius Gabrielius, libr. ſeptimo, Communium Concluſionum, titulo de Maleficijs, Concl. 37. & poſt eum Iulius Clarus quæſtio. 87. & nouiſſimè poſt hos Menochius, de arbitr. judicum Caſu 355.

Pro diſtinctione adſertur primò text. in Clem. 2. de hæreticis, in illis verbis: *Quod ſi taliter ea ſciuerint, ut ea probare valeant, ſi ſit opus hæc prælatis inquiſitorum, commiſſariorum eorundem, ad quos id pertinebit, nunciare id ſollicitè debeant.*

Secundò, adſertur lex Noſtris, 8. C. de calumniator. ibi. *Quòd poſt hac ſinguli vniuerſique cognoſcant, non licere in eo, quod non poſſit oſtendi iudicium animos commoueri.*

Tertiò, adſertur l. 3. C. ad. l. Iul. Maieſt. vbi: *Si quis alicui maieſtatis crimen intenderit, ſi alijs manifeſtis indicijs accuſationem ſuam non potuerit probare, cum eo qui huiuſmodi temeritatis reus deprehenditur, illum quoque tormentis ſubdi oportet.* Nemo autem in tale periculum, vt torqueatur, tenetur ſe ſubijcere, Ergò nemo tenetur crimen læſæ Maieſtatis detegere, ſi illud probare non potuerit.

Fundamentum verò contrariæ ſententiæ, quę non admittit hanc diſtinctionem, poſitum eſt in legibus, quibus dicitur conſcios puniri, nec id adijcitur, ſi videlicet probare potuerit, & non ſolùm in crimine læſæ Maieſtatis, ſed etiam in alijs criminibus, atrocibus tamen, l. Quiſquis, §. Id quod, C. ad l. Iul. Maieſta. l. Si fortè, ff. de pœnis, ibi. *Magiſque eſſe puniendos qui tamdiu conticuerunt, quod pro ſalute Principis habere ſe dicere iactant.* l. 2. l. Vtrum. ff. ad l. Pompeiam de Parricidijs, l. 1. §. Occiſorum, ff. ad Syllan. l. Vnica, C. de raptu virginum.

Placet mihi in hac controuerſia diſtinctio communiter recepta ex Alciato ad l. 4. §. Caro, in 4. not. ff. de verbor. oblig. & Cagnolo in l. Culpa caret, num. 21. de regul. iuris; diſtinguendum eſſe inter accuſationem, ac ſimplicem denunciationem. Neminem teneri accuſare de crimine læſæ Maieſtatis alium, licet ſciat illũ reum eſſe, niſi id probare poſſit: Et ita accipiendam eſſe l. 3. C. ad l. Iul. Maieſt. quæ reuera de accuſatore loquitur, quemadmodũ etiam loquitur l. Noſtris, C. de calumniat. & omnia alia ſimilia iuris loca, ſi quæ adſeruntur pro diſtinctione illa, in his terminis accipienda ſunt. Cæterùm, denunciare ſimpliciter Principi vel Reip. vt caueat: nec ſe ad probandum adſtringere, ad inſtar accuſatoris omnes qui ſciunt teneri, quod ſanè probãt leges allatæ contra diſtinctionem: & ratio iuſtitiæ etiam dictat: atque ita ſentio.

CAPVT LXXXVII.

Maleficorum bona ſint ne confiſcanda.

INter viros doctos iuriſque peritos controuerſum vidi, an Maleficorum bona confiſcanda ſint. Mouet, quoniam inter omnes conſtat, crimen hoc admixtam quandoque hæreſim habere, Ergo eiſdem, quibus hæreſis pœnis coercendum videtur, ut poſt Grilandum ab eo citatum, dicebat Menochius de arbit. iud. Caſu 388. nu. 4. Clarum autem eſt, hæreticorum bona eſſe confiſcanda, etiam filijs exiſtentibus, ex Auth. Gazaros, C. de hæreticis, & c. Vergentis, de hæreticis, vbi ſummus Pontifex rationem adfert, dicens: *Cùm enim ſecundum legitimas ſanctiones reis læſæ Maieſtatis punitis capite, bona confiſcentur eorum,*
B *filijs ſuis vita ſolummodo ex miſericordia conſeruata, quantò magis qui aberrantes in fide verum Dei filium Ieſum Chriſtum offendunt, à capite noſtro, quod eſt Chriſtus, Eccleſiaſtica debent diſtrictione præſcindi, & omnibus bonis temporalibus ſpoliari, cùm longè ſit grauius æternam, quàm temporalem lædere maieſtatem?*

Verùm illis nil morantibus, exiſtimo, in hoc crimine, quod Maleficium vocamus, locum non eſſe bonorum confiſcationi, niſi vt infrà dicam, quod & Binſfeldius docuit de Confeſſionibus Maleficorum, in 12. Præludio. Quod ſanè intelligo deſcendentibus vel aſcendentibus extantibus vſque ad tertium gradum, ſecundum Iuſtiniani Nouellam 134. §. vlt. tit. de Vicarijs & locum tenentibus, vel ſecundum veterem tranſlationem in auth. Vt nulli iudicum, §. vlt. Vel etiam fratribus & collateralibus extantibus vſque in tertium gradum, vt in Authen. Bona damnatorum, C. de bonis damnatorum, ſecundum tamen ea quæ
C dixi lib. 1. cap. 35. in 1. parte Controuerſ.

Iſtis extantibus, vt dixi, non puto locum eſſe confiſcationi; in crimine iſto quod Maleficium dicimus, & moueor ex dicta Iuſtiniani Nouella, in qua pœnam confiſcationis ſuſtulit, excepto crimine læſæ Maieſtatis: *Sancimus,* inquit, *eos qui in criminibus accuſantur, in quibus leges mortem aut proſcriptionem definiunt: ſi conuincantur aut condemnentur: eorum ſubſtantias non fieri lucrum Iudicibus, aut eorum officijs, ſed neque ſecũdum veteres leges fiſco eas applicari: ſed ſi quidẽ habeant deſcendentes, & aſcendentes vſque ad tertium gradum eos habere, &c. In Maieſtatis vero crimine condemnatis veteres leges ſeruari iubemus.*

Ex hac Nouella habemus ſublatam eſſe confiſcationem in crimine Maleficij, quia ſolùm crimen Maieſtatis excipitur. Olim pœnam confiſcationis habuiſſe locum in Maleficos certum eſt, quia Malefici pœna
D mortis afficiebantur, l. 2. 3. 4. 5. 6. & toto ferè tit. C. de Malef. & Mathematicis; conuenienter legi diuinæ: *Maleficos non patieris viuere.* Exodi 22. in conſequentiam autem pœnæ mortis bona confiſcari ſolita, docet l. 1. ff. de bonis damnator.

Cùm igitur à Iuſtiniano ſublata ſit confiſcationis pœna in omnibus criminibus, excepto Maieſtatis crimine, & cõſequenter etiam in crimine de quo agitur, ſi videlicet extent deſcendentes vel aſcendentes, vt dixi; videtur mihi ex hoc loco argumentum fortiſſimum oriri; non eſſe confiſcanda bona maleficorum, ſi liberos vel aſcendentes ſuperſtites relinquant. Nam nullibi video contrarium eſſe conſtitutum, vel iure Canonico, vel Ciuili, poſt Iuſtinianum; nec nos munere legiſlatoris fungi oportet, ſed Interpretis atq; Doctoris.

Non obſtat quod dicitur de hęreſi, quandoque huic crimini admixta, nam concedo admixtam quandoque eſſe, & Sortilegia ac Maleficia nonnunquam hæreticalia eſſe, vt docet c. Accuſatus, §. Sanè, de hæreticis, lib. 6.

lib.6.sed oego idem tunc esse statuendum, quod de ip sa hæresi constitutum est. Nego tunc puniendaesse Maleficia eodem modo quo hæresis punitur: atque id asseuerantibus nequaquam assentior, donec id melius ostenderint.

Nam Malefici comburi solent iuri & rationi conuenienter: vt dixi: Nec si pœnitentiam agant, ad Deum reuertentes, diabolicis eiuratis commercijs, eis ignoscitur; sed puniuntur, vt notum est, tam ex Caroli V. Constitutionibus, quàm etiam iure communi; Pœnitentia enim post commissum delictum, non excusat à pœna, leg. Qui ea mente, ff. de furtis, tradit Clarus quæst. 16. vers. *Item quæro*, & quæst. 60. vers. *Fin quandoque interrogatus*.

Sed in crimine hæresis aliter est constitutum; Nam si hæreticus peniteat, & velit abiurare suam hæresim, ac reuerti ad fidem Catholicam, congruamque exhibere satisfactionem, pœnas iure impositas hæreticis, euitat, cap. Ad abolendam, de hæreticis, & est communis omnium sententia, Claro teste in §. Hæresis, vers. Sed quæro.

Si ergò Malefici puniendi sunt, vt hæretici, consequens est eis pœnam mortis remittendam, post congruam penitentiam & satisfactionem, consequenter etiam pena confiscationis bonorum, sicut hæreticis remittitur. Sed Maleficis constat pœnam non remitti etiam penitentibus, Ergò nō sicut hæretici puniūtur.

Dices, Maleficis pœnitentibus pœnas non remitti, quia non sunt simpliciter hæretici, sed quandoque homicidia committunt, & multa damna inferunt contra bonum publicum, & pacem; sed quatenus hæretici sunt, remitti eisdem pœnas posse legitimè pœnitentibus: sicut alijs hæreticis remittuntur. Consequenter si non pœniteant, esse puniendos etiam confiscatione bonorum, sicut in hæresi constitutum est.

Respondeo, id verissimum esse; & rectè dici ac concludi posse; Si Maleficium hæresim sapiat manifestè, quo casu hæreticæ prauitatis inquisitores cognoscere posse docet tex. in c. Accusatus, §. Sanè, de hæret. lib. 6. & si Maleficus nō pœniteat, sed obstinatus perseueret in eo crimine; sanctissima Ecclesiæ Sacramenta recipere nolit, nec peccata confiteri, tùc sicut viuus comburi debet, vt & hæretici comburuntur, vide Binsfeldium de confess. malef. in 7. Concl. Dubio 4. post Couuar. lib. 2. Variar. resolut. c. 10. nu. 10. ita etiam confiscari potest, atque adeò bona ei possunt auferri, rectè & legitimè etiam filijs extantibus, vel ascendentibus, sicut & hæreticis auferuntur.

Sed cùm Maleficus ad Deum reuertitur & confitetur, ac recipit Ecclesiæ Sacramenta, pœnitetque anteactæ vitæ, non puto eius bona esse infiscanda, si ascendentes vel descendentes vsque ad tertium gradum relinquat; sicuti nec hæreticis confiscantur pœnitentibus, vt dixi.

Obiter autem notandum est, in hoc proposito comburendi Maleficos, Constantinum in l. 6. C. de malef. & Mathematicis illis verbis, *feralis pestis absumat*, hoc supplicij genus intellexisse; quod obseruauit Petrus Faber, vir eruditissimus, lib. 2. Semestrium, c. 7. in fine, adducto Pauli testimonio, lib. 5. Sentent. ca. 23.

Quibus ita se habentibus, tres Conclusiones ex dictis possunt excipi. Prima, Maleficorum bona confiscanda esse, si nullos ascendentes uel descendentes vsque ad tertium gradum relinquant, siue hæresis admixta sit, vel non.

Secunda, non esse confiscanda, si relinquant ascendentes vel descēdentes vsque in tertium gradum, vbi Maleficium hæresim admixtam non habet.

Tertia, vbi crimen habet hæresim admixtam, distinguendum esse, vtrum Malefici pœnitueant, & abiurata hæresi ad fidem Catholicam reuertantur, congruamque satisfactionem exhibeant, an verò obstinati sint,

A & non pœniteant, priore casu pœnam confiscationis, quæ tanquam hæreticis imponeretur, remittendam esse. Posteriore casu non item, licet ascendentes vel descendentes vsque in tertium gradum extent.

CAPVT LXXXVIII.

Testimonium socij criminis an faciat indicium ad inquisitionem, in casibus non exceptis.



CVm vtroque iure constitutum sit, de se confessos ne interrogari quidem de aliorum conscientia posse, l. vlt. C. de accus. cap. 1. de confessis, existimo ego si interrogētur, nullum eos facere indicium, ad inquisitionem, quandoquidem nullum sit hoc testimonium contra legis præscripta prolatum, ex reg. l. Non dubium, C. de legib.

B Atque ita docuerunt Fulgosius, consi. 136. & consil. 173. Decius, consil. 189. nume. 8. Ruinus, consil. 146. nume. 8. 9. & 147. num. 2. lib. 5. Iason, consil. 22. nume. 1. lib. 1. Gozadinus, consi. 2. nume. 21. Marsilius, Pract. crim. §. Diligenter, nume. 67. Boerius, quæstio. 319. num. 1. Grammaticus, coof. 21. num. 1. & cons. 38. num. 20. Menochius, de arbitr. Casu 474. num. 24.

Sed contrarium respondetur Baldus, in consil. 95. lib. 1. Blancus de indicijs, num. 389. qui eiusdem sententiæ commemorat Hostiens. Ioan. Andr. Panorm. & Anchar. in c. 1. de confess. Clarus, q. 21. vers. Reperta igitur, Bossius malè pro contraria sententia citari solitus, tit. de indicijs, num. 182. nouissimè Ludouicus à Peguera, decis. Cathaloniæ, 5. post num. 30.

Fundamentō est, quia omnis denunciator, quantūuis infamis ac vilis, indicium facit ad inquisitionem. Adsertor etiam Glos. 10 cap. Interrogatum, 2. q. 5. quæ adducit text. in c. Significasti, de adult.

C Sed & Baldus citauit in hanc rem l. Qui vltimo, ff. de pœnis, in fine, & non desunt qui pro hac sententia inducunt tex. in d. c. 1. de confessis.

Hæc omnia sic expedio. Nego quemlibet testem infamē ac vilem de iure indicium esse legitimum ad inquirendum. Sīdē facto ita seruatur, nil ego id moror.

Aio tex. in cap. Significasti, de adult. nihil ad rem facere, nec tex. in l. Qui vltimo, Nam vltima uerba quibus Baldus nititur hæc sunt: *Sæpè etiam ideo seruari solent post damnationem, vt ex his in alios quæstio habeatur.* Intellige in casibus à iure permissis, vt exponit ibi Gl.

Nego rectè induci ad hanc rem tex. in c. 1. de confessis: quia apertè dicit, de se confessum non posse de alijs interrogari: Et licet postea subijciat. *Si tamen eos sufamata huiusmodi laborare cognouerit funditus eis, & c. purgationem iniungas*, tamen hinc non rectè colligitur, sociū criminis indicium fecisse ad inquisitionem. Potuit

D enim fama aliundè oriri, quàm ex socio criminis.

Nam & nos fatemur, si alia inditia adsint, iudicem rectè inquisitionem incepturum.

CAPVT LXXXIX.

Mendacium rei examinati, an sit indicium ad torturam sufficiens.



MEndacium rei à Iudice examinati esse indicium ad torturam sufficiens, complures asseruerunt, Bartolus in l. De minore, §. Plurimum, nom. 3. & in l. vlt. num. 3. ff. de quæst. Romanus consil. 8. num. 4. Angelus de Maleficijs, in uersi. Fama publica, nume. 105. Marsilius, §. Diligenter, num. 74. Socinus senior, cons. 54. num. 13. lib. 3. multos alios citat Menochius de Præsumpt. lib. 1. q. 89. num. 67.

Fundamentum est primò io l. De minore, §. Tormenta,

menta, ff. de quæst. illis verbis; *Nam & ex sermone, & ex eo qua quis constantia qua trepidatione quid diceret, vel cuius æstimationis quisque in Ciuitate sua est, quadam ad illuminandam veritatem in lucem emergunt.* A

Secundò in l. Vnius, §. Testes, ff. eo. tit. vbi Iurecon sultus: *Testes torquendi non sunt conuincendi mendacij, aut veritatis gratia, nisi cum facto interuenisse dicuntur.*

Tertiò in c. Litteras. de Præsumpt. illis verbis: *Nos verò prædictum G. suspectum de hæresi vehementer habuimus: tum quia quod antè dixerat, postea se dixisse negauit: tum quia vel mendacium prius dixit in fratrem, asserendo illum hæreticum, vel periurium postea commisit in Deum, purgando eum de hæresi,* &c.

Sed contrarium responderũt complures alij, Grammaticus, consi. ciuili, 59. nu. 8. & Voto 30. nu. 16. Ioannes de Amicis, consi. 234. nu. 3. alios citat Menochius vbi supra.

Fundamentum est, quia hoc inditium valde remotum est, & potest esse mendaciũ in re leui, & quæ non pertineat ad substantiam negocij de quo agitur. Item, quia licet contraria dicere propter salutem, arg. l. Nemo, ff. de except. & l. 1. ff. de bonis eor. qui sibi mortem B consci.

Tertia est sententia Blanci in tract. de inditijs, nu. 269. Aut contrarietas rei ex qua mendacium oritur, est circa ea quæ pertinent ad ipsius defensionem, aut circa alia. Posteriore casu mendacium est inditium ad torturam, Priore non item.

Quarta est sententia Iulij Clari, q. 21. versi. Mendacium, hanc rem arbitrio prudentis iudicis esse committendam, quia legibus definita non est.

Et huic postremæ sententiæ magis est vt assentiar. Prudens ergo Iudex considerabit omnes facti & personarum circumstantias, & mendacij qualitatem diligenter expendet: & aliquando reum torturæ subijciet aliquando non subijciet, prout ei magis videbitur æquum.

Nil moror quæ pro sententia priori adferuntur, Nã l. De minore, §. Tormenta, non dicit ob mendacium torquendum esse reum; Nec id etiam dicit l. Vnius, §. C Testes, loquitur enim de teste contraria dicente, qui proculdubio torquendus est ad eruendam veritatem, de reo principali non loquitur.

Nihil etiam obstat c. Litteras, de Præsump. quia fateor in ea facti specie reum fuisse torturæ subijciendum, quia graues erant suspiciones contra eum, ex periurio, & mendacio, & erat mendacium respiciens substantiam negocij: agebaturque de crimine grauissimo. Non sic est statuendum temerè in omnibus casibus, in quibus reus mendacij conuincitur: sed totum arbitrio prudentis Iudicis committendum.

Nihil etiam mouet quod pro altera sententia adfertur, licere cuipiam pro salute contraria dicere. Nam l. Nemo, ff. de except. loquitur de reo, cui permissum est diuersis vti exceptionibus; non rectè ex hoc infertur licere reo à Iudice examinato mentiri, aut si mentiatur, non rectè interdum conijci, mendacem reum D delictum commisisse. Nihil etiam obstat l. 1. ff. de bonis eor. qui mortem sibi cõscii. quia non sequitur, licet cuilibet quacunque ratione sanguinem suum redimere, ergò & mentiri, & ex tali mendacio torqueri reus non potest.

CAPVT XC.

Assertio vulnerati in articulo mortis, an faciat indicium ad torturam.

AFfirmant indicium esse ad torturã sufficiens, vulnerati assertionem in mortis articulo, Angelus in l. Si quis in graui, §. si quis moriens. ff. ad Syllan. Marsilius Singul. 5. 16. Grammaticus consi. 57. nu. 13.

Fundamentum est, quia nemo præsumitur esse immemor salutis æternæ, præsertim mortis tempore, l. vlt. C. ad l. Iul. repetund. Consequenter non præsumitur mentiri, & alicui velle iniuriam facere; quinimò experientia docet plerunque tempore mortis eos, qui malè vixerunt ad Deum conuerti; & mandare vsuras malè extortas restitui, & alia facere, quæ ad animæ salutem pertinent.

Negant Alex. consi. 14. nu. 5. lib. 3. Iason, in l. 1. nu. 10. Comm. de legatis. Petrus Placa, in epitome Delictor. lib. 1. c. 13. nu. 15. Clarus. q. 21. vers. Assertio vulnerati, Menochius de Præsumpt. lib. 1. q. 89. nu. 79.

Fundamentum est in d. l. Si quis in graui, §. Si quis moriens, ff. ad Syllan. vbi Vlpianus: *Si quis moriens dixisset a seruo vim mortis sibi illatam esse, dicendum est, non esse credendum domino, si moriens hoc dixit, nisi potuerit & probari.*

Huic posteriori sententiæ calculum adijcio lubens, quia vsu forensi recepta est, & satis probabili nititur argumento. Si enim talis assertio morientis præstaret argumentum sufficiens ad torquendum, id Vlpianus non reticuisset: nec tam latè & absolutè non esse credendum pronunciasset.

Ad argumentum respondeo, non esse quidem præsumendum morientem velle mentiri: Veruntamen nec quempiam esse quæstionibus subijciendum, nisi certis argumentis, & indicijs Iudex ducatur, l. Milites, §. Oportet, C. de Quæst. Non est autem satis certum ac probabile hoc indicium ex assertione morientis, vt patet ex d. §. Si quis moriens.

CAPVT XCI.

Stante statuto quo fur pro tribus furtis suspendi iubetur, an si committat vnum tantum furtum, sed magnum, eadem pœna plectendus sit?

FVrem laqueo suspendi oportere pro trib. furtis sæpè Constitutionib. cauetur prouincialibus: sed tunc in controuersiam vocatur, an & furca suspendendus sit propter vnum maximum furtum?

Affirmant Baldus in Auth. Sed nouo iure. C. de seruis fugitiuis. Angelus de Maleficijs, in vers. *Et vestem cœlestem*, nu. 13. Panorm. in c. Inter alia, nu. 31. de Immun. Eccles. & hanc sententiam in Hispania consuetudine receptã testatur Diaz. in Pract. Crim. c. 84. & in regno Cathaloniæ Ludouicus a Peguerra, dec. 27. n. 8.

Fundamentum est in l. Si is qui tres, §. vlt. ff. de excusatio. tutor. vbi dicitur, sicut tria onera tutelarum excusant a tutela, ita & vnam tutelam magnam excusare, quæ scilicet magnum & amplum patrimoniũ continet. Itẽ, quia in atrocioribus permissum sit iura transgredi, arg. l. 1. C. de precibus Imp. offer. & l. Si quis filio exhæredato, §. Hi autem omnes, ff. de iniusto rupto & irr. testam.

Non placet, nec sententia, nec fundamentum eius. Nam quis non videt hæc esse longè dissimilia? tres tutelæ excusant, & vna magna fungitur vice trium tutelarum, quia tutor æquè in illa vna occupatur, atq; in tribus tutelis paruis, aut mediocribus. Sed alia ratio est statuti punientis tria furta pœna mortis. Namque illud proculdubio respicit ad furandi consuetudinem iterationemque delicti: quare in vno licet magno furto talis consuetudo non apparet, ac delicti iteratio.

Illud uerò brocardicum nil moratur, in atrocioribus permissum esse iura transgredi, scilicet id uerum est, concurrentibus ijs facti circumstantijs, quæ commemorantur in legibus allegatis. Alijs in casibus seruandæ sunt leges, nec cuiquam permissum est eas transgredi.

Contrariam igitur sententiam verbis statuti consentaneam & rationi magis probo, quàm probarunt Aretinus, Salycetus, Fulgosius Castrens. in d. Auth. Sed nouo iure, C. de seruis fugitiuis. Antonius Gomes. tit. de furtis, num. 7. Rolandus à Valle, consil. 51. num. 43. lib. 1. Farinacius tit. de Delictis & pœnis, qu. 23. num. 3.

CAPVT XCII.

Vtrum fures, qui de se confessi sunt, possint interrogari de socijs?

FVres, qui de se confessi sunt, interrogari posse de socijs & receptatoribus, docuit expresse Bartolus, in l. Repeti, §. Is qui, ff. de quæst. quem secutus est Alexander in cons. 69. num. 8. lib. 2. Ludouicus à Peguera, decis. Cathaloniæ 37.

Fundamentum est in l. Diuus, ff. de custodia, & exhib. reor. illis verbis: *Sed & caput mādatorum extat, quod Diuus Pius, cùm Prouinciæ Asiæ præesset, sub edicto proposuit, vt Cirenarchæ cùm apprehenderint latrones, interrogēt eos de socijs & receptatoribus*, &c.

Adsertur in eandem sententiam l. Prouinciarum, C. de ser. js. Sed non hoc dicit. Item ratio hęc adsertur, quia congruit officio Præsidis expurgare Prouinciam malis hominibus, ac proinde interrogare debet furem de socijs, cum præsertim talia furta sunt, quæ sine socijs committi non solent, vt scilicet alij quoque puniantur.

Contrarium respondit Marsilius, consil. 22. nu. 17. Rolandus à Valle, consil. 51. num. 26. lib. 1. & ante eos Salycetus, in l. vlt. C. de accusation.

Fundamentum est in l. Repeti, §. 1. ff. de quæstio. & in l. vlt. C. de accusatio. quibus legibus apertè constitutum est, de se confessos, interrogari non posse de alijs; Et idem habetur in cap. 1. de confessis. Et licet aliqua excipiantur crimina, tamen crimen furti exceptum non est.

Ego puto opiniones conciliari posse hoc modo, ut prior locum habeat in latronibus: Sic enim apertè loquitur l. Diuus. Posterior autem in furibus, de quibus id cautum non est. Ita Federicus Scotus in consil. 1. num. 45. lib. 3. tomo 2. & Menochius de arbitr. Casu 474. nu. 20. quę sententia mihi quoq; placet. Latrones distinguuntur à furibus, in l. Cum duobus, §. Damna, ff. pro socio. Sunt latrones grassatores, raptores, prædones, marum obsessores. Fures autem qui clam abripiunt, vt notum est. De latronibus scriptum est in l. Diui, §. Latrones, ff. de pęnis. Latrones famosos furca suspendi oportere in locis, vbi grassati sunt. De furibus extat Iustiniani Constitutio, in hæc uerba: *Pro furto autem nolumus quodlibet membrum abscindi aut mori, sed aliter eum castigari.* Nouella 134. circa finem, siue ex Iuliani translatione in Authent. Vt nulli Iudicum, §. ult. Ex quibus apparet, latum esse discrimen inter fures & latrones. Quare id, quod de latronibus cautum est, non est ad fures producendum. Nec mouet, quod dicitur Præsidis officio congruere, ut malis hominibus prouincia expurgetur; Nam id debet curare & exequi secundùm modos iure permissos. Iura autem non permittunt eos qui de se confessi sunt, de alijs interrogari, nisi in criminibus exceptis. Inter crimina uerò excepta furtum non cōtinetur, sed latrocinia: Ergo manear hæc distinctio inter fures, & latrones.

A

CAPVT XCIII

Homicida ex proposito & animo deliberato, an gaudeat Ecclesiastica immunitate, si confugiat ad Ecclesiam.

GRauis sanè ac difficilis disputatio hæc est de homicidis ex proposito, siue vt vocāt animo deliberato, an gaudeant Ecclesiastica immunitate. Variè enim iuris interpretes hac de re constat & sensisse & docuisse, vt videre licet ex Alex. cons. 145. lib. 7. Boerio dec. 109. Guidone Pap. dec. 121. Couuar. Variarū resolut. lib. 2. cap. 20. Iulio Claro, q. 30. ver. Punctus est. D. Tiberio Deciano in tract. criminali, lib. 6. capit. 28. nu. 15. tomo 2.

Fundamentum eorum, qui putarunt non gaudere, est in Nouella Iustiniani de mandatis Principum, §.

B Neque, vbi Iustinianus: *Neq; autem homicidis, neq; adulteris, neq; virginum raptoribus, delinquentibus terminorū custodies cautelam, sed etiam inde extrahes, & supplicium eis inferes. Non enim talia delinquentibus parcere competit*, &c. *Deinde templorum cautela non nocentibus, sed lasis datur à lege*, &c.

Fundamentum autem eorum, qui putarunt gaudere illos immunitate Ecclesiarum, est in c. Inter alia, de immun. Eccles. vbi S. Pontifex respondit: *Si liber quantumcunque grauia maleficia perpetrauerit, non est violenter ab Ecclesia extrahendus, nisi publicus latro fuerit, vel nocturnus depopulator agrorum*, &c.

Ad Nouellam Constitutionem Iustiniani respondent illam spectandam nō esse, sed Ius Canonicum, quia immunitas hæc respicit Ecclesiarum fauorem & priuilegia, de quibus S. Pontifex liberam habet disponendi facultatem, non autem Imperator.

Et nominatim de homicidis, quod ab Ecclesia non

C sint extrahendi, probatur in c. vlt. de immun. Eccles. quoniam ibi S. Pontifex respondit, eos qui in ipsis Ecclesijs vel alijs Cœmeterijs homicidia committere nō verentur sub spe immunitatis Ecclesiarum, non debere gaudere immunitatis priuilegio. Ex hoc enim probatur homicidas alioqui gaudere Ecclesiarum immunitate: si enim nunquam gauderent Ecclesiarum immunitate, frustra ij exciperentur, qui talia committunt, sperantes se per Ecclesiam, ad quam confugerint, defendi.

Sed rursus qui priorem tuentur sententiam, quæ negat hos immunitate gaudere, adferunt ex Iure Canonico textum in cap. 1. de homicidio, vbi dicitur: *Si quis per industriam occiderit proximum suum, vel per insidias, ab altari meo euelles eum, ut moriatur.*

Sic enim textum accipiunt, vt velit eos, qui animo deliberato aliquem interficiunt, non gaudere immu-

D nitate Ecclesiarum, hocque indicare illa uerba, *per industriam.*

Contra uerò alij contrariæ sententiæ propugnatores eundem textum perpendunt; & retorquent, existimantes hoc uelle, homicidas extrahendos esse ab Ecclesia, quoties proditio interuenerit, quod significari dixerunt insidiarum nomine: Proditionis autem species multas Felynus commemorat in Commentarijs d. c. 1.

Et dato quod proditionis Qualitas necessaria non sit, insidias tamē requiri asseuerant: Quare si quis absque insidijs animo licet præmeditato, hoc est, dolosè, & ex proposito aliquem occiderit, illis uerbis, nequaquam contineri opinantur.

Ego existimo, priorem sententiam, quæ negat istos gaudere immunitate Ecclesiarum, probabiliorem esse.

Primò, quia iuri Ciuili consentanea est, quo certū est homicidis hanc immunitatem esse à Iustiniano adem-

ademptam. Licet enim Ius Canonicum spectandum sit, & Iuri Ciuili præferendum, tamen nullibi quicquam expressè constitutum apparet Iure Canonico, contra Imperatoris legem, & nota est omnis iuris Pōtificij ac Cæsarei cōcordia, nisi contra sit expressè cautum, vt in c. 1. & 2. de noui ope. nunciat.

Secundò, quia tex. in cap. 1. de homicidio, immunitatem hanc ei adimit, qui per industriam occidit. Occidere autem per industriam is videtur, qui ex proposito, & animo (vt vocant) deliberato ac præmeditato occidit. Nihil est enim aliud, per industriam aliquid facere, quàm dedita opera, & ex proposito.

Tertiò, quia is qui animo deliberato quempiam vult occidere, & occidit, sine dubio vitæ illius insidias parat, tempus scilicet & locum expectans, vt eum cōmodè aggredi & occidere valeat.

Quartò, quia hæc est sententia text. in d. ca. 1. de homicidio, euellendum esse ab altari eum, qui ex proposito hominem occiderit. Id ita demonstro: Sumitur ex cap. 21. Exodi, vbi sic habetur: *Qui percusserit hominem volens occidere, morte moriatur. Qui autem non est insidiatus, sed Deus illum tradidit in manus eius, constituam tibi locum, in quem fugere debeat. Si quis per industriam occiderit proximum suum, & per insidias, ab altari meo euelles eum, vt moriatur.*

Primò loquitur de eo, qui volens, hoc est, ex proposito, vt nunc loquimur, occidit, & iste debet mori. Secūdò de eo, qui non est insidiatus, id est, qui non ex proposito occidit: & iste gaudet immunitate. Tertiò, quia poterat dubitari, an primus, qui scilicet volens occidit proximum suum, per industriam, & insidias, immunitate gauderet, ibi respondetur, non gaudere.

Id clarius confirmari potest ex Deut. c. 19. vbi sic dicitur: *Qui percusserit proximum suum nesciens: & qui nullum contra eum odium heri aut nudius tertius habuisse comprobatur, ad vnam trium vrbium cōfugiat & viuat.* Postea sic dicitur; *Si quis autem odio habens proximum suum, insidiatus fuerit vitæ eius, surgensq́, percusserit illum, & mortuus fuerit, & aufugerit ad Ciuitatem perfugij, mittent seniores, & eripient eum de loco effugij.*

Quibus verbis apparet, ignorantiam opponi insidijs: & quod in Exodo dicitur, qui non est insidiatus, in Deuteronomio dicitur, qui percusserit nesciens. Quod in Exodo dicitur: *Qui percusserit volens*, in Deuter. dicit: *Si quis odio habens, insidiatus fuerit.* Ex quo apparet, nihil aliud esse insidias & industriam, quàm voluntatem deliberatam occidendi.

Quintò, quia ita hanc rem explicarunt magis communiter Doctores, ut testatur Couuar. loco superiùs annotato, nu. 7. vers. *In his profectò casibus.* licet ipse cōtrariam sententiam fuerit amplexus.

Sextò, quia sic exponunt locum Exodi Abulensis, & alij apud Lippomanum in Catena, vbi scribit, secundum Septuaginta Interpretes, hanc esse sententiā d. ca. 21. Exodi: *Si quis autem proximum suum fuerit aggressus, vt occidat, & fugiat*, &c.

His non obstat c. Inter alia, de immun. Eccles. etsi enim eo in loco non excipiantur homicidæ ex proposito, de quibus nunc disputamus, tamen excipiuntur in d. c. 1. de homicidio, secundùm veriorem & communiorem interpretationem.

Similiter, nec obstat c. vlt. eo. tit. Etsi enim ex eo textu inferri possit, homicidas regulariter immunitate Ecclesiastica gaudere; tamen id non expressè ibi dicitur: sed colligi potest argumentis tantùm & coniecturis; Argumenta verò & coniecturæ, non ualent aduersus claros textus, & alia manifesta loca. Quinimò decet obscuriora loca ex clarioribus lumen accipere, ac interpretationem.

Præterea, concedimus, homicidas gaudere Ecclesiastica immunitate, si non ex proposito animoq; deliberato crimen admiserint, & hoc inferri potest ex d. c. ul.

Posset etiam probabiliter addi, eum qui homicidiū commisit, & statim ad Ecclesiam confugit, videri illud commisisse spe fretum immunitatis Ecclesiæ, ac proinde eo priuilegio indignum censeri, vt in d. c. vlt. Namque ita esse præsumendum in dubio, scriptum reliquerunt Alciatus de Præsumpt. reg. 3. Præsumpt. 33. Menoch. de Præsumpt. lib. 5. Præsumpt. 10. in fine.

CAPVT XCIV.

Quid sit merum Imperium.



VLpianus: *Merum Imperium est, habere gladij potestatem, ad animaduertendum in facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur*, l. 3. ff. de iurisd. om. iud.

Controuersia est, an sit hæc vera Definitio siue Descriptio meri Imperij, an verò exemplum aliquod ipsius meri Imperij, & quidem antiqui Glossatores docuerunt, exemplum esse, non Definitionem vel Descriptionem generalem: Eandem sententiam secutus est Bartolus, & reliqui ferè omnes antiquiores, Angelo excepto, quibus uideri potest assentiri Cuiacius, lib. 21. Obseru. cap. 30. dum scribit, merum Imperium hic per exempla definiri, non autem exactè.

Angelus enim existimauit esse Definitionem meri Imperij, & hanc sententiam secutus Longanallius in Commentarijs d. l. 3. necnon Alciatus, lib. 2. Paradoxor. c. 7. Corasius, lib. 3. Miscellaneor. cap. 17. Duarenus in Commentarijs eiusdem legis, Gregorius Tholosanus in Syntagm. lib. 47. cap. 13.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia si Definitio esset, deberet constare ex Genere, & Differentijs, & conuerti cum suo Definito, sed hæc non conuertitur. Nam multa alia sunt meri Imperij præter gladij potestatem, ut puta, damnare aliquem in metallum, deportare, relegare, alijsque pœnis afficere, puta securi, laqueo, uel fustibus. l. Aut damnum, ff. de pœnis, Legem condere, creare tabelliones, spurios legitimos facere. Mitto enim ridiculum argumentum Cagnoli, de potestate puniendi etiam animalia ex c. Mulier 15. quæst. 1.

Fundamentum uerò posterioris sententiæ est; Primò, quia Vlpianus usus est uerbis denotantibus Definitionem meri Imperij, non autē exemplum aliquod, sic enim ait: *Merum imperium est*, &c. Secundò, quia in hac Definitione nil desiderari potest. Describit enim clarē, quid sit merum Imperium, nisi quis subtiliter nimis eam secundùm Dialecticorum regulas uelit examinare, quod si fieret, uix ulla esset Iurisconsultorum Definitio, quæ consistere ac defendi posset.

Hæc posterior sententia mihi quoque placet. Cùm enim Vlpianus dixit; Merum Imperium esse gladij potestatem, designare uoluit summam partem meri Imperij, quia plerunque hæc sola eripiendæ uitæ ratio permittitur ei qui habet merum Imperium, l. Aut dānum, §. 1. ff. de pœnis. Alioqui uerò omnem aliam grauiorem facinorum coercitionem complectitur, ueluti damnationem in metallum, deportationem, bonorum publicationem, l. Solent, ff. de off. Proconsulis, & Iudicij publici exercitationem lege delegatam, l. 1. ff. de officiis, cui mand. est iurisd. Est enim in summa merum Imperium coercendorum facinorum potestas, lege data atque finita. l. 5. C. qui non possunt ad libertatem peruenire.

Quæ omnia si rectè perpendantur argumenta, illud facilè dilui poterit, quo dicebatur multas alias pœnas vltra gladij pœnam ad merum Imperium pertinere. Hoc sciebat optimè Vlpianus, sed à digniori, & maiori parte voluit Definitionem sumere. Appellatur enim gladij potestas, l. Nemo potest, de reg. iur. l. Solet, ff. de off. Proconsul. sed tamen omnem aliam grauiorem

coercitionem continet, vt patet ex d.l. Solet, ibi: Nemo enim potest gladij potestatẽ sibi datam, vel cuius alterius coercitionis, ad alium transferre.

Multò verò minus obstat illud argumentum, quod veteres attulerunt, legem condere, creare Notarios, &c. ad merum Imperium pertinere; nec gladij potestate contineri. Nam & Alciatus, & Zasius, & alij recentiores rectè summaque ratione negant, hæc pertinere ad merum Imperium. Nec quisquam hactenus id probare aggressus est. Pertinent enim ad Principis iura & regalia, vt vocant, quæ Principi sunt reseruata, non autem ad merum Imperium, quod Magistratibus concessum est. Nec Senatus, & Præfectus Prætorio, legis condendæ potestatem habuit, ex eo quod merum Imperium haberet, sed propter summam dignitatem & autoritatem quam habebant; vt egregiè Zasius explicat in d.l.3.nu.16.

CAPVT XCV.

Quid sit mixtum Imperium.



Pparabo hic mensam ex alienis ferculis variarum epularum cupidis lectoribus: non sine apophoretis ex ære meo quæsitis. Eorum partes erunt, quæ magis placuerit accipere, omniaque boni consulere.

Vlpianus: *Mixtum Imperium est, cui etiam Iurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit*, l.3. ff. de iurisdictione.

Veteres hanc rem sic explicarunt communioribus suffragijs: Mixto Imperio inesse Iurisdictionẽ in specie sumptam, non in genere: Nam in genere sumpta Iurisdictio etiam mero Imperio inest: Eidem mixto Imperio inesse etiam Imperium merum, Imperij naturam participare, quia officio Iudicis nobili exercetur. Iurisdictionis autem, quia ad priuatam vtilitatem exercetur. Et ideo mixtum Imperium nil aliud esse, quàm Iurisdictionem, quæ officio Iudicis nobili tractatur, & ad priuatam vtilitatem spectat.

Post hos Alciatus lib.2. Paradox.cap.8. *Distinctionẽ eam nobilis & mercenarij officij apud veteres non obseruatam fuisse, sed Prætoris officium dici, quod in mixto Imperio versatur, idest, circa coercitionem vel executionẽ, quæ etiam in bonorum possessione danda necessaria erat, vt Parergon lib.4. ostendi.* (Est cap 3.lib.3. Parergon.)

Io. Coratius lib.3. Miscellaneor.ca.17. *Definitur mixtum Imperium ab Vlpiano, vt sit illud, cui Iurisdictio inest. Similiterq́; Papinianus hoc mixtum Imperium cohærere Iurisdictioni tradidit, in l.1.§.vlt.ff.de off.eius. Vtriusque autem Iurisconsulti verba ita me autore explicanda sunt. In pecuniarijs caussis, in quibus exercetur Iurisdictio, mixtum quoque versatur Imperium, quod non alio spectat, quam vt priuatorum controuersia finem accipiant, pertinaciaq́; & contumaciam temulositas ac proteruia compescatur, coerceaturq́; iure suo cuique conseruato, l.fin. de off. eius. & ita inhærere Iurisdictioni, eidemq́; subministrare mixtum Imperium dicitur. Manifestum quoque hinc fit, Imperiũ mixtum aliud esse nihil, quàm autoritatem & potestatẽ quandam decernendi, dandi, dicendi, addicendi, coercendi in pecuniarijs caussis, citra tamen litis controuersia decisionem. Tunc enim esset Iurisdictio, quæ tamen vt effectum habeat, faciliusq́; explicari possit, mixto Imperio ius dicenti vtitur, d. l.fi. Consistit autem propriè in dãda bonorum possessione mixtum Imperium, non item Iurisdictio; Licet enim ciuile sit negotium, quia tamen non inter duos ius redditur, sed vni petenti Prætor decernit, Imperio vtitur non Iurisdictione: quæ tum propriè consideratur, cùm inter litigatores ius dicitur: Est tamen præter dationem bonorum possessionis alia multa reperire, in quibus licet propriè mixtum Imperium non consistat, eiusdem tamen Imperij magis quam Iurisdictionis naturam redolent, l. Iubere, de Iurisdict.om.iud. &c.*

A Franciscus Duarenus lib. 1. Anniuers. Disput.cap. 53. *Notandum est Prætorem Romæ creatum fuisse, vt ius diceret in Vrbe de caussis negotijsq́; priuatis, non vt animaduerteret in facinorosos homines, quod nec Consuli quidem licuisse scribit Pomponius, tit.de orig. iuris lib.1. Pandect. Populus enim cuius summa potestas erat, quoties animaduersio necessaria videbatur, Quæsitores siue Quæstores constituebat, qui aduersus facinorosos inquirerent, idq́; extra ordinẽ, cùm nullo Magistratu fungerentur, vt ego plerisque refragantibus censeo, l.2. de orig.iur. Non tamẽ his finibus vsquequaque circumscripta fuit potestas huius Magistratus, vt nihil aliud quam iudicibus à se datis, ius æquitatemq́; præscriberet, quemadmodum diximus: Nam bonorum possessionẽ dare poterat secundum tabulas, vel contra tabulas restituere in integrum, modicè coercere, & alia quadam exequi, quæ in Imperio magis consistere videntur, quàm Iurisdict. l.1.l. Iubere, ff.de Iurisdict.l.2. de in ius vocand.l. En qua, ad Municipalem, vt constat ex Ciceronis orationibus in Verrem. Et* B *hoc quidem Imperium ideo dicitur mixtum, quia Iurisdictioni admixtum & coniunctum est, pertinetq́; omnino ad officium ius dicentis, adeò, vt quisque habet Iurisdictionem, idem hoc quoque Imperium habeat: & qui hoc Imperio vtitur, ius dicentis officio fungi existimetur, qua ratione transferri dicitur mandata Iurisdictione.*

Iacobus Cuiacius lib.21. Obseru. cap. 30. *Mixtum Imperium est potestas quæ iure proprio Magistratui competit l.1. de off. eius, vel cui Iurisdictio cohæret, adhæret, inest. Cuius in l.3. duo proponuntur exempla. Vnum, quod consistit in danda bonorum possessione honorarijs successoribus, namque ij tantum dare possunt bonorum possessionem secundum tabulas, vel contra tabulas: vel Vnde legitimi, vel quam aliam, qui Imperium mixtum habent. Dare bonorum possessionem est Imperij mixti, & Iurisdictionis, igitur vel Hermanopulo autore 2. Epit. tit.4. Alterum consistit in dando iudice, &c.*

Antonius Faber lib.4. Coniecturarum, cap.4. *Mixtũ* C *Imperium id esse scribit Vlpianus, cui etiã Iurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit, quibus verbis decepti veteres omnes, & quod magis mirum videri debeat, recentiores plerique iuris magistri existimarunt, Vlpiani sententiam illam esse, vt dare bonorum possessionem mixti sit Imperij, non Iurisdictionis. Alij qui id Iurisdictionem esse vident, neque negare possunt, nouam opinionem induxerunt, & mixti Imperij seu Iurisdictionis esse scripserunt, in quo errant longè grauius, mixtum Imperium cum Iurisdictione confundentes: neque fieri potest, vt hoc principio posito quicquam in eo tractatu intelligant: Etsi enim mixtum Imperium est, cui Iurisdictio inest, aliud tamen mixtum Imperium est, aliud Iurisdictio, neque mixti Imperij esse potest, quod Iurisdictionis est, aut contra. Dare igitur bonorum possessionem Iurisdictionis tantum est, non etiam Imperij mixti. Aut si datio bonorum possessionis Iurisdictionis non est, quid obsecro, Iurisdictionis esse potest? Omne siquidem ius, quod in danda bonorum possessione versatur, ex Prætoris edi*D*cto est. Et cum dici soleat Prætoris Iurisdictionem in eo potissimum consistere, vt ius ciuile vel corrigat, vel temperet, vel confirmet, l. Ius autem, 7.§.1. de Inst. & iure, certum est, introductas esse a Prætore bonorum possessione iuris veteris, tum corrigendi, tum confirmandi gratia, quemadmodum in principio tituli de bonorum possessionibus Iustinianus scribit. Vt non male dici possit, Prætoriæ Iurisdictionis potissimam ferè partem in danda bonorum possessione consistere. At maximum Imperium Iurisdictio non est, sed modica duntaxat coercitio sine qua Iurisdictio nulla esse potest, l. vlt. de off. eius. Propter quam caussam dicitur a Paulo Iurisdictionis cohærere, in §.vlt.l.1.ff.eo. Eodem planè sensu, quo Vlpianus in d.l. Imperium scribit, Iurisdictionem mixto Imperio inesse. Nec audiendi sunt, qui Imperium mixtum, cui Iurisdictio inest, separant ab Imperio mixto, quod Iurisdictioni cohæret, seu quod inest Iurisdictioni. Vtrunque enim omnino idẽ est, sicut Imperium mixtum nullum est, quod non Iurisdictioni cohæreat, ob idq́; mixtũ appellatur, vt Imperium mixtum*

tum nullum est, cui Iurisdictio non insit. Idq; apertè Vlpianus docet in d.l. Imperium; cùm mixti Imperij verã & propriam definitionem illam tradit: Mixtum Imperium est, cui Iurisdictio inest, ad differentiam meri Imperij, quod non tuendæ Iurisdictionis gratia exercetur, ac per se stat, & in delictis vindicandis totum consistit. Sed istos idem error duxit qui cæteros. Cùm enim ex d.l. vlt. de off. eius. viderent Imperium non merum, seu mixtum aliud non esse quàm modicã coërcitionem, sine qua Iurisdictio nulla est, nec coërcitionem vllam cernerent in datione bonorum possessionis, in qua tamen Imperium mixtum ab Vlpiano constitui putabant, non aliter se ex ea difficultate euoluere potuerunt, quàm commentitia illa duplicis Imperij mixti distinctione. Neque sanè vnquam quis se euoluere possit, qui in recepta lectione defendenda pertinax esse velit. Nam mixtum Imperium in danda bonorum possessione consistere Vlpianus apertè scribit. Optio nobis relinquitur, an à recepta lectione, an potius a certissimis principiis iuris recedere velimus. Ego hoc nolo, illud malo. Nec tamen subtilissimi viri emendationem probo, qui Vlpianum vult sic scripsisse, aut scribere debuisse. Quod in danda bonorum possessione consistit, Iurisdictio est: Iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia. Ferè enim ineptus est ille loquendi modus, neque sic explicari potest, vt quod Imperium in danda bonorum possessione consistit, Iurisdictio sit, cùm vel fatente illo in dãda bonorum possessione Imperium nullum consistat: & si Imperium aliquod esset; iam mixtum Imperium diceretur, non Iurisdictio. Probabilius ergo est, in illis verbis. Quod in danda bonorum possessione consistit, erratum esse, & legendũ, quæ pro quod, nato errore ex vtriusq; syllaba, & notæ similitudine, & affinitate. Atq; ita Vlpiani sententia eadem erit quæ secundum Goueani emendationẽ scilicet dationem bonorum possessionis Imperij mixti non esse sed Iurisdictionis, &c.

Accipe nũc lector quæ pollicitus sum apophoreta. Prima conclusio. Mixtum Imperium non constituitur ex mero Imperio, & Iurisdictione, sed ex Imperio & Iurisdictione, nihil est enim aliud mixtũ Imperium, quàm Imperium cum Iurisdictione cõiunctum: quod propterea dicitur mixtum; quia scilicet ei Iurisdictio admixta est; non autem simplex est, purum, merum, quale est ius gladij, & potestas animaduertendi in facinorosos homines: illud enim nullam aliam habet mixtam Iurisdictionem, sed in sola maleficiorum cognitione & punitione consistit.

Secunda Conclusio. Mixtum Imperium non est Iurisdictio; sed Iurisdictio ei inest: quomodo enim idem potest esse cum Iurisdictione, si Iurisconsultus ait, ei Iurisdictionem inesse? Nunquid sibi ipsi aliquid inesse potest? Quod inest alteri certè, differt ab eo, nam accedit ei.

Tertia Conclusio. Mixtum Imperium non est sine Iurisdictione. Nam Vlpianus dicit ei Iurisdictionem inesse. Nec Iurisdictio est sine mixto Imperio, vt constat ex l.1.§. vlt. & l.vlt. ff. de off. eius, cui mand. Itaque licet aliquis considerare possit modicam coercitionẽ per se, & abstrahere illam ab ipsa Iurisdictione, tamen nunquam est mixtum Imperium, nisi simul adiunctã habeat Iurisdictionem. Si quis abstraxerit coercendi potestatem, à Iurisdictione, ille conficiet merum Imperium, non mixtum. quia merum Imperium nihil est aliud quàm potestas coercendi, &c. Mixtum autem habet adiunctam Iurisdictionem.

Quarta Conclusio. Mixtum Imperium, cui Iurisdictio inest, licet consistat in multis alijs, tamen potissimùm dicitur consistere in danda bonorum possessione, quia iubere cauere, & in possessionem mittere, Imperij magis est, quàm Iurisdictionis, l. Iubere, ff. de Iurisd. Est enim bonorum possessio executionis cuiusdã species, cum sit ius persequendi retinendique patrimonij, l.3. ff. de bono. possess. Quapropter, alibi sic scriptũ est, vt possessio bonorum detur, vel si cui damni infecti non caueatur, vt is possidere iubeatur, l. pen. §.1. ff. de officio eius cui mand. Itàque Imperio hac in re opus est, quia executionem continet.

Quinta Conclusio. Nec propterea negamus in possessionem mittere Iurisdictionis esse. Nam constat id Prætorem ex sua Iurisdictione facere, sed quia executionem habet adiunctam, & Imperio eget, ideo Imperij magis quàm Iurisdictionis esse dicitur, d.l. Iubere, Imperij hoc est mixti, cui scilicet Iurisdictio inest; quod miror eruditissimum Fabrum non satis expendisse.

Dices, nonne is qui merum habet Imperium, Iurisdictionem habere dicitur, cùm ius & ipse reddat, & dicat de criminibus & pœnis? Respondeo, latissimè accipiendo Iurisdictionem, id rectè dici, arg. l.1. ff. de off. eius, ibi. *Iurisdictionem suam mandans*, vt dixi supra lib. 7. cap. 69. Sed hic Iurisdictio sumitur strictè & propriè, prout est separata a mero Imperio: quod in sola gladij potestate consistit. Ita, inquam, Vlpianus accipit in d.l.3. ff. de Iurisd. Quid autem sit Iurisdictio, sic accepta, in sequenti capite dicetur.

Ex his patet, nec textum Vlpiani esse corrigendum, & quæ sit Vlpiani sententia, cùm dixit mixtum Imperium esse, cui Iurisdictio inest, quod in dãda bonorum possessione consistit.

CAPVT XCVI.

Quid sit Iurisdictio.

VLpianus in d.l.3. ff. de Iurisd. omn. iud. sic ait: *Iurisdictio etiam est Iudicis dandi licẽtia.* Veteres ita hunc locum exponunt, vt cõstituant Iurisdictionem simplicem separatam a mero & mixto Imperio, non quia possit esse sine modica coercitione, quod est mixtum Imperium, sed quia sit tertia species à mero & mixto Imperio realiter distincta. Rectè meo quidem iudicio.

Præclarè Duarenus in hunc tit. *Nam non hic principaliter definit* Vlpianus, *quid sit Iurisdictio, sed eam cui mixtum Imperium adhæret, quasi dicat, qui Iurisdictionẽ habet, potest ea quæ sunt mixti Imperij, sed etiam dare Iudicem potest,* quod confirmare poterat ex l.1. ff. de Iurisdictione, om. iudic.

Et alibi in Commentarinni ad tit. de pactis, l. Iuris gentium, & lib.1. Anniuers. cap. 53. optimè declarat, Prætoré solitum non fuisse priuatas caussas iudicare, sed Iudicem dare, qui accepta formula, & præscripto quodam iuris, de facto tãtum cognosceret, licet quandoque iudicaret, & cognosceret ipse Magistratus certarum personarum & caussarum fauore, l.1. ff. de extraord. cog. l.1. ff. de rei vind. & alibi. Eiusdem sententiæ mihi fuisse videtur eruditissimus Brissonius, in Lexico Iuris, verbo, Iurisdictio, dum scribit: *Iurisdictionis autem exemplum definit Vlpianus esse, quod in danda bonorum possessione consistit; item Iudicis dandi licentiam.*

Sed Alciatus contra lib. 2. Paradoxorum, c. 8. Iurisconsultum in d.l.3. *Solùm de mero mixtoque Imperio loqui, mixtumq; illud definire, cui etiam Iurisdictio inest, vt in bonorum possessione, & in Iudicis dandi licentia: nam in ea quoque sicut in bonorum possessione Iurisdictio est: quocirca mixti Imperij existimatur. Dictio itaque (licentia) in eo contextu, sextum casum respicit, licet præpositio in adiecta non proponatur,* &c. Sic Alciatus.

Alciatum sequitur Bellonus, tanquam præceptorem suum, lib. 3. Supputationum, cap. 4.

Eiusdem sententiæ fuit Cuiacius, libro 21. Obseru. cap. 30. *In l. tertia, de Iurisdic.* inquit duo proponuntur, *Imperij genera, merum & mixtum. Duo sunt in ea termini tantùm, merum Imperium & mixtum Imperium, non tres, vt plerique opinantur, merum & mixtum Imperiũ & Iurisdictio simplex, quia nulla est Iurisdictio simplex vel*

nuda, sine Imperio, cuius vi ad effectum perducatur, quod ex hac etiam societate, atque iunctura, qua iurisdictioni connexum est mixtum appellatur. Quamobrem mixtum Imperium & Iurisdictio res vna & eadem est: nec quicquam vindicatur Imperio mixto, quod non possit & debeat etiam vindicari Iurisdictione, & contra, quæ enim commixta sunt, & simul commeant semper.

Mihi magis placet sententia & expositio veterum, ac Duareni tres terminos in d. l. 3. ab Vlpiano declarati. Merum Imperium, Mixtum & Iurisdictionem.

Primò, quia hæc sententia verbis legis consentanea est, & nullam continet absurditatem.

Secundò, quia Vlpianus dicit: *Iurisdictio est etiam Iudicis dandi licentia*, quæ autem expositio hæc est, verbum (licentia) esse in sexto casu in ablatiuo? quasi dixerit Iurisdictio est in licentia dandi Iudicem: nonne verissimum est eum qui Iurisdictionem habet, Iudicē dare posse?

Tertiò, nam Vlpianus non dicit, mixtum Imperiū esse licentiam dandi Iudicem, sed ait, Iurisdictio est etiam Iudicis dandi licentia. Cur ergo volumus detorquere verba & sic inuertere, vt quod de Iurisdictione scriptum est, ad mixtum Imperium trahatur?

Fateor mixtum Imperium adiunctam habere Iurisdictionem, fateor & nullam esse Iurisdictionem sine Imperio, hoc est, modica coercitione, quæ ad Imperiū pertinet. Sed nego quod hinc infertur, Ergò Iurisdictio & Imperium unum & idem est. Nunquam ego didici id quod alicui inest, quod simul cum altero iunctum & connexum est, idem esse realiter cum eo. Anima & corpus in uiuente simul sunt coniuncta, nec animal esse potest, nisi manente illa coniunctione, quia separatio mortem inducit. Nemo tamen dixerit animam & corpus idem esse, uel animal esse idē quod corpus, uel idem quod anima, est enim compositum ex anima & corpore. Sic & mixtum Imperium compositum est ex Imperio & Iurisdictione. Non igitur est idem quod Iurisdictio, nec Iurisdictio est idē quod Imperium.

Sed hoc ostendam ex iure ipso. Ait lex: *Ius dicentis officium latissimum est. Nam & bonorum possessionem dare potest, & in possessionem mittere, pupillis non habentibus tutores constituere, Iudices litigantibus dare.* l. 1. ff. de iurisdict. om. iud.

Hic sunt duo, Iurisdictio & Imperium. Iurisdictio est in iure reddendo, in Iudicibus dandis, &c. Imperium uersatur in executione ipsa. Nisi enim is, qui Iurisdictionem exercet, Imperium habeat, & coercitionem, qua exequi possit suam Iurisdictionem, nulla est Iurisdictio, & inanis. Quamobrem, in l. 2. ff. eodem, dicit Iabolenus. Cui Iurisdictio concessa est, ea quoque uideri concessa, sine quibus Iurisdictio explicari non potest.

Non est igitur idem Imperium quod Iurisdictio, sed illi inest, & illam iuuat, ut Iurisdictio rectè expediatur. Rursus nec Iurisdictio idem est quod Imperium, quia illa consistit in cognoscendo & iudicando, Imperium autem in ijs quæ pertinent ad executionem & expeditionem ipsius Iurisdictionis. Si enim nullum Magistratus Imperium haberet, inanis esset Iurisdictio. Et hoc erat discrimen inter Iudicem olim & Magistratum, quod Iudex datus erat priuatus, nullam Iurisdictionem habens, sed notionem tantùm sine Imperio, l. quinta, ff. de re iudic. Idcirco iubentur Magistratus exequi sententias Iudicum à se datorum, l. à Diuo Pio, ff. de re iudicata

ienno, si

ma-

lè, uiri docti me admonebunt, ut spero.

CAPVT XCVII.

Quæ sit sententia l. 1. ff. de officio eius, cui mandata est Iurisd.

Papinianus: *Quæcunque specialiter Lege, vel Senatusconsulto, vel Constitutione Principum tribuuntur mandata, ad Iurisdictionem non transferuntur. Quæ verò iure Magistratus competunt, mandari possunt: Et ideo videntur errare Magistratus, qui cùm publici Iudicij habeant exercitionem, Lege, vel Senatusconsulto delegatam (veluti lege Iulia de adulterijs, & si qua sunt similes) Iurisdictionem suam mandant*, &c. l. prima, ff. de officio eius, cui mandata est Iurisdictio.

Bartolus quem alij frequentioribus suffragijs secuti sunt in explicatione huius legis, sic ait: *Causæ meri & mixti Imperij conceduntur maioribus Iudicibus specialiter, & expressè & in priuilegium, & ideo non possunt delegari, nisi in casu absentiæ. Causæ vero Iurisdictionis infimæ committuntur, & competunt cuilibet Magistratui, & delegari possunt.*

Sed huic expositioni obstat, *Primò*, quòd Papinianus non loquitur de causis meri & mixti Imperij, sed generaliter loquitur de omnibus his, quæ specialiter Lege uel Senatusconsulto, &c. cōmittuntur. *Secundò*, quia non est uerum quod asseritur, mixti Imperij causas delegari non posse: ut in cap. sequenti ostendam. *Tertiò*, quia nullum uerbum facit de maioribus Magistratibus, nec de priuilegio eorum. *Quartò*, quia nullam etiam mentionem facit causarum, quę sunt Iurisdictionis infimæ, sed de his quæ iure Magistratus competunt, id est, de his quæ eo ipso quod Magistratus est, more maiorum expedire potest; quæ non sunt tantùm minimæ seu infimæ Iurisdictionis. *Postremò*, quoniam ex uerbis ipsis manifestum est, Papinianum discrimen constituere inter ea quæ specialiter committuntur, & quæ iure Magistratus competunt. Quę specialiter conceduntur non possunt delegari, quæ iure Magistratus competunt, delegari possunt: & hanc esse ueram ac germanam sententiam Papiniani.

Exemplum est præter causas meri Imperij, de quibus mentionem facit Papinianus, primò in l. 2. ff. eod. tit. Vlpianus: *Mandata Iurisdictione à Præside non potest consilium exercere is cui mandatur.* Cur ita, quia specialiter hoc Cōsuli in Vrbe & Præsidibus Prouinciarum, extra Vrbem Lege Aelia Sentia mandatum erat, vt scilicet consilium præberet minori 25. annis manumittere uolenti, l. 1. ff. de offic. Consulis, §. eadem lege, Instit. Quibus manumittere non licet, Vlpianus in fragmentis apud Cuiacium, tit. 1. ubi Vlpianus ait: *In consilium autem adhibentur Romæ quinque Senatores, & quinque Equites Romani, in Prouincia viginti Recuperatores, Ciues Romani.*

Alterum exemplum suppeditat eadem l. 2. illis verbis: *Si tutores vel curatores velint prædia vendere: causa cognita id Prætor vel Præses permittat: quod mandauerit Iurisdictionem, nequaquam poterit mandata Iurisdictione eam quæstionem transferre.* Cur ita, quia specialiter hæc cognitio lege tributa fuit Prætori Romæ, ac Præsidi in prouincijs, l. 1. ff. de rebus eorum, ibi. *Tunc Prætor Vrbanus vir Clarissimus adeatur, qui pro sua religione æstimet quæ possent alienari.*

Tertium exemplum est ex l. Cùm hi, ff. de transact. vbi Senatusconsultum continetur, quo cauetur transactionem de alimentis testamento relictis non aliter valere, quàm si Prætore autore facta sit. Prætor ergo & Prouinciæ Præses, mandare ex hac causa Iurisdictionem non potest, d. l. Cùm hi, §. Sed nec mandate.

Quartum exemplum est ex l. 8. ff. de tutorib. & curatorib. datis ab his. Vlpianus: *Nec mandante Præside a-*

lius

lius tutorem dare poteſt, quia Præſidi nominatim id à lege commiſſum erat, §. 1. Inſtit. de Atiliano tutore.

Excipitur cognitio de remouendis ſuſpectis tutoribus, quæ ſpecialiter data eſt Romæ Prætori, & in Prouincijs Præſidibus earum, & Legato Proconſulis, vt in Inſtit. de ſuſpectis tutorib. veruntamen mandari poteſt propter vtilitatem pupillorum, l. Cognitio, 4. ff. de off. eius cui mand. eſt iuriſd.

Ita hanc legem rectè explicarunt Alciatus libr. 2. Paradoxorum, cap. 1. Vaconius à Vacuua, lib. 6. Declarationum Iuris, cap. 75. Io. Longouallius ad l. Imperium, ff. de iuriſd. om. iud. in §. *Venio ad tertium articulum.* Iacobus Cuiacius in operibus poſtumis ad Papinianum; nec dubito quin alij recentiores eruditi viri idem ſcripſerint, licet ego non alios legerim. Iſti alia adſerunt exempla, ſed mihi iam ad finem properanti digitum ad fontes intendiſſe ſat eſt.

CAPVT XCVIII.

An mixtum Imperium delegari poſſit?



Ixtum Imperium delegari poſſe, tam perſpicuè iuris proceres reſponderunt, vt mirandum profectò ſit, tot Interpretes repertos, qui contrariam ſententiam ſua ſerint.

Paulus notat, Imperium quod Iuriſdictioni cohæret, mandata Iuriſdictione tranſire, quod verius eſt. Ita reſpondit Papinianus, in l. 1. §. vlt. ff. de off. eius cui mand. eſt iuriſd. Imperium autem quod Iuriſdictioni cohæret, mixtum eſt, teſte Vlpiano, l. 3. ff. de iuriſd. om. iudic.

Idem Paulus in l. ult. ff. eod. tit. ſic ſcribit: *Mandata Iuriſdictione, priuato etiam Imperium, quod non eſt merum, videtur mandari.* Quid eſt Imperium quod non eſt merum, niſi mixtum?

Sed præter hæc duo iuris teſtimonia, aliud extat magis luculentum, in l. 4. ff. eod. tit. ubi Macer: *Vt poſſeſſio bonorum detur, vel ſi cui damni infecti non caueatur, vt is poſſidere iubeatur, aut ventris nomine in poſſeſſionem mulier, vel is cui legatum eſt, legatorum ſeruandorum cauſa in poſſeſſionem mittatur, mandari poteſt.*

Si mixtum Imperium in danda bonorum poſſeſſione conſiſtit Vlpiani teſtimonio, in l. 3. ff. de iuriſd. om. iud. Et mandari poteſt cauſa bonorum poſſeſſionis, vt Macer reſpondit, quid ulterius deliberandum eſt, an cauſæ mixti Imperij demandari poſſint?

Nec valet illa reſponſio, delegari poſſe cognitionē cauſæ, bonorum poſſeſſionis, non ipſam miſſionem & executionem: Nam quis hoc dicit? Quid eſt mandari poſſe, *vt poſſidere iubeatur, vt in poſſeſſionem mittatur*, niſi ipſam cognitionem, & actualem immiſſionem? Atque ita rectè docuerunt Alciatus lib. 2. Parad. cap. 1. Longouallius ad l. Imperium, de iuriſd. om. iud. Fulgoſius & multi alij: Bartolus & alij magis communiter contra, ſed ijs condonandus eſt error iſte, & gratiæ ſunt propter alia quam plurima habendæ, quæ ſcriptis relinquerunt, præclara, & iuri, & æquitati, & moribus noſtris conſentanea? Duo ſunt præcipua eorum argumenta. Nam leuiora miſſa facio.

Primum eſt in l. 2. ff. de off. eius. Exiſtimarunt enim hoc ibi velle Papinianum, cauſas meri & mixti Imperij delegari non poſſe, propterea quòd maioribus Magiſtratibus in priuilegium & expreſsè ſint conceſſæ.

Et vt dixi in cap. præcedente, non hoc vult ibi Papinianus: ſed cauſas quæ ſpecialiter Legibus, vel Senatuſconſultis, vel Conſtitutionibus Principum tribuūtur, delegari non poſſe, quæ verò iure Magiſtratus cōpetunt, delegari poſſe. Hæc interpretatio verbis conſentanea eſt ipſius Papiniani, & alijs Iuriſconſultorū Reſponſis, vt latiùs expoſui.

Alterum argumentum eſt, quia omnia quæcunque plenam cauſæ cognitionem requirunt, delegari non poſſunt, l. Nec quicquam, §. Vbi decretum, ff. de off. Proconſulis & Leg. l. Omnia quæcunque, de reg. iuris. Sed cauſæ mixti Imperij requirunt plenam cognitionem, Ergò delegari non poſſunt.

Reſpondeo, hic eſt alius error, pace antiquorum de Iuriſprudentiæ ſtudio optimè meritorum. Nam ſententia dictarum legum eſt, vbi decretum neceſſarium eſt, quia ſolebant partes per ſupplices libellos petere, vt illud interponeretur, & Magiſtratus libello ſubſcriberet, dicit lex non id poſſe fieri, quia *vbi decretum neceſſarium eſt, per libellum id Proconſul expedire non poteſt.* Exemplum eſt in l. 6. C. de prædijs & alijs reb. minor. vbi Imppp. Carus, Carinus, & Numerianus. *Minorū poſſeſſionis venditio per procuratorem delato ad Prætorem, vel Præſidem prouinciæ, libello fieri non potuit: Cùm ea res rectè confici aliter non poſſit, niſi apud acta cauſis probatis, quæ venditionis neceſſitatem inferant, decretum ſolenniter interponatur.*

CAPVT XCIX.

An merum Imperium Iure Canonico delegari poſſit?



Vm Iure Ciuili apertè conſtitutum ſit, neminem poſſe gladij poteſtatem, quam ipſe habet, alij demandare, l. ſolet, ff. de off. Proconſ. l. Nemo poteſt gladij, de reg. iur. l. 1. ff. de off. eius. nec contrarium palam Iure Canonico ſtatutum ſit, non video cur exiſtimare debeamus, Iure Canonico merum Imperium poſſe delegari. Sed argumenta contrariæ ſententiæ diluenda ſunt.

Primum eſt ex c. In Archiepiſcopatu, de raptoribus ibi. *Cùm autem exceſſus huiuſmodi Rex Suetiæ tibi & alijs Epiſcopis commiſerit puniendos.*

Reſpondeo, Regem ibi delegare, non Magiſtratū, & cui dubium quin Rex delegare poſſit gladij poteſtatem? Deberetne ipſe tot negotijs & curis implicitus, cauſas meri Imperij audire ac definire?

Secundum eſt ex c. Aqua, de Conſecratione Eccl. vel Altaris. Reſpōdeo, nihil ibi dici de mero Imperio.

Tertium eſt in c. vlt. Ne Clerici vel Monachi, lib. 6. vbi clarè dicitur, Epiſcopos delegare poſſe cauſas ſanguinis, quæ proculdubio ad merum Imperium pertinent.

Reſpondeo, rationem hanc eſſe, quia Epiſcopis eas agitare non licet, vt ibi dicitur. Et inter omnes conſtat, Magiſtratum quoque ſæcularem eiuſmodi cauſas delegare poſſe, cùm ipſe impedimento aliquo abſentiæ, puta, vel infirmitatis eas expedire non poteſt, l. 1. ff. de off. eius.

Quartum eſt ex Clem. 1. §. 1. de hæreticis. Reſpondeo, de crimine hæreſis ita ibi conſtitutum eſſe, ac nō facilè trahendum ad alias cauſas, nec dicitur etiam abſolutè ac generaliter tales cauſas delegari poſſe, ſed loquitur textus de delegato Epiſcopi Sede vacante.

Quintum eſt ex c. licet, de officio Vicarij, lib. 6. & c. Si Epiſcopus, de off. ordin. eod. lib. vbi patet Epiſcopū delegare poſſe cauſas criminales.

Sed hoc ius locum obtinet in Vicarijs Epiſcoporū, qui & Ordinarij vocantur. Neque enim Epiſcopi poſſent eiuſmodi cauſas expedire. Datur illis Iure Canonico facultas Vicarium conſtituendi, & locum tenentem; non tamen licet ex hoc inferre, Iure Canonico permiſſum eſſe generaliter meri Imperij cauſas delegare.

Sextum argumentum eſt ex cap. vlt. de off. iudicis ordin. illis verbis: *His quibus ex officio in certis caſibus competit illos abſoluere, qui pro violentia manuum iniectione inciderunt in Canonem ſententia promulgata, licet alijs huiuſmodi*

modi absolutionem committere, cùm viderit expedire. Et A hoc argumentum eo fortius est, quoniam hæc potestas specialiter quandoque Episcopis tributa est, cap. Mulieres, c. De Monialibus, c. Peruenit, ca. Quod de his, c. vlt. de sent. excommunicat.

Responderi potest, id ex caussa iusta permissum esse, propter fauorem animę: quod verba illa iudicant, *Cum viderint expedire.* Nostra disputatio et quæstio est, an liceat absque caussa vlla, caussas meri Imperij delegare secundùm Ius Canonicum: quod certè meritò negari potest.

CAPVT C.

Quæ sit pœna abacti partus.



Vm quæritur, quæ pœna sit abacti partus, in promptu est distinctio veterum; Aut partus animatus, aut inanimatus est. B Priore casu pœna est capitalis, Posteriore non item. Accurs. Bartolus, & alij, ad l. Diuus, ff. de extraord. cog. Gomes. Variar. resol. lib. 3. cap. 3. nu. 32. Placa in Epitome Delictorum, lib. 1. c. 20. nu. 5. Osascus decis. 60. Clarus q. 68. post principium. Cuiacius nouissimè, lib. 19. cap. 9. Obseruat.

Contrariam sententiam nimiùm indistinctè pœnam extraordinariam arbitrio Iudicis imponendam, docuit Menochius de arbitr. Casu 357. & nouissimè Anton. Tessaurus, decis. Pedemont. 12.

Distinctionis fundamentũ est in c. Moyses, 32. q. 2. & in c. Sicut ex litterarum, de homicid.

Mitioris autem sententiæ firmamentum est in l. Cicero, ff. de pœnis, & in l. Diuus, ff. de extraord. crim. & in l. Si mulierem, ff. ad l. Cor. de Sicar. quibus legibus pœnam exilij constitutam esse constat, nisi mulier corrupta pecunia ab hæredibus secundis, partum sibi medicamentis abegerit, tunc enim pœna capitalis est, vt C haberur in d. l. Cicero.

Et ratio est, quia *partus nondum editus, homo non rectè fuisse dicitur*, l. 9. ff. ad l. Falcid.

Et sanè, hæc posterior sententia iuri Cæsareo valde consentanea uidetur. Prior iure Canonico defendi potest, quo iure is, qui partum abijcit, homicida dicitur, c. Consuluisti, 2. q. 5. & tradit Tertullianus in Apologetico: *Homicidij festinatio est*, inquit, *prohibere nasci, nec refert, natam quis eripiat animam, an nascentium disturbet. Homo est, & qui est futurus, & fructus hominis iam in semine est.*

Notandum autem est, sanctum Augustinum in d. c. Moyses, 32. quæst. 2. qui illam distinctionem inuexit, ex c. 21. Exodi, secutum fuisse septuaginta Interpretũ translationem, quę satis fauet supradictę distinctioni, quod & Cuiacius annotauit loco proximè citato. D Quare laborant gratis D. Menochius & Tessaurus, ut ostendant, in Exodo eam distinctionem non haberi. Verum est secundùm alias translationes, non secundùm septuaginta interpretum uersiuuem.

CAPVT CI.

Quæ sit pœna stupri violenti.



On assentior Claro, §. Stuprum, uers. Sed quæro, asserenti pœnam mortis esse constitutam in stuprum violenter commissũ. Nec Bossio idem dicenti tit. de coitu damnato, nu. 19. nec alijs, si qui sunt. Nam secundùm ius nostrum commune (scio enim Caroli V. Constitutione sancitam esse pœnam capitis) non est pœna capitalis. Pœna stupri violenti est legis Iuliæ de vi publica, l. 3. ff. ad l. Iul. de vi pub. Pœna legis Iuliæ de vi publica est aquæ & ignis interdictio. l. Qui dolo, A §. vlt. ff. eod. In cuius locum deportatio successit. l. 3. ff. ad l. Iul. pecul. Nostris moribus pœna arbitraria est, ut tradit Menoch. de arbitr. Casu 394.

Fundamentum sententiæ, quam censeo repudiandam, est in §. Item lex Iulia, in Instit. de publ. iud. ibi: *Sed eadem lege etiam stupri flagitium punitur, cùm quis sine vi vel virginem vel viduam.*

Non licet argumentari, ergò si cum ui, pœna mortis est, nisi raptus interuenerit, ut eod. tit. §. Si autem per uim, & in l. Vnica, C. de raptu uirgin.

Non etiam iouat dictam sententiam l. 1. ff. de extra ord. crim. quia accipienda est de stupro commisso cum raptu. Est enim raptus, siue quis inuitam mulierem abduxerit, siue eam artibus malis solicitauerit & corruperit, ut docet Imperator in l. Vnica, C. de raptu uirg. ibi: *Siue volentibus, siue nolentibus, &c.* Et rursus ibi: *Nisi etenim eam solicitauerit, &c.* De his malis artibus loquitur d. l. 2. ff. de extraord. crim. ibi, *aut mulierem puellamue interpellauerit*, &c. B

CAPVT CII.

Sitne vis publica cùm quis alium armatus aggreditur.



Xistimo lege Iuliæ de ui publica eum teneri, qui armatus in loco publico aliquem aggreditur. Autoribus utor Thoma Gramat. cons. 43. & 55. Claro quæst. 83. uers. *Vim publicam.* & argumento l. 3. ff. ad l. Iul. de ui publ. *Eadem lege tenetur* (ait textus) *qui pubes cum telo in publico fuerit.*

Ratio est, quia omni armorum metu offenditur ac perturbatur publica securitas.

Aliam uidetur sententiam habuisse Bartolus in l. Si criminis. C. eod. tit. dum scribit: *Iniuriam factam per* C *sona, ita demùm cadere in crimen publicum legis Iuliæ de ui, si fiat coadunatis hominibus.*

Eandem sententiam defendit latè Anton. Tessaurus decis. 35. Motus ex l. 3. in fine. & l. Qui cœtu, ff. ad l. Iul. de ui publ. & l. qui dolo, ff. eod.

Præterea, argumentatur ab etymologia. Vocatur enim publicum, quasi populicum, ergò, ut is dicatur publica, coadunatis hominib. est opus.

Pręsertim uerò cùm hodie, inquit, non ita telorum portatio prohibita sit, immò ad solos seruos Imperator Leo & Anthemius eam prohibitionem restrinxerint, l. vlt. C. ad legem Iul. de vi pub.

Sed ista nihil mouent. Nam quod attinet ad l. Si criminis, illa loquitur de eo, qui conuocatis hominib. vim facit, quo quis verberetur & pulsetur, vt patet ex illis verbis: *Sed quoniam a Fasciculo etiam te verberibus affectum asseueras, si hominibus coactis hoc fecerit, si legis* D *Iuliæ de vi priuata reum deferendum putaueris, apud Præsidem age*, &c.

Is autem, qui talia facit, incidit tam in legem Iuliam de vi publica, quàm de vi priuata. Nam in l. Qui dolo, ff. ad l. Iul. De vi pub. sic ait Vlpianus: *Hac lege tenetur & qui conuocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberetur & pulsetur.*

Incidit & in legem Iuliam de vi priuata, sicut patet ex l. 2. ff. ad l. Iul. de vi priuata, ubi eadem uerba repetuntur à Scæuola, dicente, *ea lege* (Iulia de ui priuata) *tenetur, qui conuocatis hominibus*, &c.

Malè igitur Bartolus ex eo textu colligit, ad uim publicam coadunationem hominum requiri, quia etsi coadunati sunt homines, ut quis pulsetur & uerberetur, tamen locus est legi Iulię tam de ui publica, quàm priuata.

De ui publica, quia publica pax turbatur ob uim ita coadunatis hominib. illatam. De priuata, quia à persona priuata & non publica uis facta est.

Non

Non obſtant aliæ leges quæ coadunationem exigunt, quia non negant uim publicam committi ſine hominum coactione & coadunatione.

Argument. ab etymologia nil eſt, quia ſpectatur hic turbatio publicæ pacis, quæ ſequitur ex armorum motu, etiam non coadunatis hominib.

Non eſt reſtricta armorum prohibitio ad ſolos ſeruos, nec hoc uult Iulit. immò priuatis hominibus prohibitum eſſe armorum uſum, conſtat ex l. Vnica, C. Vt armorum uſus, lib. 11. lateque reſpondit Rolandus, conſ. 3. lib. 3.

Illud notatu dignum eſt, ſi utriuſque legis crimina obiecta ſunt, mitiorem legem, hoc eſt, priuatorum eſſe ſequendam, l. ſi præſes, 32. ff. de pœnis.

Amplius, hæc ita eſſe iuri conſona arbitror cum exceptione, niſi abſurdum illud ſequeretur, cuius meminit Grammaticus, conſ. 43. Puta ſi maiori pœna is afficeretur ex lege Iulia, de ui publica, qui armatus hominem aggreſſus eſſet, quàm qui uulneraſſet, ex lege Municipali uel Conſuetudine loci. Nam ex hoc tacitè colligi poſſet, aggreſſionem cum armis, ad legem Iuliam de ui publica, nequaquam pertinere uoluiſſe eos qui Ciuitati præſunt, & in qua talis Conſuetudo uel ſtatutum uigeret.

CAPVT CIII.

De methodo ſeruanda in iure Ciuili perdiſcendo; de Interpretum & Doctorum delectu, & de alijs quæ in eo ſtudio vtilia ſunt & neceſſaria.

COronidis loco Controuerſiam hic tractabo, nec ab inſtituto meo alienam, & , ut ſpero, utilem & gratam omnib⁹ futurã, qui Iuriſprudẽtiæ ſtudio nauant operã, de ſtudẽdi methodo; de Interpretibus legendis, deque ijs omnibus, quę ad hæc ſtudia promouenda, & adiuuanda pertinent, maximeq; conducũt.

Vt autem in hac diſputatione de methodo, conuenientem & ipſe methodum adhibeam, tractabo tria capita. Primum continebit, quid ipſe de tota hac diſputatione ſentiam. Secundum occurret omnibus argumentis & obiectionibus, quæ contra ſententiam meã adferri poſſunt. Tertium complectetur peculiaria quędam præcepta, quibus, & quæ vitia præcauenda ſint, facilè cognoſci poterit, & quæ maximè obſeruanda & ſequenda ſint.

Exiſtimo ego, quod attinet ad primũ caput. Si quis veram ac ſolidam Iuris cognitionem aſſequi velit; poſt benè percepta iuris elementa, quæ præclara illa Iuſtiniani Oeconomia in Inſtitutionibus traduntur, eum & iuris textum diligenter, & vtriuſque factionis & claſſis Interpretes, & Doctores legere, tractare oportere, nocturnaque verſare manu, verſare diurna. In altera factione & claſſe conſtituo Accurſinm, Bartolum, Baldum, Salycetum, Paulum Caſtrenſem, Angelum, Fulgoſium, Alexandrum, Iaſonem, Decium, Ruinum, Ripam, Franciſcum Aretinum, Socinos, Corneum, & ſi qui ſunt alij. Non tamen omnes (quia id vix fieri poteſt) legi volo, ſed præcipuos ſaltem. Nec enim ignoro eruditiſſimi Alciati iudicium hac de re lib. 2. Parergon cap. 42.

In iure primas comparatus cæteris
Partes habebit Bartolus.
Deciſiones ob frequentes Actio
Baldum forenſis ſuſtinet.
Non negligenda maximè eſt tyronibus
Caſtrenſis explanatio.
Opinionum tutius ſymplegadas,
A *Superabis Alexandro duce.*
Ordinis Iaſon, atq; lucis nomine
Videndus eſt properantibus.
His ſi quis alios addiderit interpretes.
Onerat, quam honorat verius.

In altera claſſe pono Budæum, Alciatum, Duarenum, Cuiacium, Coraſium, Connanum, & ſi qui ſunt eiuſdem farinæ alij.

Hanc meam ſententiam teſtimonio Illuſtriſſimi & Reuerendiſſimi Cardinalis Bologneti, qui in vtroq; Interpretum genere procul dubio verſatus fuit, & ſumma cùm laude Iuriſprudentiam docuit, & illuſtrauit, inprimis confirmo. Sic enim ille in diſputationibus de lege, iure, & æquitate, cap. 1. *Quapropter ego ſemper hac in re quoddam quaſi temperamentum adhibendum eſſe duxi, vt qui ad veram & ſolidam eruditionis gloriam contendat, neque (quod aiunt) in vllius verba ſibi iurandum exiſtimet, vlliuſue authoritati tantùm tribuat, quin ab eius erratis libere recedat: neque contra vſque adeò quemquã contemnat, ex his præſertim qui aliquo in honore* B *habentur, vt eo fructu ſeipſum fraudet, qui ſæpe etiam ex librorum nõ optimorum lectione referri ſolet. Cùm enim non omnia omnibus data ſint, ſed alia in re alium præſtare liquido videamus, perfectius id eſſe neceſſe eſt, quod quis non duorum tantùm aut trium, ſed multorum imitatione conſecutus fuerit. Multi multorum libri ſententia mea ſunt euoluendi, ſed in his, vt non damnanda omnia, ſic non omnia imitanda. Damnantur eo nomine Accurſiani, quòd perſæpè ab bonarum literarum ignoratione in ijs in rebus hæſitent, ac diutiſſimè perſiſtant, quæ non modò infructuoſa ſunt, ſed planè pueriles atque irridendæ. Eſto, ſint hac in re (vt vere ſunt) maximè reprehendendi. At eruntne propterea cætera omnia, quæ ab ipſis traduntur, aſpernanda, atque omittenda quæſtiones omnes copioſiſſimè ab his diſputatæ, quarum pleraque eiuſmodi ſunt, vt ſingularum explicatio integros ipſos titulos facile illuſtrare poſſit?*

Et paulò antè: *Non is certè ego ſum, qui contendere velim,*
C *Bartolum & eiuſdem farinæ alios, quibus paſſim iudices tantùm tribuunt, vt vix ab eorum ſententijs audeant recedere; perfectos homines fuiſſe, aut eum, quem penè ſuo iure ſibi vindicare videntur veræ eruditionis laudem promeruiſſe. Neque enim inficiari poſſum, inſcitè illos multa tractaſſe, ac permultis in locis (quanquam non tam ingenij culpa, quã ob ſæculi illius imperitiam) errore lapſos eſſe. Veruntamen illud ſemper affirmauero, iniquiorem iudicem eſſe, qui eos nulla in re prorſus laudandos exiſtimat. Videntur enim mihi cũ alijs de cauſſis, tum eo nomine præſertim meritò condemnari debere, quod in legibus explicandis non ſimplici ac nuda verborum interpretatione contenti, (reſponſo illi quodcunque ſibi proponunt explicandum) totam plerunque materiam accommodant, variecq; diſperſa in hac Iuſtiniani quaſi farragine colligunt in vnum, atque ordine ſemper aliquo, qui cunque tandem is ſit, in certa capita diſtribuunt. Huc accedit, quod ſi quæ offendunt, obſcuriora, ea propoſitis ab vtraque parte*
D *argumentis fuſius proſequuntur, & quantum in ipſis eſt, moribus noſtris accommodant. Quæ res iudicio meo ad forẽ diſceptationes momenti plurimum habet, ad quas proculdubio multò is inſtructior accedet, qui aſſiduis diſputationibus aſſuetus, ex ijs antea didicerit, quo pacto tenebris obducta eruatur veritas, & ab aduerſariorum calumnijs defendatur.*

Et paulò poſt: *Ab hac verò laude longè abeſſe video, omnes ferè alterius (vt ita dixerim) factionis interpretes: nam vel ſi politius leges explanent, ac plerunque etiam (vt negari non poteſt) multò & ſolidius & eruditius, quippe qui in bonarum artium ſtudijs magis verſati, ad hanc legum diſciplinã ſolent inſtructiores accedere; tamen adeo ieiune id faciunt, vt qui omnes illorum omnium, ad certam aliquam legem percurrerint interpretationes, præter ſolum illius legis ſenſum, nihil aliud videntur aſſecuti. Cùm enim alienis forſan libris, plus quam debebant, operã ponant, non enim quam neceſſe*
eſſet

eſſet in legum interpretatione laborem ſuſcipiunt. Itaque materias anguſtè atque exiliter tractant, Quæſtiones verò omnes planè contemnunt, non eas modò quæ verè inanes ac futiles ſunt (nam eiuſmodi multas eſſe fateor) ſed inſigniores etiam illas, quæ rebus obſcuriſſimis ſplendorem maximum afferre poſſunt, publicisq; ferè in omnibus gymnaſijs ac quotidianis diſputantium cœtibus non immeritò celebrantur.

Sed præter Illuſtriſſimi & Reuerendiſſimi huius Cardinalis & Alciati teſtimonia alia ſanè non deſunt idonea, omniq; exceptione maiora. Etenim eandem in hoc iuris ſtudio rationem iniuiſſe conſtat complures alios, qui doctiſſimis ſcriptis editis, maximam ſibi laudem quæſierunt: Inter alios Didacum Couarruuiam, Martinum Nauarrum, Andream Tiraquellum, Iacobum Menochium adnumerare placet. Hi & veterum, quos Accurſianos vocant, & recentiorum recõditæ literaturæ commentaria & ſcripta viſitarunt, tã ſedulò, tamq; ſeriò, vt eorum ſuccum non deglutiſſe modò, verùm etiam in carnem & ſanguinem conuertiſſe videantur.

Sed quid teſtibus utor ſingularibus, cùm in promptu ſint totius ferè Europæ præiudicia ac teſtimonia. Academiarum dico totius Italiæ, Hiſpaniæ, Germaniæ? in quibus Accurſianos Doctores primum ſibi locum uindicaſſe omnibus conſtat? Quid Academiarũ? immò & omnium Supremorum iudiciorum Tribunalia idem ſentiunt, atque ipſius Imperialis iudicij, & Pontificis Maximi auditorium? Cuius rei fidem faciunt Rotæ Romanæ deciſiones, & Imperialis Cameræ obſeruationes, Andreæ Geyll. & Mynſinger. ſi vt Philoſophi & Rhetores docent, id probabile exiſtimandum eſt, quod uidetur pleriſque uiris ſapientibus ac prudentibus: noſtra hæc ſententia, quam tot ſapientiſſimi uiri ac Principes ſequuntur, probabilis procul dubio exiſtimari debet.

Si conſuetudinis vſusque longæui non vilis eſt autoritas, ſi inueterata conſuetudo pro lege cuſtoditur, ſi minimè ſunt mutanda, quæ interpretationẽ certam ſemper habuerunt, ut non ſemel Iureconſulti noſtri reſponderunt, non video cur alia ſit nunc ingrediendum via, vt ad Iuriſprudentiæ cognitionem perueniamus, quàm ea, in qua tot pręſtantiſſimorum virorum, tamdiu impreſſa veſtigia conſpiciuntur.

Sed age non ſemper autoritatibus certemus, rationem quoque in conſilium aduocemus. Quis leges prima fronte contrarias conciliare; Priores ex poſterioribus interpretari. Rationes cuiuſque intelligere. Eas ad vſum, ad mores noſtros accommodare, quæſtiones difficiles explicare, doctrinam vberrimam ac ſolidiſſimam conſequi ſine iſtis interpretibus, tam breui, tam facilè poterit?

Hinc deciſiones ex ijs conflatæ. Hinc conſilia edita. Hinc communes opiniones. Hinc tractatus multi emanarunt, quibus nunc Iuriſprudentia maximè floret, ratioque facillima reperta eſt iuſtum ab iniuſto ſegregandi, & ius ſuum vnicuique tribuendi.

Quamobrem ſi ijs acceſſerint alterius claſſis interpretes docti eruditique, & verborum iuris, & hiſtoriarum, & antiquitatis periti, nihil certè amplius deſiderari poterit. Non ſunt iſti tanti æſtimandi, propter verborum elegantiam & eruditionem, vt cæteros vetuſtiores abijciamus. Nec rurſus tanti ſunt antiquiores faciendi, vt iſtos negligamus, in vtroque extremo (in quo ſanè multos peccare video) vitium eſt, periculum eſt. Medio tutiſſimus ibis.

Sed iam ſecundũ caput aggredior, argumenta ſoluturus, quæ aduerſus hanc ſententiam adſerri poſſunt.

Primum ſumi poteſt ex tribus maximis vitijs, quæ Franciſcus Duarenus obiecit, Accurſianis Doctoribus. Primum eſt, Latini ſermonis ignorantia & barbaries. Alterum, quòd nullam artem, nullamq; methodum docendi obſeruent. Tertium, quod diſputationibus

A ſuis Sophiſticen perpetuò admiſceant.

Quod attinet ad primum, negari certè non poteſt, eos barbarè plerumque & minus congruè locutos eſſe, veruntamen illud vitium erat ſeculi illius, & non tam ſpectandum eſt quàm benè quis loquatur, quàm verum bene ſentiat. Magis enim amare decet indiſertam prudentiam, quàm imperitam loquacitatem.

Carpit Pomponius noſter Celium Antipatrum, quod plus eloquentiæ, quàm iuris ſcientiæ operam dediſſet: Quo nomine reprehenſus etiam fuit à Scæuola Sulpitius cùm ei dixit: *Turpe eſſe viro nobili ac patritio, ius in quo verſaretur ignorare.*

Hincque etiam proditum eſt, Trebatium in iure Caſellio fuiſſe peritiorem, Caſellium contra Trebatio eloquentiorem: Cæterùm Caſellij ſcripta non reperiri. Trebatij autem plura, quòd ſcilicet digniora ſint reſponſa illa, quæ profundam redolent iuris peritiam, quàm quæ fucatum quendam verborum ornatum B continent.

Quod verò dicitur, eos nulla arte, nulla methodo in docendo vti, vereor ne non ita ſit. Sunt quidem aliqua quandoque ab eis loco minus cõgruo tractata & explicata: ſed quis eſt ex omni parte perfectus?

Tertium quod obijcitur planè inſulſum eſt, & in veteres illos interpretes minimè conuenit, ſed fortaſſis in aliquos recentiores ambitioſos nimis, qui ſummam ingenij laudem eſſe iudicant, omnium ſentẽtias petulanter euertere, quod certè Bartolus & reliqui eiuſdem farinæ doctores non fecerunt.

Secundum argumentum ſumi poteſt ex his quæ tradit Bartholomæus Faius, in præfatione ad Connanũ, cùm dixit, confuſaneum, ineruditum, ac redundans cùm ſcribendi, tum profitendi iuris genus, ſ. antiquorum, à recentioribus Iureconſultis repudiari, neque iniuria, eum in eo aſſequendo laborantes, haud mulC tum ab his differre videantur, qui metalla veſtigant, quibus immenſos montes perforare, ingentem terræ vim eruere magnis impenſis ac laboribus neceſſe eſt, priuſquam vel ad plumbum veniant, qui argentum quærunt, ac plerumque ſpe deluſi, impenſas atque operam ſe perdidiſſe, per quàm grauiter ferunt indignanturque.

Reſpondeo, hæc gratis obijci, eamdemque facilitate qua affirmantur, negari meritò poſſe. Non ſic alij viri docti & eruditi cenſuerunt. Non ita iudicat orbis. Non ita eſt verè, ſed ſi quis in iſtorum ſcriptis, qui ſunt alterius claſſis, ætatem ſuam conſumpſerit, ille nec aurum inueniet, nec argentum, quia cùm quæſtiones omittant, ad vſum accommodatas, raro in litibus agendis ac dijudicandis eis vti poterit, & vt quidam lepidè dixit. Non lucrabitur vnum obolum: quanquam ſanctiſſima eſt iuris ſcientia, quæ precio nummario æſtimari non debet.

D Tertium argumentum eſt nonnullorum, qui ad pauca reſpicientes aiunt, Doctores iſtos veteres non textũ explicare ſed gloſſas, ac proinde abijciẽdos eſſe.

Reſpondeo, rem non ita ſe habere. Accurſius, et veteres gloſſographi, textum diligenter explicarunt, leges contrarias oppoſuerunt, eaſque conciliare conati ſunt. Rationes attulerunt. Quæſtiones propoſuerunt. Multa annotarunt & tractarunt, ſicut ex Gloſſis ipſis conſtat, præſertim Accurſij, quem Iacobus Cuiacius omnibus tã Græcis quàm Latinis Interpretibus anteponit, lib. 3. cap. 11.

Bartolus autem, Caſtrenſis, Alexander, Iaſon, Salyceetus, & reliqui, qui commentaria ſcripſerunt, expeditis ijs quæ pertinent ad textus explicationem, ſtatim aggrediuntur Gloſſas: & diſputant accuratè de his quæ Gloſſæ adduxerunt, & tractarunt, modò approbantes, modò reprobantes ſententiam earum, modò aliqua addentes, & de nouo quærentes, & diſputantes, quæ ad legis materiam ſpectant.

Quod

Quod cùm ita sit, non video cur repudiandi sint. Tractant enim ea quæ ad textum pertinent, examinantque Glossarum sententias & placita. Non mihi credas, sed ipse legas, & videas, casque vt dicitur in rem præsentem.

Vis vt addam doctissimi Cisneri testimonium in præfatione ad Duarenum. Audi, Appingam verba eius: *Primus igitur Accursius admirabili diligentia, incredibili labore, excellenti ingenio, quæ superiores ad diuersa loca, quibus interpretatione opus esse putabant, Glossemata passim, & seorsim composuerunt, collegit, ijsque sua addidit, & cùm ad uniuersum ius congessit, tum ad singulas ferè leges applicuit. Nec ipsas modo leges, & quæ inter se, uel similia, uel pugnantia sibi esse uiderentur annotauit; sed et dissentientes priorum interpretum opiniones suis locis retulit, & collatione earundem facta, suam quoque subiecit; Ac cùm ne sic quidem satisfieret iuris studiosis, qui eum insecuti sunt, ueluti ducem & autorem intuentes, non tam ipsas leges sibi explicandas, quàm scholia separatim ab illis edita, tum ab Accursio in unum quasi corpus contracta, perpendenda proposuerunt. Itaque luculentiores expositiones & enarrationes ediderunt, in quibus mediam uiam inter eos, qui ætate maiores, quique minores erant, sunt secuti, cùm & Glossarum modum excederent, & sibi à Comentariorum magnitudine temperarent*, &c.

Sed iam præcepta sunt notanda, quæ mihi hoc saxum viginti iam annis voluenti in mentem venitur, longoque vsu & experientia didici.

Primum omnium vitanda est barbaries antiquorum. Neque enim in tanto illi honore haberi debent, sicut olim suos Reges habuisse Actiopes feruntur (quod & Illustrissimus Cardinalis Bolognetus monuit) apud quos vsu id seruatum fuit, vt si forte Rex vel crure, vel oculo, vel quo alio membro caperetur, tunc statim domestici omnes eandem sibi partem certatim frangerent, atque præciderent, turpè scilicet existimantes, quo vitio Regem deformatum ac mancum viderent, eo se carere. Nam cùm felix hoc nostrum sæculum, excussa veterum barbariæ, linguarum peritia mirificè excultum sit, danda est opera, vt nostra hæc iurisprudentia pristino (quod fieri potest) nitori restituatur.

Secundò, fugiendum est nimium philologiæ studium, & aliarum scientiarum, quo plerique recentiores maximè flagrarunt, quibus iuris studium ueluti quoddam parergon est. Licet enim uariæ lectionis studium damnandum non sit, quoniam sicut campi uario florum herbarumque genere uestiri, pulchrius arrident, ita & ingenia uarijs exculta disciplinis, pulchriores fructus, & suauiores edere solent, modus tamen in ea re seruandus est, quod opportunè significauit mirificus ille artifex, qui in opere suo moneri se à sutore de crepida passus est, cæterùm eundem etiam de crure disputare uolentem, suprà crepidam ascendere prohibuit.

Indicauit etiam hoc Plato, dum conductores cuiusdam arcis, qui secum de forma & modo ipsius construendæ sermonem habere uolebant, ad Euclidem geometram ire iussit. Propius autem ad rem nostram Scæuola: nam quoties de iure prædatorio consulebatur, ad Furium & Casellium, qui huic scientiæ dediti erant, consultores reijcere solitus erat, ab ijs negocium aptius explicari posse fatendo, qui quotidiano eius usu callebant.

Tertiò, labore opus est non paruo. Namque pulchra difficilia sunt. Imò ut ait Satyricus: *Nil sine magno vita labore mortalibus dedit*. Et Poetæ. Ne Herculi quidem Iouenato, nisi maximis exantlatis laboribus cælum dederunt. Magni nominis inter Iurisconsultos Bartolus periculum subijt honoris et uitæ amittendæ, dum negligenter causæ cuiusdam rei dans operam, eum capite plecti iubet. Nemo ignorat qualis & quantos inter medicos fuerit Galenus, ille verò de seipso sic scribit: *Felicitatem meam, quam beneficio paterno habueram, quamuis ego maiorem adhuc redderem, quod citius meliusque reliquis omnibus quæcunque docebar ediscerem, nisi tamen per uniuersam adeò uitam in medicinæ philosophiæque theorematibus me diligenter exercuissem, nihil præclarum consecuturus eram*. Tanta uerò animi paulatim acquirenda cognitione sese pascentes delectatione perfruuntur ut iucundi labores omnes, suauissimæque sint uigiliæ. Malè cum ijs studiosis agitur, qui rebus alijs animi intentione occupata, ad scholas tamen accedunt. Ausim dicere, eos oleum & operam amittere, grauissimi autoris Senecæ testimonio: *Magna*, loquit, *pars vitæ elabitur malè agentibus. Maxima nihil agentibus. Tota aliud agentibus*, Qui enim auribus solis præsentes, mentem aliò intendunt, ij aliud agere Latinis dicuntur.

Quartò, assiduitate opus est. Ars enim longa, vita breuis, vt sapientissimus dicebat Hippocrates. Quanquam, vt dicebat Cicero, satis temporis ad comparandas artes natura nobis suppeditauit, sed breue nos ipsi facimus, in delitijs, iocis, voluptatibus, sodalitatibus, bonam eius partem absumentes. Solebant veteres fortunam ita effingere, vt mulier esset, quæ pilæ insisteret. Mercurium autem studiosorum numen cum designabant, basem quadratam seu vndique quatuor angulis nitentem tesseram efficiebant; hoc modo studiorum firmitatem significantes. Et extat Hesiodi carmen, quo iubet in summo uasis, itemque in imo, quantumlibet potare, dum in medio simus parci, quo interpretes indicari allegoricè putarunt, temporis in pueritia & senectute rationem reddendam non esse quoad studia, sed mediæ ætatis, quæ studijs aptissima est, nos debere esse parcissimos.

Quintò, necessaria est exercitatio. Omne artificiũ inquit Marcellus, exercitatione recipit incrementũ, & Arcadius dixit, Herennium Modestinum notãdo & disputando multa optima ratione decreuisse. Hesiodus autor grauissimus & antiquissimus, duas scribit esse Eridas, hoc est, cõtentiones. Alteram hominibus noxiam, alteram uerò utilem. In priore contentione, inquit, is qui uictor est discedit ex certamine peior, in altera uerò is qui uictor est, discedit gloriosior, uictus uerò melior: Illa, ut dicebat Alciatus, ad studiosorum rixas & tumultus pertinet, hæc ad literarias contentiones, disputationesque.

Sextò, necessaria est perseuerãtia. Nec enim si quid difficillimum inueniatur statim abijciendus est liber, sed perseuerandum.

Gutta cauat lapidem non vi sed sæpe cadendo.

Scribit Galenus lib. 3. Methodi, cap. 2. cum sibi persuasisset Hippocratem nihil absque magna ratione dicere, & tamen Aphorismum illum (*Dolores oculorum uel potio, uel balneum, uel fomentum, uel phlebotomia, vel purgatio tollit*) non intelligeret, indefessa ac planè obstinata cogitatione se tandem ueritatem ac mentem Hippocratis assecutum esse.

Summus labor, pertinaxque studium, ac industria Demosthenis nota est. Is cùm sibi actionem deesse uideret, domunculam ædificasse dicitur subterraneam, in qua lucubraret. Huc se quotidie contulisse ad formandam actionem, & effingendam uocem, sæpeque menses ipsos ibi mansisse, & capitis alteram partem rasisse, ne licet, maximè uellet, prodire posset uerecundiæ causa. Illudque etiam memoriæ proditum est, eundem Thucididis libros octies descripsisse, ut eius phrasim memoriæ mandaret. Scribit Fabius Quintilianus, Heraclidem Sophistam Licium, hebeti ingenio, & ad politiorem cultum ineptissimo, fuisse, pertinaci tamẽ studio id demum assecutum fuisse, ut à magnis autoribus elegantissimus appellaretur atque eloquentissimus. Is postea re ipsa edoctus, nihil esse quod perti-

nax

nax ſtudium non uincat encomium laboris ſcripſit. A

Septimò, illud meminiſſe oportet quod Alciatus monet lib.6. Parergon, cap.8. ſtudijs plus conſerre oculos, quàm aures. Proponit Homericum griphũ, cuius carmina ex 19. Odiſſeæ Vrgilius lib.6. Aeneid. ſic Latinè reddidit.

Sunt geminæ ſomni portæ quarum altera fertur.
Cornea, qua veris facilis datur exitus vmbris.
Altera candenti perfecta nitens Elephanto;
Hac falſa ad terras mittunt inſomnia manes.

Ait Alciatus ebore dentes repræſentari, cornu verò oculos. Quæ proprijs luminibus à nobis conſpiciuntur, ea & certiſſima eſſe, & memoria faciliùs teneri. Quæ verò auditu duntaxat de ore aliorũ percipimus, B incerta eſſe, & quaſi per nebulam nobis inſpecta celerius euaneſcere. Studijs igitur & diſciplinis plus corneam pupillam conſerre, quàm eburneos dentes.

Poſtremò & illud obſeruandum eſt, quod idem Alciatus alibi monet, in hac arte addiſcenda, præceptore ac duce, vt & in alijs omnibus, opus eſſe. Damnat S. Hieronymus arrogantiæ eos, qui ſine magiſtro ſe didiciſſe gloriantur. Nam ſi ſatis eſſet ex ſolo commentario ſapere, haud quaquam opus fuiſſet tot Philoſophis, vt per exteras nationes peregrinarentur, eos audituri, quorum libros iam in cubiculo legiſſent. Viua vox magis afficit, plenius quaſi paſcit & alit, altiuſq; deſcendunt in animum, in eoque tenacius hærent, quæ pronunciatio, vultus, habitus, geſtus docentis affixerit. Non ſe liber explicat, vt præceptores facere cõſueuerunt, qui multis exemplis, ſententijs, argumentis vtuntur, eaque omnia quæ docent vocis moderatione illuſtrant.

Sed iam receptui canendum eſt. Tibi Deus fons & largitor omnium ſcientiarũ, per quem Reges regnãt, & legum conditores iuſta decernũt, gratias ago, quod me hoc opus ad finem perducere volueris. Quæcunq; ſcripſi, ſanctæ Catholicæ & Apoſtolicæ Romanæ Eccleſiæ, eiuſque Sanctiſſimi & ſummi Sacerdotis Domini noſtri Ieſu Chriſti Vicarij, Pontificis Maximi cenſuræ ſubijcio.

Tu verò, benigne lector, omnia æquo animo accipe, ſi quid rectè monui, Deo acceptum referas, ſi qua in re erraui, memor ſis Iuſtiniani ſententiæ: *Omnium meminiſſe, & in nullo penitus errare, diuinitatis eſt potius quàm mortalitatis.*

ANDRAE



ANDREAE FACHINEI
I. C. FOROLIVIENSIS, &c.
CONTROVERSIARVM IVRIS
LIBER DECIMVS.



CAPVT PRIMVM.

Vtrum Ecclesia in integrum restituatur aduersus præscriptionem quadraginta annorum.



IN controuersia positum est, vtrum Ecclesia in integrum restitutionem petere aduersus præscriptionem quadraginta annorũ possit. Et multis placuit nõ posse, quos refert & sequitur Soc. senior. in cons. 266. nu 24. lib. 2.

Fundamentum est, quia nullus est in iure Canonico locus, quo probetur huiusmodi restitutionem competere. Contrà verò, plurima sunt testimonia quibus disertè cautum est quadraginta annorum præscriptionem Ecclesiæ nocere. cap. De quarta. cap. Vigilanti. cap. Quia indicante. de pręscript.

Huc accedit quod si daretur restitutio, nunquam Ecclesię noceret pręscriptio; nam semper in integrum restitueretur, quod nõ accidit in minoribus; quia illi fiunt maiores, & post quadriennium excluduntur. l. vlt. C. de temp. in integrum restit.

Sed contraria sententia & communior est & probabilior, extraditis per Oddum de restit. in integr. par. 2. quęst. 90. art. 3.

Fundamentũ est hoc, solidum vt mihi videtur. Ecclesia vtitur iure minoris, c. 1. de restit. in integrum. Sed minor restituitur aduersus præscriptionẽ quadraginta annorum. Ergo, & Ecclesia. Minor probatur. Nam minor olim restituebatur aduersus præscriptionem longi temporis. l. Vn. C. si aduersus vsucap. Iustinianus autẽ statuit eam non currere contra minorem, l. vlt. C. in quib. causis in integrum restit. non est necessaria: Ergo aduersus pręscriptionem longissimi temporis 40. scilicet annorũ hodie restituendus est. Hæc enim præscriptio currit contra minorem, l. Sicut. C. de præscript. 30. vel 40. annor. Ergo minori danda est restitutio, eadem ratione, qua olim dabatur aduersus præscript. longi temporis, ne. s. minor pp suam negligentiam vel imprudẽtiam damno afficiatur.

Confirmatur hæc sententia ex regula generali quæ
A ponitur in Clem. 1. de in integr. restit. vbi summus Pontifex dicit. *Ab Ecclesia aduersus lapsum temporis, in quo se læsam affirmat, restitutio peti potest.* Intra quadriennium tamen: vt ibi dicitur & in c. 1. eod. tit. lib. 6. Ex quo tollit argumentum, quo dicebatur, nunquam Ecclesię nocituram esse præscriptionem, si ei restitutio concedatur; Nocebit enim post quadriennium, vt patet.

Alterum verò argumentum facilius diluitur, quia satis videtur expressum iure Canonico, Ecclesiam esse restituendam aduersus istam pręscriptionem, & iuris ratio sans id suadere videtur, vt ex dictis patet.

CAPVT II.

B ### *Vtrum minor vigintiquinque annis aduersus contumaciam iudicialem restitutus, expensas aduersario restituere teneatur?*



MInor etiamsi quasi cõtumax condemnatus sit, in integrum restitutionis auxilium implorabit, inquit Hermogenianus in l. 9. ff. de mino. Sed an sumptus aduersario reddere teneatur iuxta l. Sancimus. C. de iudi. non est eadem oium snia.

Nam Bart. in l. Si finita. §. Si forte. ff. de dam. inf. videtur velle sumptus restituendos esse; quẽ refert & sequitur Ias. in d. l. Sancimus, nu. 7. Idem docet Hostiensis in
C summa de in integr. restit. §. vlt. ad finem, & ita decidit Capella Tholosana decis. 329. & seruari hãc opinionem in Parlamento testatur Boerius decis. 63. nu. 6.

Contrarium docet Alex. in l. Si finita. §. Iulianus, nu. 84. de dam. inf. Natta cõs. 17. nu. 6. Odd. de rest. in integr. p. 2. q. 67. art. 2. nu. 330. Antonin. Thesaur. decis. 9. nu. 6.

Prioris sententiæ fundamentum est, quia contumax in dolo esse videt. l. Non videtur dolo carere. de reg. iur. Minori autem non succurritur in delictis. l. Si ex causa. §. Nunc videndum ff. de minoribus.

Sed respõderi potest, esse dolum pręsumptum, quo in casu minoribus succurritur. l. 1. §. vlt. ff. de eden. & in d. l. Si ex causa. §. Nunc videndum. de minorib.

Secundò, quia teſtimtio minoris non debet alteri fraudi eſſe. l. Nec auus. C. de emancipatione liberorum, lege prima, C. de his qui ven. ætat. impetr. Eſſet autem fraudi ſi minor expenſas litis non refunderet.

Tertiò, Nam in l. Intra vtile, § vlt. ff. de mino. & in c. 1. de in integr. reſt. probatur, ſumptus in rem factos, reſtituendos eſſe à minore in integrum reſtituto.

Sed reſponderi poteſt hæc eſſe diſſimilia, quia ſumptus iudiciales non ſunt in rẽ facti, & ſic in vtilitatem minoris, ſicut ſumptus vtiles, vel neceſſarij, quibus res minoris precioſior, & melior efficitur.

Poſterioris ſententiæ fundamentum eſt. Primò, quia reſtitutio, eſt in priſtinum ſtatum repoſitio l. Quod ſi minor. §. Reſtitutio. ff de mino.

Si minor ſumptus refundat non videtur eſſe in priſtino ſtatu.

Sed reſponderi poteſt, ſatis eſſe, ſi ſit in priſtino ſtatu quantum ad rem principalem; hoc eſt, vt audiatur, contumacia non obſtante; & aduerſus ſententiam reſtituatur; alioquin hoc argumentum militaret etiam in ſumptibus in rem factis.

Secundò, quia ſi minor deberet ſumptus reſtituere, nihil plus haberet, quàm quiuis alius maior qui auditur refectis expenſis, d. l. Sancimus, C. de iud.

Reſpondet Hoſtienſis, hoc amplius minori conceſſum, vt aduerſus primum decretum reſtituatur, etiam poſt annum: quod alijs non conceditur.

Replicat D. Oddus poſt annum non agi de primo decreto, ſed de ſecundo, & idcò hoc nihil eſſe.

Sed bona doctiſſimi Iuriſconſulti venia, multum eſt hoc.: Facit enim in integrum reſtitutio, vt minore poſt annum elapſum in integrum reſtituto ad ſecundum decretum perueniri non poſſit. Et conſequenter in hoc aliquid ſpecialiter tribuitur minori, quod maioribus non datur.

Tertiò quia expenſæ ſunt acceſſoriæ rei principalis, l. Terminato, C. de fruc. & lit. impen. Ergo ſi minor reſtituitur quoad rem principalem, videtur etiam in conſequentiam reſtitutus quoad expenſas.

Sed certè quod attinet ad l. Terminato nihil facit. Hoc enim dicit, *Terminato per ſententiam principali negocio, non poſſe ſuſcitari quoad expenſas, niſi ſtatim eodẽ die partibus præſentibus iudex condemnet in expenſis.*

Et in terminis noſtris aliam eſſe naturam cauſæ principalis, aliam expenſarum patet; quia contumax auditur quoad rẽ principalem, ſed refectis expenſis, d. l. Sancimus.

Quartò. Nam ſecundum Nattam ſi minor teneretur ſumptus reſtituere, eſſet in damno, & ſæpius deſiſteret à petitione in integrum reſtitutionis. Reſponderi poteſt, non videri hoc probabile; quia cauſa principalis plerunque eſt maioris momenti, quàm ipſa quantitas expenſarum. Et licet damnum ſentiat minor, id tamen æquius eſt, quàm vt aduerſarius ferat, qui fuit diligens.

Atque hæc ſententia quæ minorem hoc in caſu condemnat ad impenſarum refectionem mihi videtur probabilior. Videtur enim abſurdum, vt qui minorem in iudicio rectè conuenit, ex contumacia ipſius iacturam patiatur expenſarum. Daretur etiam minoribus occaſio iudicia eludendi, & abutendi hoc beneficio in integrum reſtitutionis.

Mouet me præterea illud argumentum. Beneficium vni conceſſum, non debet alteri nocere, l. 2. §. Meritò, ff. ne quid in loco pub. Hic autem noceret, quia alter iacturam faceret impenſarum. Reſpondet Natta, aliquando id contingere vt minor reſtituatur cum alterius iactura, ex trad. per Abb. in cap. primo, de in integ. reſt. Si quis fecerit impenſam in rem minoris, non eam recuperat niſi quatenus res eſt effecta precioſior, licet plus impenderit.

Reſpondeo id regulare eſſe in omnibus, ex l. In fundo de rei vend. & ideo non eſſe ſpeciale fauore minoris.

Concludo igitur, minorem refundere debere impenſas ſi vult in integrum reſtitui, nec hanc ob cauſam lædi, quia iure communi vtitur, l. vlt. C. de in integr. reſtit.

CAPVT III.

Ius accreſcendi an tranſeat in emptorem hæreditatis.

INſignis hæc controuerſia eſt. Titius hæres eſt à Caio inſtitutus ex ſemiſſe. Vendidit ſuam portionem hæreditatis. Poſt factam venditionem portio cohæredis defecit. Quæritur vtrum ei accreſcat, an emptori?

Duæ ſunt contrariæ doctorum ſententiæ, Vna docet emptori accreſcere, Altera venditori. Prioris authores ſunt Bar. in l. Re coniuncti de leg. 3. Curt. iun. in l. Vn. C. quando non peten. par. Duaren. de iure accreſcen. lib. 2. cap. 6.

Poſterioris Iaſon, Rip. & Crot. in d. l. Re coniuncti Salicet. in d. l. Vn. Vaſq. tit. de tacitis ſubſtit. ſeu de iure accreſcen. libro tertio, §. 21. num. 65. verſ. Illud autem dubium eſt. Anton. Gomez. variarum reſolut. Tit. de iure accreſcen. cap. decimo, num. quadrageſimoquarto, nouiſſimè Cuiacius libro duodecimo, obſeru. cap. decimotertio.

Prioris hæc ſunt argumenta. In emptorem hæreditatis tranſeunt omnia iura vtilia, & habetur per omnia loco hæredis, l. 2. §. cum quis. ff. de hæred. vel act. vend. ibi: *Emptorem hæreditatis vicem emptoris obtinere.*

Secundò quia ad emptorem hæreditatis omnia ſpectant, quæ ad hæredem peruenerunt, vel quandocunque peruentura ſunt d. l. 2. ibi: *vt nec amplius, nec minus iuris emptor habeat, quàm apud hæredem futurum eſſet.* & in §. Non tantum ead. l. illis verbis: *Et non ſolum quod iam peruenit, ſed etiam quod quandocunque peruenerit, reſtituendum eſt.*

Tertium argumentum ſumitur ex l. Papinianus. ff. ad Treb. vbi portio deficiens accreſcit fideicõmiſſario, quia in eum tranſeunt omnia iura hæreditaria.

Quartum ſumitur ex l. Si totam. ff. de acq. hæred. Vlpianus: *Si totam hæreditatem, aut partem ex qua quis hæres inſtitutus eſt, tacitè rogatus ſit reſtituere, apparet nihil ei debere accreſcere, quia non videtur habere.* Sic in caſu iſto non debet accreſcere venditori, quia rem non videtur habere, ergo accreſcit emptori.

Quintum argumentum eſt, quia ius accreſcendi ſequitur rem ſeu portionem, non autem perſonam, l. ſi Titio. ff. de vſufr. ibi: *Quoniam portio fundi portioni; vſusfructus perſonæ accederet.* Ergo accreſcet emptori apud quem eſt portio, non autem venditori, qui nihil habet.

Poſterioris ſententiæ fundamentum eſt, Primò, quia venditor hæreditatis retinet iura directa: licet enim võdiderit, tamen videtur eam poſſidere. l. 4. § vlt. ff. ſi quis omiſſa cauſa, ibi: *Si quis vendiderit hæreditatem, poſſidere videtur:* Ergo ei competit ius accreſcendi; quia hoc ius ad hæredem ſpectat, non autem ad extraneum. Secundò, quia inter ſuccedentes diuerſo iure, non habet locum ius accreſcendi, l. ſed cum patrono. ff. de bonorum poſſeſſione. Sed hic ſucceditur diuerſo iure; Hæres enim ex teſtamento ſuccedit, Emptor autem ex contractu. Igitur inter eos ceſſat ius accreſcendi. Tertio, ex eo quod habetur in l. Ex facto, §. Iulius Longinus, ff. de vulg. vbi ad eum, cui portio hæreditatis aufertur, & fiſco applicatur, pertinet portio deficiens; non autem ad fiſcum, qui aliam portionem habet. Sed nihil eſt, quia ibi fuit ſubſtitutio expreſſa cohæredis, non autem fiſci: & cohæres ſatis fuit in eo punitus, in quo fecit contra legem, vt inquit ibi I. C.

nimirum,

nimirum, vt suam portionem amitteret, propter fidem A accommodatam de restituendo incapaci.

Quartò, quia vendita hæreditate habenda est ratio quantitatis bonorum, quæ fuit tempore venditionis. l. 2. §. 1 de hæred. vel act. vend. Sed portio deficiens post véditionem non est in hereditate tempore factæ venditionis, Ergo non pertinet ad emptorem.

Hæc posterior sententia magis placet. Ad primum, & secundum argumentum contrariæ sententiæ respódeo, omnia iura transire ad emptorem portionis ei venditæ; & si quid postea peruenit, scilicet ad eam portionem, quæ vendita est, pertinens. Sed istud ius respectu alterius portionis est, quæ non fuit vendita: ergo non pertinet ad emptorem: Pertinet autem ad venditorem quia ipse venditor est hæres iure directo; & portio deficiens accrescit hæredi, non autem ei qui hæres non est, qualis est emptor.

Ad legẽ Papinianus placet responsio Cuiacij lib. 12. obseru. cap. 12. & 13. loqui de hærede, qui coactus adi- B uit, ac proinde priuatus fuit suo iure. Amittit enim falcidiæ beneficium, & præceptiones, & substitutionem factam sub conditione, si patri hæres esset, & mortis causa capionem, & alia: lege. Ita tamen. §. qui suspectam, & §. si præceptis. lege, si patroni. §. A deo. ff. ad Trebell. lege. Is cui, de cond. indeb.

Ad id quod dicitur portionem accrescere portioni, respondeo sic esse accipiendum, vt is qui nullam portionem habet, nihil consequi possit ex iure accrescendi: Quomodo enim is qui sua portione indignus est, alterius portionem vellet lucrari? ita loquuntur leges allegatæ, ideoque nostram conclusionem non offendunt.

CAPVT IIII.

Quæ sit pœna abacti partus?



CVm quæritur quæ pœna sit abacti partus, in promptu est distinctio veterum Doctorũ. Aut partus animatus est, aut inanimatus. Priore casu pœna est capitalis: posteriore non item. Glo. Bartolus, & alij in l. Diuus. ff. de extraord. crim. Gomez. resolut. libro tertio; cap. 3. num. 32. Placca in epito. delict. libro primo, cap. 20. nu. 5. Osasc. decis. 60. Clarus q. 68. Cuiacius nouissimè obser. lib. 19. cap. 9.

Sed indistinctè pœnam extraordinariam imponendum arbitratus est Menochius de arbitr. casu 35. & post eum Thesaurus decisione 12. Veritas igitur ex ipsis fontibus est haurienda.

Distinctionis fundamentum inter factum animatum & inanimatum est in cap. 21. Exodi, vbi sic apertè distinguitur, secundum interpretationem Sãcti Augustini relatam, in cap Moyses 32. quæstione secunda, quæ fuit interpretatio septuaginta interpretum, vt declarat Cuiac. loco annotato, Nam secundum vulgarem interpretationem illa distinctio non habetur sicuti perpendunt Menochius, & Thesaurus locis annotans. His accedit cap. sicut ex literis, de homic. vbi S. Pontifex distinguit inter fęmm viuificatum, & non viuificatum, iubens clericos ab altari abstinere, si viuificatum abiecerint, secus autem si non viuificatum.

Adde homicidam appellari eum qui partum abiecit cap. consuluisti secunda quæstione quinta, & Tertullianus in Apologetico. *Homicidij festinatio*, inquit, *est prohibere nasci, nec refert natam quis eripiat animam, an nascentem disturbet. Homo est, & qui est futurus, & fructus hominis iam in semine est.*

Contrariæ autem sententiæ fundamentum est in lege Cicero. in secundo casu. ff. de pœnis, in lege Diuus de extraorden. & in lege, si mulierem ad legẽ Corn. de Sicar. quibus in locis pœna exilij constituta est, excepto eo casu, quo mulier pecunia accepta ab hæredibus secundis partum sibi medicamentis abegit, vt in dicta l. Cicero. in principio.

His accedit l. 9. ff. ad l. falcid. ibi. *Partus nondum editus homo fuisse non rectè dicitur*, quod maximè spectandum videtur in pœnalibus. l. interpretatione, de pœnis.

Dicebam ego aliter hãc rem iure Canonico, aliter iure Ciuili accipiendam. Licet enim non sit inducenda discordia inter hæc iura cap. primo, & secundo, de oper. nou. nunc. Tamen id vnum est in dubio. At hic apertè videmus iure Ciuili pœnam esse extraordinariam, excepto illo casu, quo pecunia interuenit, nec fieri distinctionem inter fętum animàtum, & inanimatum.

Iure autem Canonico consideratur hæc distinctio, & clarè adhibetur: vt patet ex textibus iam citatis.

Et ratio adferri potest, quia cum fętus animatus est, impeditur baptismus: & sic impeditur anima illa à regno Dei, quare iste homicida subiacebit meritò pœnis iuris Canonici, non autem iuris Ciuilis, quia istud non considerat dictam rationem, & loquitur de homine occiso, consequenter de iam in lucem edito, non de eo, qui est in vtero, quia ille nondum natus est, nondum homo est. Sic igitur sentio salua meliori deliberatione.

CAPVT V.

Sitne vis publica cum quis armatus alium aggreditur?



EXistimo vim publicam committi, quoties quis alium armatus in loco publico inuadit vti respondit Thomas Gramm. consi. 43. & 55. Clarus q. 83. vers. Vim publicam, & alij quos isti commemorant.

Moueor authoritate tex. in l. 3. ad l. Iul. de vi pub. *Eadem lege tenetur* (ait tex.) *qui pubes cum telo in publico fuerit.* Est enim vis publica cum armis, vis priuata sine armis. §. Item lex Iulia inst. de pub. iud. Ratio est quia omni armorum metu offenditur, ac perturbatur publica securitas.

Aliam diuersam sententiam Bart. videtur habuisse in l. si criminis. C. eod. tit. dum scribit. *Iniuriam factam personæ, ita demum cadere in crimen publicum legis Iuliæ de vi, si fiat coadunatis hominibus*, idq; deducit ex illa lege.

Eandem sentẽtiam late defendit Thesaurus decis. 35. Motus ex l. 3. in fi. & l. qui cętu. ff. ad l. Iul. de vi pub. vbi dicitur quis facere vim publicam, qui hominibus armatis, qui cętu, concursu, turba & c. inuadit, & ex l. qui dolo. ff. eod. vbi ait tex. *Hac lege tenetur qui conuocatis hominibus vim fecerit.*

Deinde argumentum sumit ab etymologia. Dicitur enim publicum, quasi populicum. Ideo vt vis sit publica, requiritur, vt sit populica, quod sit armatis, & coadunatis hominibus.

Prælertim cum hodie inquit, non ita telorum portatio prohibita sit, imò ad solos seruos Imperator Leo, & Anthemius prohibitionem restrinxit, in l vlt C ad legẽ Iul. de vi pub. & hodie est arbitraria. lege si præses. ff. de pœnis:

Verùm ista nihil mouent. Nam quod attinet ad dictã legẽ, si criminis. C. ad legẽ Iul. de vi pub. illa loquitur de eo qui conuocatis hominibus vim facit, quò quis verberetur & pulsetur, vt patet ex illis verbis. *Sed quoniam à Fisciulo etiam te verberibus affectum asseuerat, si hominibus coactis hoc fecerit, si legis Iuliæ de vi priuata*, &c.

Hoc enim casu incidit quis tam in legem Iuliam de vi publica, quàm de vi priuata, vt patet ex lege, qui dolo. ff. ad legem Iul. de vi pub. & lege secunda ff ad legẽ Iul. de vi priua. cuius rei causam attulit Cuiacius ad senten. Pauli tit. 26. quem secutus est Menochius, de arbitr. casu 394. num. 8.

Malè igitur Bartolus colligit ex illo textu, ad vim pu- A blicam requiri coadunationem hominum, quia etiam coadunatis hominibus locus est legi Iuliæ tam de vi publica, quàm de vi priuata.

De vi publica, quia publica pax turbatur coadunatis hominibus. De priuata, quia vis facta est à persona priuata.

Non obstant aliæ leges quæ coadunationem hominũ exigere videntur; quia fateor tunc quoque esse vim publicam: sed non negant dictæ leges etiam aliter, quàm coadunans hominibus posse committi vim publicam. nam posse committi probatur, in l.3.ff.eod tit.

Argumentum ab etymologia nihil est, quia iam clarum est posse committi aliter, quã coadunatis hominibus, & in hoc casu etiam locum habet etymologia, quia publica pax turbatur ex armorum metu, vt supra dixi.

Illud improbo, quod armorum prohibitio restricta sit ad seruos, quoniam priuatis hominibus prohibitum esse armorum vsum patet ex l. Vni. C. vt armor. vsus, lib. 11. B Rolan. à Valle consi. 3. lib. 2.

Illud probo, si vtriusque legis crimina obiecta sint, mitiorem legem, hoc est priuatorum, esse sequendam. l. si præses de Pœnis.

Puto etiam cessare pœnam legis Iuliæ, de vi publica quæ deportationis est. Lege, Qui dolo in fine. ff. eo. cum armorum vsus est alicui concessus: quia tunc cessat ratio, quam adduxi.

Cessat etiam dicta pœna quoties illud absurdum oritur, de quo per Grammaticum consi. 43.

CAPVT VI.

Quæ sit pœna stupri violenti.



NOn assentior Claro in §. stuprum vers. Sed quæro: asserenti pœnam mortis esse, neq; C Bossio idem docenti tit. de coitu damnato, & punibili, num. 19. etenim fundamentum nullum est quod constituunt, in §. Item lex Iulia instit. de pub. iud. illis verbis. *Sed eadem lege etiam stupri flagitium punitur, cum quis sine vi vel virginem, vel viduam, &c. Pœnam autem lex irrogat stupratoribus, si honesti sunt, publicationem mediæ partis bonorum,* &c.

Non licet argumentari, ergo si cum vi pœna mortis est; nisi raptus interuenerit, vt instit. eod. tit. §. si autem per vim.

Nec etiam iuuat hanc sententiam l. 1. de extraord. cri. Illa enim est accipienda de stupro commisso raptu interueniente. Est enim raptus, siue quis inuitam mulierem abduxerit, siue eam malis artibus sollicitauerit, & corruperit, atque ei persuaserit, vt consentiat. l. Vni. C. de raptu virg.

Pœna stupri violenti est legis Iuliæ, de vi publica l. 3. ad l. Iul. de vi pub. vbi sunt verba expressa. D

Pœna legis Iuliæ, de vi publica est aquæ et ignis interdictio. l. qui dolo. §. vlt. in fi. ff. eod.

In locum eius successit deportatio. l. 3. ff. ad legẽ Iul. pecula.

Quandoque tamen etiam mortis pœna est imposita, vt si cædes interuenerit l. 6. C. ad l. Iul. de vi pub. Vel si seruus violentiam fecerit l. seruos. C. eod. vel si raptus interuenerit. l. qui cœtu. §. 1. ff. eod.

Ergo pœna deportationis regulariter erit constituenda in stupratorem virginis violentum cuius loco successit, ex communi vsu pœna arbitraria.

CAPVT VII.

Vtrum vidua possit petere vsuras dotis mora commissas, ab hæredibus viri?



EXistimo viduam rectè petere vsuras dotis ab hæredibus viri sui moram committentibus in restituenda dote.

Primò, quia in bonæ fidei iudicijs vsuræ post moram veniunt. lege. Mora. §. In bonę fidei, de vsur. Actio autem de dote, est bonæ fidei. l. Vni. §. sed & si. C. de rei vxo. act.

Secundò ex dicta lege. Vnica. §. exactio ibi. *Sin autem supersederit res mobiles,* &c. *restituere, etiã vsuras æstimationis omnium rerum,* &c. *maritus præstet*. Eadem ratio est in hærede mariti.

Tertiò, quia dos datur, vt interueniat oneribus matrimonij Lege: Pro oneribus. C. de iur. dot. ergo hæc tacita conditio inesse videtur obligationi dotis, vt ex ea sustineri possint onera matrimonij. Quare sicut vsuræ debentur marito si dos non ei detur c. salubriter de vsur. ita & mulieri si non ei dos restituatur, quod est argumẽtum Nauarri, in cap. si fœneraueris 14. q. 13. nu. 67.

Quartò, quia plerisque in locis vel statuto vel consuetudine cautum est, vt vsuræ præstentur mulieri viduæ, si dos ei non reddatur.

Quintò, quia plerisque in locis non desunt lucrandi occasiones ijs qui pecuniam habent in promptu, vel emptione rerum immobilium, vel annuorum redditium, vel aliter. Quare videtur peti posse vsuras quasi lucri cessantis nomine, & vice.

Atque ita docuerũt Cyn. & Dyn. in d. § exactio Grãmat. decis. 103. nu. 93. Iason consi. 92. lib. 1. Panor consi. 39. lib. 2. Nauarrus, vbi supra. Anton. Thesaur. decis. 42. alios citat Lupus, in l. Curabit Comment. 1. § 4. num. 48. quibus & ipse assentior.

Contrarium docuerunt Bart. in l. At qui natura §. Nõ tantum, de neg. gest. in l. in insulam §. vsuras solut. matr. Alexan. in l. Diuortio, num. 23. eod. tit. & consi. 27. lib. 4. Affl. deci. 284 Cagnol. in l. Curabit, nu. 15. C. de act. emp. Crauetta consi. 89. nu. 3. & 189. num. 7. Couuar. lib. 3 variar. cap. 1. vers. Sextò hinc. Lupus loco proximè annotato. Menoch. consi. 703 nu. 15. lib. 8.

Primum argumentum est, quia vsuræ iure canonico sunt prohibitæ, etiam pro redemptione captiuorum c. super eo, de vsur.

Respondeo istud esse intelligendum, de vsuris locratiuis; nostra quæstio est de vsuris compensatiuis. Nam cũ dos detur vt sustineãtur onera matrimonij, hęc tacita cõditio inest doti; & sic mulier debet vsuras cõsequi in cõpensationẽ fructuũ ex quibus ali & sustentari posset.

Secundum. In vidua cessat ratio c. salubriter, de vsuris quia non sustinet onera matrimonij, sicut maritus, ergo non debentur ei vsuræ dotis.

Respondeo eandem rationem in vidua militare, vt possit se ex dote sua alere, & sustentare. Et cum vir & vxor sint correlatiua, dispositum in vno videtur porrigendum ad alterum, vt dicebat in proposito Nauarrus. l. 1. C. de Cupressis lib. 11.

Tertium argum. In potestate est viduæ dotem suam consequi; ergo vsuræ ei non debentur. l. 1. ff. de vsur. ibi. *Cum in potestate sit actoris iudicatum exigere*, quæ sunt verba Papiniani.

Respondeo rationem illam Papiniani à Paulo reprehensam fuisse, vt ex sequentibus verbis apparet, sic enim ait tex. *Paulus notat, quid enim pertinet ad officiũ iudicis, post condemnationem futuri temporis tractus?*

Pręterea argumentũ procedit cum debitum offertur creditori; tunc si non accipiat, non potest vsuras petere: sed aliter dicendum cum debitor interpellatus non soluit; tunc enim vsuræ debentur in recompẽsationẽ damni, vel lucri cessantis.

Denique

Denique non poteſt debitor, qui fuit in mora, debitori culpam adſcribere cur non petierit. l.pen.ff.de vi & vi arm.

Et certè ſi valeret hęc ratio, nec maritus nec vllus alius poſſet vſuras petere poſt moram, quia ſemper culpa ei imputaretur, cur non coegiſſet debitorem iudicialiter ad ſoluendum: quod cum minimè dicendum ſit, ſequitur, nec iſtud poſſe viduis obijci dum hæredes ſunt, in mora dotis reſtituendæ.

CAPVT VIII.

An vſuræ donationis propter nuptias viduæ poſt moram debeantur?

NOn deberi ter deciſum fuit in conſilio Neapolitano teſte Afflicto deciſ.291. Sed contrarium ſuo tempore deciſum fuiſſe in eodem conſilio teſtatur Grammaticus deciſ.103.nu.96. Et hanc ſententiam poſteriorem Senatus Pedemontanus ſecutus eſt apud Theſaurum deciſ.45. quæ mihi etiam placet.

Probatur in §. Si autem. in Auth. de non elig. ſecun. nub. ibi. *Sin autem omnis forte conſiſtat in pecunijs, aut alijs mobilibus rebus antenuptialis donatio, tertiam vſurarum partem percipientem matrem cum cautione iam deſinita, non exigere à filijs aurum, niſi forte idonea ſit viri ſubſtantia, &c.*

Idem probatur in l.Hac edictali, §.His illud. C.de ſecund. nupt.

Fundamentum contrariæ ſententiæ eſt, quia donatio propter nuptias dicitur lucrum, quod facit mulier ex dote, l.Aſſiduis, C.qui.potio in pign.habean Conſequenter mulier haberet vſuras ex lucro, & ſic vſuras vſurarum, quod iure prohibitum eſt, l.Improbum. C.ex quib. cau. infam.irrog.

Reſponderi poteſt non hic agi de vſuris vſurarum, ſed de vſuris percipiendis ex ſorte, hoc eſt, ex quantitate debita donationis propter nuptias. Licet enim ea lucro cedere vxoris dicatur, nō cedit tamen lucro tanquam vſura, ſed tanquam ſors debita ex pacto vel ſtanito.

CAPVT IX.

An vſuræ dotis longo tempore non exactæ præſumantur remiſſæ?

TRes ſunt doctorum ſententiæ hac de re. Vna, remiſſas videri: ita Dionyſius Peruſinus inter conſilia Baldi conſ.474.lib.3. Alexander conſ.74.nu.8.lib.5. Corneus conſ.206.lib.2. Alciatus de Præſumpt.reg.1.Præſumpt.32.num.4. Tiraquell. de Præſcript. §.1. Gloſ.4. verſ. Octauò iſtis. Menochius de Præſumpt.lib.3. Præſumpt.12.

Fundamentum eſt in l. Cum quidam. §. Diuus. ff. de vſuris. *Diuus Pius reſcripſit, parum iuſtè præteritas vſuras petis, quas omiſiſſe te, longi temporis interuallum indicet, &c.*

Et in l.Vir vſuras. ff.de donat. inter vir.& vxor. Papinianus. *Vir vſuras promiſſę dotis in ſtipulatum deduxerat, eaſque non petierat; Cum per omne tempus matrimonij ſumptibus ſuis vxorem & eius familiam vir exhiberet dote prælegata, ſed & donationibus verbis fideicommiſſi confirmatis, legato quidem dotis vſuras non contineri videbatur, ſed titulo donationis remiſſas.*

Altera eſt ſententia remiſſas non videri. Ita Roman. conſ.517.nu.14. Iaſon in l.Quę dotis, num.19.ſol.matr. Alex.conſ.56.nu.6.& 63.nu.16.lib.4.et 208.nu.10.lib.7. Corneus conſ.vlt.lib.2.& conſ.164.lib.3.& 53.num.3. lib.4.Deci.conſ.571.num.4.Balb.de Pręſcript.in 1.parte 5.partis princ.q.10.nu 4. Grammat.deciſ.70.

Fundamentum eſt in l.Libertis.§.1. ff.de alim. & cib.

A leg. vbi alimēta pręteriti temporis peti poſſunt, licet longo tempore petita non fuerint.

Et quia actio non tollitur minori ſpatio 30. annorum l.Sicut.C.de pręſcript.longiſſ.temp.

Tertia eſt ſententia Oſaſci deciſ. Pedem.152. diſtinguentis vtrum maritus adhuc viuat, & vſuras petat temporis præteriti, & tunc non videri remiſſas; an verò ſit mortuus & nunquam petierit, & tunc remiſſas videri.

Mihi prior ſententia magis arridet, cum nitatur textu ſatis euidenti in d.§ Diuus: reliquę verò ſententiæ nullum firmum fundamentum.

Nam quod attinet ad d.l.Libertis.§.1 non loquitur de vſuris, ſed de alimentis, quę ſunt longè fauorabiliora.

Regula verò d.l.Sicut, ad rem non facit; quia iſta non eſt pręſcriptio temporis, ſed coniectura quędam remiſſionis factę ex longi temporis interuallo, quo quis vſuras non petijt. Fateor eſſe hanc coniecturā fortiorem ſi maritus nulla petitione vſurarum facta deceſſerit; ſed tamē

B etſi non deceſſerit, non puto.

CAPVT X.

Excuſſio principalis debitoris, an requiratur cum quis agit hypothecaria contra poſſeſſorem rei ſpecialiter obligatæ.

COnſtat ex Nouella 4. de fideiuſſ. hypothecariam exerceri non poſſe contra poſſeſſores, niſi prius excuſſo principali debitore. Sed obijcitur quod Iuſtinianus ſcribit Nouella 112. tit.de litigioſis.in hæc verba. *Ab hoc autem litigioſi vocabulo hypothecas ſeparari decernimus, & in his hanc diſtinctionem tenere, vt ſiquidem ſpeciales res mobiles, vel immobiles aut ſe mouentes, nominatim fuerint hypothecæ ſuppoſitæ, liceat quidē debitori eas quando & cui voluerit vendere; ſic tamen vt ex precio earum vſque ad debiti quanti-*

C *tatem ſatisfaciat creditori. Si autem hoc debitor non fecerit, damus licentiam creditori, qui rem venditam ſuppoſitam habet, eandem rem vendicare, donec ei ſatis pro debito fiat.*

His verbis Imperator videtur dare poteſtatem creditori rectà vendicandi res ſpecialiter hypothecæ ſuppoſitas: ergo, nulla requiritur excuſſio principalis debitoris. Atque ita ſentit Accurſ.d Nouell.4. de fideiuſſ. §. Sed neque. & hanc ſententiam latè defendit Antonin. Theſaur.deciſ.51.

Sed mihi non placet. Primò, quia generalis eſt conſtitutio illa quę requirit excuſſionem principalis debitoris, & conſequenter omnem hypothecam complectitur ſiue generalem ſiue ſpecialem.

Secundò, quia eadem eſt ratio in ſpeciali quę in generali hypotheca.

Tertiò, quia ſi hoc erat diſcrimen adhibēdū inter ſpecialem & gn̄alem hypothecā, ęquum erat id exprimere.

D Quartò, quia nō ille eſt ſenſus dictæ Nouellæ 112. tit. de litigioſis, ſed hęc eſt ſn̄ia Imperatoris: ſi creditor conuenerit debitorem, qui ei res obligauerat, & is pendente lite res nominatim obligatas alienauerit, nō incidere in pęnā alienantis res litigioſas, imò licere ei res vendere, ita tn̄, vt ex precio earū creditori ſuo ſatisfaciat. Niſi ex dicto precio creditori ſuo ſatisfecerit, dat Imperator licentiam creditori res alienatas vendicandi.

Ita hāc rem, & rectè, explicauit Cuiac. in expoſitione Nouellę 4. de fideiuſſ. com dixit non aduerſari Nouellā 112. q̄a in ſpecie d.Nouellę, creditor egit prius perſonali, lite autem pendente pignus à debitore venditum fuiſſe, quare ei licere cum emptore experiri hypothecaria.

Non explicauit Cuiacius, cur dicta Nouella 112. loquatur de hac facti ſpecie, quando ſcilicet creditor prius egit cum debitore, & is lite pendente rem vendidit; ſed tamen id veriſſimum eſt. Nam Imperator ibi dicit hypothecas ſeparare à vitio litigioſi; quod nil eſt

alind, quam rem litigiosam non esse, quæ hypothecæ supposita est, licet lis super ea pendeat inter debitorem & creditorem. Consequenter debitor etiam lite pendēte potest alienare rem speciali hypothecæ suppositam. Ratio est quia lis debet esse de dominio rei, non autem de hypotheca, vt res dicatur litigiosa & alienatio prohibita, quare debitori licet alienare, sed vult Iustinianus vt ex precio redacto eo, ipsa re alienata creditori satisfaciat, alioquin creditori dat facultatem eam vendicandi: Et hoc est quod Imperator ait, *damus licentiam creditori qui rem venditam suppositam habet, eam vendicare* scilicet in casu isto speciali: vt patet ex verbis præcedētibus. Ex quo non rectè infertur ad generalem conclusionem, quod possessor rei specialiter obligatæ possit hypothecaria cōueniri, non facta excussione debitoris principalis.

CAPVT XI.

Ad l. Cum quis. C. de iuris & facti ignorantia.

Diocletianus. *Cum quis ius ignorans indebitam pecuniam soluerit, cessat repetitio.* l. 10. C. de iuris, & fa. ignor.

Mouet dubitationē quod Papinianus scribit in l. 7. ff eod tit. iuris ignorantiam nō nocere suum petentibus: & rursus in l. 8. eod. iuris errorem in damno amissionis rei suæ, non nocere. Nam si non nocet iuris ignorantia ijs, qui de damno euitando certant, videtur dicendum ei, qui indebitum soluerit iuris ignorantia, repetitionem competere: ne damnum incurrat amissionis rei suę, hoc est pecunię indebitè solutę.

Veteres omnes post Accurs. explosa Vltramontanorū sententia, ita rem hanc explicant, vt concludant, hanc constitutionem non esse accipiendam de omni indebito soluto ex iuris ignorantia, sed de eo quod ciuiliter indebitum est, verum debitum naturaliter: exemplum est in l. pen. ff. de iu. & fa. ign. & in l. 1. & l. error. C. ad l. falcid. Cæterum si aliquod sit indebitum, tam ciuiliter, quam naturaliter repeti posse, ne quis sentiat damnum pecuniæ suæ.

Hæc sententia mihi non placet. Existimo enim repeti non posse quod iuris ignorantia solutum est indebitū, licet ciuiliter & naturaliter sit indebitum; excepta muliere, cui datur repetitio l. Quamuis. C. ad Vell.

Moueor. Primò quia d. constitutio l. Cum quis non distinguit vtrum ciuiliter tantum sit indebitum vel etiam naturaliter, nec vlla est alia lex quæ hanc distinctionem adhibeat.

Secundò. Cum quis per facti ignorantiam soluit indebitum ciuiliter, sed naturaliter debitum, non habet repetitionem. l. Naturaliter. de cond. indeb. Ergo nullum esset discrimen inter ignorantiam iuris, & facti; quod aperte repugnat d. l. Cum quis, vbi fit distinctio inter ignorantiam facti, & iuris.

Tertiò moueor ex l. Cum pater. §. Meuio de leg. 2. vbi nullo iure debitū fuit quod ex causa donationis ibi fuit solutum, & tamen repeti non potest, & ibi Glo. & Doct. dicunt ob stultitiam debitoris donatarium lucrari: id est, ob ignorantiam iuris.

Quartò, quia fideiussor inutiliter obligatus si soluat ex iuris ignorantia, non repetit. l. si fideiussor. §. Non male. ff. mand. & vbi inutilis est obligatio, fieri potest, vt nec naturalis oriatur obligatio.

Quintò moueor ex l. 2. de confessis, vbi dicitur nō esse confessum eum qui errauit, nisi ius ignorauit: Ergo confessio per errorem iuris facta nocet confitenti, quare si quis per errorem iuris confiteatur se debitorem, pro iudicato habetur l. 1. ff. eod.

Sextò ex l. 1. ff. Vt in possess. leg. ibi *benignè satisdationem condici posse*. Hæres enim ibi nec ciuiliter nec naturaliter obligatus erat ad satisdandum: satisdedit ex

A iuris ignorantia? Dicit tex. condictionem dari ex benignitate, in illo casu speciali. Sed si vera esset distinctio Doctorum ipso iure non autem ex benignitate competeret illa condictio.

Septimò quia quod scriptum est in l. 7. & 8. de iuris & fa. ign. non pertinet ad solutionem indebiti, sed ad amissionem rei propriæ. Exemplū est in l. Qui fideicommissum 81. de leg. 1.

Quod attinet ad l. 1. l. error. C. ad l. falcid. ratio est, quia hæres agnouit defuncti voluntatem. l. Non dubiū. C. de testa. l. 2. C. de fideicomm. l. si fideicommissum de cond. indeb.

Nec solus sum in hac sententia. Socios habeo Duarenum cap. 3. in tit. de cond. indeb. & Cuiac. lib. 19. ad Papinianum in explicatione l. 7. de iu. & fa. igno.

CAPVT XII.

B

Iuris ignorantia an sit lata culpa.

IVris ignorantiam latam culpam esse docuit Bartolus in lege. Quod Neruа nume. 19. ff. depo. & idem docuerunt antiqui Doct. vt videre licet ex Menochio de Præsumptio. lib. 6. Præsumpt. 23 nu. 1 ii.

Primum ex l. Regula. §. pen. ff. de iu. & fa. ign. ibi *Sciāt ignorantiam facti, non iuris, prodesse, nec stultis solere succurri, sed errantibus.*

Secundum argum. ex l. liberorum. §. Notantur. ff. de his qui not. infa. ibi. *Ignorantia enim excusat, non iuris, sed facti.*

Tertium quia leges debēt ab omnibus sciri l. Leges sacratissimæ. C. de legib. Nec permissum est eas ignorare l. constitutiones. C. de iu. & fa. ign.

Quartū quia lata culpa est, non intelligere quod omnes intelligunt l. latæ de verb. sign. sed leges ab omnibus

C sciuntur, aut sciri debent: ergo earum ignorantia latę culpæ annumerabitur.

Contrarium docet Corasius lib. 4. Miscellaneor. c. 17. Primò quia lata culpa dolum repręsentat l. 1. §. Non autem ff si is qui testa. lib. esse iuss. fuer.

Sed hoc est falsum in iuris ignorantia, quia nemini nocet in amissione rei suæ. l. 8. ff de iu. & fa. igno. ergo nō est lata culpa, quia tunc noceret, sicuti constat dolum nocere.

Secundò, quia paucissimi leges intelligūt; ergo earum ignorantia non est lata culpa, quia illa est, non intelligere, quod omnes intelligunt. l. latæ de verb. sign.

Tertiò lata culpa requirit summam negligentiam. l. cedere diem. §. vltimo, de verborum significatione, vbi appellatur nimia negligentia. Lege. Si fideiussor. ff. mād. Ergo non video, inquit Corasius, quo pacto clericus, mercator, artifex, & alij id genus homines, qui non ciuilibus studijs operam dederunt, sed honestam aliam artem

D secuti sunt, legum peritiam non habentes, in lata culpa dici debeant.

Excipiēdos autem putat Doctores, & Assessores quia isti tenentur scire iura, Lege secunda. ff. quod quisque, in lege vltima. ff. decurijs, & extraord. cog. quibus meritò obijci potest quod Seruio Sulpicio fuit obiectū l. 2. §. Seruius, de ori. iu.

Non obstat, quod dicitur leges ab omnibus sciri debere, quia id accipiendum videtur de legibus, quæ diuino præcepto vel uoo naturali ratione confirmantur, & ad morum instructionem, cohibendamque hominum insolentium vitam pertinent. Sic ferè Corasius.

Tertia est sententia Zasij libro primo sing. resp. cap. 2. numero 19. iuris naturalis, & diuinorum præceptorum ignorantiam, esse latam culpam. lege Venia. C. de in ius vocando.

Præterea in culpa est, qui ignorat legibus prohibita & illicita. l. extat. ff quod met. cau.

Rursus

Rursus si quis doctorem se profiteatur, & ius ignoret in culpa est, l. 2. §. Seruius de ori. iu.

Nec excusari qui negocia habent iudicialia si ius ignorauerint l. sicut C. de præscrip. 30. ann.

Extra dictos casus negat Zasius iuris ignorantiam esse latam culpam, quia si lata culpa est ignorare quod omnes intelligunt, econtrario non erit lata culpa, ignorare quod pauci intelligunt. Sed iura pauci intelligunt. ergo.

Ego verò constituo sex conclusiones. Prima. Non est lata culpa iuris ignorantia ad hunc effectum, vt qui iura nesciant reprehensione digni sint, aut vllam pœnam notamve infamię incurrát, quia vt dicebat Zasius, maxima pars mortalium hoc morbo laboraret, cum pauci sint iuris periti.

Secunda conclusio. Iuris ignorantia non est lata culpa ad effectum, vt amittat quis rem suam Pulchrum exemplum in l. qui fideicommissum. 81. de leg. 2.

Tertia concl. Iudices, doctores, & Assessores sunt in lata culpa si ius ignorent, l. 2. §. Seruius de ori. iu. l. 2. quod quisque iu. l. vlt de varijs & extra ord. cog.

Quarta concl. Iuris ignorantia culpæ non adscribitur minoribus 25. annis, nec mulieribus in certis casibus, nec militib. l. Regula in pari. ff. de iu. & fa. ig. l. 1. C. eod. l. vlt. C. eod.

Quinta. Iuris ignorantia culpæ adscribitur cum quis facit rem iure prohibitam. l. Liberorú §. Notantur. ff. de his qui not. inf. l. Venia C. de in ius vo. Et sic loquitur l. leges sacratiss. C. de legib. l. Constitutiones. C. de iu. & fa. ig. l. 1. de legibus ibi. *Delictorum quę sponte vel ignorantia, &c.*

Sexta. Iuris ignorantia est culpa ad effectum, vt commodum auferatur ei qui potuit consulere peritiores l. Regula. ff. de iu. & fa. ig. l. in bonorum. ff. de bon. possess. l. 2. §. vlt. ff. quis ordo in bono. possess. ser.

CAPVT XIII.

Ad l. Petens. C. de Pactis.



MVlta de pactis iá diximus libris superioribus, sed nunquam explicauimus l. Petens C. de Pactis circa quá ingens semper fuit cótrouersia.

Verba legis hæc sunt. *Petens ex stipulatione, quæ placiti seruandi causa secuta est, seu antecessit pactum, seu post secutum statim interpositum sit, rectè secundum se ferri sententiam postulat.*

Prima interpretatio. Pacto conuenisti mecum, vt aliquid dares, vel faceres. Huius pacti seruandi gratia stipulatio subiecta est, sicut olim moris erat l. Titia §. vlt. de verb. oblig. deciditur, peti posse ex stipulatione quod continetur in pacto, & petentem rectè secundum se sententiam ferri postulare. Atque idem iuris esse siue antecessit pactum, siue post secutum est.

Non placuit Accursio neque Bartolo, Alexandro, Iacopino, Aretino, Corneo nec alijs antiquiorib. propter verbum *statim* positum in textu. Nam ex stipulatione, quæ placiti seruandi causa interposita est, agi potest; licet pactum non statim secutum sit, sed longo interuallo post l. Si ita fuero stipulatus. §. 1. cum l. seq. ff. de noua. l. quidam cum filium §. vlt. de verb. obl. l. qui pecuniá. ff. si cert. pet.

Secunda interpretatio. est legem loqui de stipulatione interposita gratia declarandi id quod in pacto continetur, quod stipulationem præcessit, vel statim subsecutum est.

Reijcitur quia lex apertè loquitur de stipulatione interposita placiti seruandi gratia, non autem declarandi.

Tertia interpretatio est Bar. & aliorum communiter, loqui de pacto incontinenti adiecto, vt aliquid detur, vel fiat stipulatori, verbi gratia: Tecum conueni vt fundum meum cum tuo permutarem, & vtrinq; stipulati sumus. Postea pactus sum incontinenti, vt tibi domum ædificé; ait lex, posse ex stipulatione agi, vt fiat id, quod contine-

A tur in pacto: Hoc in casu necesse est, vt pactum statim sequatur post stipulationem, alioqui actionem ex stipulatu non informaret.

Si dicatur legem loqui de stipulatione interposita placiti seruandi gratia, hæc autem interpretatio vult, eam loqui de pacto longè diuerso à stipulatione.

Respondetur interpositam fuisse stipulationem placiti seruandi gratia, hoc est, illius primi pacti, de re permutanda. Sufficit enim stipulationem adiectam fuisse alicuius pacti seruandi causa.

Adde quod cum incótinenti pactum secutum est, stipulatio videtur interposita placiti seruandi gratia: quia de tali pacto cogitatum fuisse videtur tempore stipulationis.

Non placuit Vltramontanis, & meritò: Nimis enim dura est. Nam lex loquitur de stipulatione interposita placiti seruandi gratia, non autem alicuius placiti.

Quartam interpretationem ipsi attulerunt, pactum B præcessisse, & stipulationem interpositam fuisse, placiti seruandi causa hoc modo: Conuenimus de permutando meum Codicem cum tuo, pacto adiecto, vt tuum mihi compactum traderes; & stipulatio hinc inde fuit interposita placiti seruandi gratia. Dicit lex agi posse ad id qđ in pacto continetur: quod pactum debet esse incontinenti adiectum.

Hæc sententia cęteris displicuit, quia in proposita specie agi potest, etiamsi pactum non statim secutum esset, sicut supra dictum est, circa primam interpretationem.

Quinta expositio est Salic. hanc legem loqui de stipulatione incipiente à pręcedenti conditione hoc modo. Si Stichum non dedero promitto tibi decem nomine pœnæ: & incontinenti nudo pacto promisi tibi eundem Stichum. Dicit lex agi posse ex hac stipulatione.

Refellunt hanc sententiam Alex. Fulgo. Iacop. & alij, quia nulla in tex. fit mentio pęnalis stipulationis, & siue incontinenti siue ex interuallo pactum sit adiectum pę-C nalis stipulatio committitur, l. Si pacto quo pœnam. C. de pactis.

Sextam interpretationem attulit Angelus, hanc legé loqui de stipulatione idem continente quod pactú continet, se habens ad stipulationem per modum causæ, v. g. Promittis mihi stipulanti decem quia eadé mihi promisisti nudo pacto? Dubitandi ratio est, quia in stipulatione sine causa obstat exceptio doli l. 2. §. circa. ff. de doli mali excep. Contrarium deciditur quia duo vincula magis ligant: Interuenit enim pactum, & stipulatio.

Reijcitur, quia agi potest, siue incontinenti, siue ex interuallo pactum sequatur. Ná si nudo pacto mihi aliquid promittis; deinde nudo pacto idem promittis, Oritur actio de cóstituta pecunia l. 1. §. Debitum de const. pecu. Multo igitur magis si stipulatio interponatur.

Nouissimè Alciatus lib. 5. paradoxo. cap. 2. & in commentarijs huius legis & Cuiacius libro 10. obser. cap. 24. priorem interpretationé superius a nobis allatam appro-D barunt, quos ego sequor. Nam conuenit verbis d. legis & nullam habet difficultatem, præterquam in verbo *statim* quod videtur esse superfluum vt supra dictum fuit.

Sed respondetur non esse superfluum, quia vbi ex interuallo pactú sequitur, nullam parit actionem l. Iurisg. §. Vt puta de pact. In continenti autem adiectum parit actionem, l. In bonę fidei. C. eod. Vbi ergo pactum ex interuallo sequitur, nulla est ratio dubitandi quin agi possit ex stipulatione: non enim ex pacto potest agi. At vbi pactum incontinenti adiectum est, ratio dubitandi esse potest, quia pactum incontinenti adiectum parit actionem: ergo ex ipso agendum videbatur, non ex stipulatione.

Contrarium deciditur, quia stipulatio adijcitur pro maiori firmitate ac robore pacti: consequenter actionem producit, §. 1. Instit. de verb. oblig.

CAPVT

CAPVT XIIII.

Ad l. Si superstite. C. de dolo.


NOn parui momenti controuersia est, an in l. Si superstite. C. de dolo. patris dolus cum filia transigentis interuenerit. Affirmant Gloss. Alex. Alberi. & Salic. quia si nullus patris dolus interuenisset male rescripsissent Impp. filiæ tribuendam esse actionem in factum, loco actionis de dolo, quæ alioqui tribuenda fuerat, nisi paterna reuerentia obstitisset.

Nec potest dici dolum resultare ex immodica læsione, quia non ex quantitate lęsionis colligitur, sed ex qualitate facti, l. Dolus C. de rescind. vend.

Contrarium voluerunt Fulgo. ibi. Pinell. ad l. 2. C. de rescind. vend. parte 1. cap. 4. nu. 23. quia text. dicit transactionem bona fide factam fuisse.

Et quòd attinet ad actionem in factum propter paternam reuerentiam loco actionis de dolo, istud est ob immodicam lęsionem, vt patet ibi. *Sanè si immodicè lęsa es.* Nihil enim refert an dolus ex proposito interueniat, vel reipsa l. si quis cum aliter de verb. obl.

Ad l. Dolus C. de rescin. vend. respődent, locum habere in emptione ac venditione in qua licitum est contrahentibus se inuicem decipere circa precium l. In causę §. Idem Pomponius ff. de mino. Ideo non potest argui dolus ex læsione circa precium.

Secus in cęteris contractibus. Nam dolus ex læsione probatur l. Maiorib. C. comm. vtriusque iud.

Ego puto patris dolum ex proposito non interuenisse, quia nulla fit mentio doli patris in tex. imò dicit transactionem bona fide interpositam.

Et quia tex. facit vim in immodica læsione. Sed cur dicit actionem in factum competere propter paternam reuerentiam, non de dolo? Quia immodica læsione detecta, ipsius filiæ pater dolo facere videbatur non restituendo filię quod erat iustum. l. 2. §. si quis sine causa & §. Item quæritur vers. *Nam etsi inter initia.* ff. de doli mali excep. l. si quis mancipijs. §. vlt. ff. de instit. act. l. si quis cum aliter. de verb. oblig.

CAPVT XV.

Testamentum metu factum, an ipso iure valeat?


COmmunis & vera sententia est testamentũ metu factũ ipso iure valere Vide Menoch. de arbitr. casu 395. nu 7. Peregrinum de iure fisci tit. 6. nu. 4. Duaren. ad l. 1. de testam. Fundamentum est, quoniam ea quæ metu fiunt, valent, licet rescindantur. Nam voluntas coacta, võluntas est l. si mulier §. pen. ff. quod met. cau. l. si patre cogente. de ritu nup.

Contrarium docuit Imola in l. 1. de testa. Iason in l. 1. C. si quis aliquem testa. prohib.

Primum argum. est ex d. l. 1. de testam. vbi testamentum est iusta sententia. Non enim videtur iusta sententia testamentum metu factum.

Respondeo iustam sententiam accipi pro solenni & perfecta; quod potest conuenire etiam testamento metu facto; sed rescindi debet.

Secundum argum. Promissio facta de instituendo aliquem hæredem non valet, lege, stipulatio hoc modo, de verborum oblig. ergo multò minus valet hæredis institutio metu facta.

Respon. negando consequentiam: quia hæreditas pactis non datur l. Hæreditas. C. de pactis conuen. sed testamentum metu factum non est pactum, nec fit per modum pacti.

Tertium: Hęredis institutio non debet ex alieno arbi-
A trio pendere l. Illa institutio de hæred. instit. Sed institutio metu facta pendet ex alieno arbitrio, igitur nõ valet.

Respon. non pendere absolutè ex arbitrio alieno, quia voluntas coacta, est voluntas vt dixi.

Quartum. Testes in testamento debent esse rogati l. Hæredes palam §. In testamentis de testam. Si inuiti detineantur, non valet testamentum l. qui in testamento §. vlt ff. eod. ergo multò minus valebit quando testator inuitus facit testamentum.

Respon. hæc esse dissimilia; quia testium rogitus est de solennibus testamenti. Voluntas autem testatoris est de substantia, quæ etiam coacta voluntas dicitur.

Vltimum si valeret testamentum, auferretur hæreditas hæredi tãquam indigno, & fisco applicaretur arg. l. 1. C. si quis aliq. testa. prohib. vel cog. Ergo fieret præiudicium legitimis hæredibus, quod videtur iniquum.

Respondeo fisco applicari d. l. 1. dum ait *Ciuili disceptationi crimen adiungitur.* Sed clarius in l. 1. 2. 3. ff. eod.

B Nec istud est absurdum, quia legitimi hæredes actionem habent ad interesse, aduersus eum qui vim intulit arg. l. Lucius. §. Sempronia de leg. 2. l. si quis affirmauerit §. 1. de dolo l. pen. C. eod. tit.

CAPVT XVI.

Ad l. 2. C. de his quæ vi metusve causa fiunt.


ALexander Imperator Alexandro *Cùm te non solum cauisse, verùm etiam soluisse pecuniam confitearis: qua ratione, vt vim passus restitui quod illatum est postules, perspici non potest: quando verisimile non sit ad solutionem te properasse omissa querela de chirographo, vtpote per vim extorto; nisi & in soluendo vim te passum dicas.* l. 2. C. de his quæ vi metusve cau. fiunt.

Obstare videtur l. 7. ff. de cond. ob tur. cau. vbi Pom-
C ponius. *Ex ea stipulatione quæ per vim extorta est, si exacta esset pecunia, repetitionem esse constat.*

Dicebat olim Irnerius hoc Alexãdrum velle; non esse verisimile chirographum obligationis per vim extortum fuisse; quando debitor postea sponte, & nulla querela proposita soluit: si tamen probari posset vi extortum fuisse chirographum, pecuniam repeti posse.

Non placet, quia etiam si constaret chirographum vi extortum fuisse, si tamen sponte & nulla querela proposita pecunia fuisset soluta, negat Imperator pecuniã posse repeti; sic enim ait *qua ratione vt vim passus restitui quod illatum est postules, perspici non potest.* Responderi enim posset, facile id perspici posse, probata scilicet vi & metu in extorquendo chirographo.

Veteres communiter sumunt rationem huius legis ex l. 8. de cond. ob tur. cau. vbi probatur quoties turpitudo est ex parte recipientis pecuniam, tunc si soluatur ab eo qui promisit, nulla exceptione opposita repeti non
D potest.

Sed in d. l. 2. turpitudo est ex parte recipientis pecuniam, qui chirographum per vim extorsit & debitor soluit nulla querela proposita: ergo repeti non potest: & hęc est ratio rescripti.

Non placet; quia l. 8. loquitur quando turpitudo est ex parte dantis & recipientis. Cum enim est ex parte recipientis tantùm, datur repetitio l. 2. ff. de condit. ob turp. cau. l. pen. & vlt. C. eod.

Secus vbi est ex parte vtriusque; quia repetitio non datur l. 3. ff eod. & ita est in casu d. l. 8. vt patet ex illis verbis. *Porrò autem si & dantis & recipientis turpis causa sit, possessionem potiorem esse, & ideo repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum sit.*

Sublata enim causa proxima stipulationis, pristina causa superesset, hoc est, turpitudo ex vtraque parte, vt tex. indicat verbis sequentibus.

Cõfirmatur; quia si in illa specie de qua loquitur d. l. 8.

esset

A esset turpitudo ex parte recipientis tantùm, sicut est in casu d.l.2. nulla causa adserri posset cur cessaret repetitio. Nam pecunia esset apud eum cui soluta fuit, sine causa: *Perpetuò autem Sabinus existimauit veram opinionem existimantium, id quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici* l.6.de cond.ob tur.cau.

Sic puto dicẽdum in l.2.non competere repetitionem ex edicto quod metus causa, quia pecunia fuit spõte soluta, nulla proposita querela vt ait tex. Poterat enim condici liberatio stipulationis l. 9. §. sed etsi per vim. ff. quod met.cau.

Volo autem hic verba illa expendi. *Qua ratione vt vim passus, restitui quod illatum est postulet*. Indicat enim tex. non dari repetitionem ex illo edicto quod metus causa, quia scilicet sponte soluit, non condixit liberationem, nec vllam querelam proposuit.

B Verum isti competere potest repetitio pecuniæ solutæ alio remedio, videlicet condictione ob turpem causam; quia turpitudo est ex parte recipientis tantùm, hoc est, illius qui extorsit per vim chirographum; Et hæc est sententia l.7.de cond.ob turp. cau. quæ ita conciliari potest cum dicta l. 2. Quod paucis verbis indicat Cuiacius in l.9.§.sed quod Prætor.ff.quod met.cau.sic dicens *Competit quidem condictio ob iniustam causam. l.ex ea (quæ est l.7.) de cond.ob tur. cau. non tamen actio quod metus causa l.2.C.de his quæ vi vel met.cau.gesta sun.*

CAPVT XVII.

De testamento, facto ad alterius interrogationem.


Cripsi de hac quæstione aliàs; sed iuuat repetere quoniã posteriores cogitationes sunt meliores, quicquid ergo alibi dixerim, istis quæ nunc dicam stari volo.

C Inter omnes cõstat testatorem debere nominare hæredem ore proprio l. Hæredes palam de testa. l. Iubemus C.eod. Sed tamen recepta est sententia Glos. ibi valere testamentum factum ad alterius interrogationem.

Sed controuersia est, an istud indistinctè procedat, an verò cum quadam distinctione, si videlicet constiterit & probatum fuerit, contenta in testamento facto ad alterius interrogationem, scripta fuisse de voluntate testatoris, eo scilicet dictante & exponente suam voluntatem notario, vel alteri qui eum postea interrogauit.

Et quidem absque distinctione ista procedere sententiam Glos. & locum habere, etiamsi non constiterit voluisse testari, quoniam in potestate eius erat recusare vel approbare hæredis nominationem, respõdit Alex. cons. 33.nu.11.lib.3. vbi dicit opinionem eorum qui aliter sentiunt carere ratione & æquitate D.Menoch. alios citans de Præsump.lib.4.Præsump.8. nu.16.& seq.

D Sed contrariam sententiam & communiorem & veriorem esse iudico. Nam quod sit illa distinctio adhibenda, vt sententia Glos.in d.l.Iubemus locum habeat, quando constat de voluntate testatoris, quod voluerit ita testari, & suam illam voluntatem prius exposuerit seu dictauerit notario antequam interrogatus fuerit, docuerũt Castren.in l.Hac consultissima §. At cum humana nu.2. C.de testam. & in cons.155. nu.2.lib.1.vers. Tunc ergo. Corneus in d.l.Iubemus nu.31. & in cons.232. nume.4. lib.1.& 319.nu.2.vers Et glos.illa eodem lib.Iason in d.l. Iubemus in fine. Crauetta cons.117. nu.1.& 143.nu.13. & 670.nu.7. Socinus iunior cons.183. nu.31. lib.2.Ioan. Crot.in l.1.§.si quis ita num.21. de verb.oblig. Antonius Gabriel.tit.de testam.concl.2.nu.10.

D.Tiberius Decianus cons.65.num.13. lib.2.vbi citat Ioan.Andr.Roman.Corneum, Butr.& Marsilium sing. 449 nu.2. Addo ego Ruinum cons.8.nume.9.lib.3. Petr. Angusc.cons.73.nu.16.Plot.consil.17.nu.13. Collegium Patauinum cons.1.inter cons.vlt.vol.lib.4 Becium cons.

A 86.nu.31.Couuar.in c.cum tibi nu.4. vers.est tamen intelligenda. de testam.D.Mantic.de coniect. lib.2.titu.6. nu.9.Crass.de success.§ Institutio q.17.nume.9. Surdum cons.414.nu.54.lib.3.

Ex quibus patet hanc esse communem sententiam sicut multi ex præallegatis testantur.

Et mihi verissima videtur, quia cum iura tam apertè requirant expressionem hæredis ore proprio testatoris & Glos.in d.l.Iubemus testamentum ipsum sustineat factum ad interrogationem per tex.in l.Hac consultissima §.At cum humana C. de testam. necesse est intelligere illam secundum legem quam allegat; & ideo secundum dictum tex.est intelligenda, qui loquitur quando testator prius notario suam voluntatem exposuit, deinde interrogatus an ita vellet disponere, respondit, quod sic. Alioqui non ex matura & deliberata voluntate testamenta procederent, & non deesset locus falsitatibus & malis suggestionibus.

B Non obstat quod fuerit in potestate testatoris respondere vel non respondere, consentire vel non consentire, approbare vel reprobare hæredis nominationem; quia requiritur deliberata hæc voluntas, aut obseruatio formę à lege præscriptæ, per expressionem factam nominis hæredis, vel per æquipollentem modum supra dictum. Atq; ita aliàs respondi Pisis, & verum puto.

CAPVT XVIII.

Ad l.Centurio de vulg.& pupillari.


Væritur quis sit sensus illorum verborum l. Centurio de vulg. & pupill. *cum fructibus inuentis in hæreditate*. Vna est sententia; illa verba intelligenda de fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis filij Bart. in d.l.Centurio in vlt opp.Baldus in 4. opp. & 6.not.Imolà

C num.5.Aretin.col.1.vbi dicit hanc esse communem sententiam Socinus senior nu.13. & nu.28. Ripa nume.38. Alciatus nu.53.Socin.Iun.nu.164. Aquilinus nu.126.

Primum argum.est Bart quoniam substitutio est directa militaris, quæ sustinetur ex militari priuilegio; ideo veniũt etiã fructus ab hærede percepti, licet in fideicommissaria non veniant l. In fideicommissaria ff.ad Trebel.

Responder Socin. Iun.nume.169. nullibi apparere in toto iure, quod fructus percepti ab hærede pertineant ad substitutum militarem. Priuilegia enim militum strictè sunt accipienda, vt minus derogent iuri communi l. quod verò de legib.

Secundum argum.est Aretini colum.1. vers.& tamen quoniã illa verba tex.*cum fructibus* &c. essent superflua, si intelligerentur de fructibus inuentis tempore mortis testatoris; quia fructus sunt pars hæreditatis l.Item veniunt §.Item non solum de pet. hæred.consequẽter cum tex.dixerit substitutum capere bona patris, etiam fructus

D huiusmodi comprehendit. Itaque non erat opus addere *cum fructibus*. Ergo necesse est intelligere de fructib.inuentis tempore mortis filij.

Respondet Decius in l.In testamento nu.16.vers.Mihi tamen placet C.de testa.mil.illa verba non esse superflua, licet intelligantur de fructibus inuentis tempore mortis testatoris; licet enim tales fructus sint vniti cum hæreditate, tamen petuntur sub nomine fructuum d.l. Item veniunt §. Fructus de pet. hæred. & sic textus non sine causa fecit mentionem fructuum.

Sed replicat Socinus senior in l. Centurio nu. 13. fructus perceptos ex hæreditate peti sub nomine fructuũ, quando percipiuntur post mortem testatoris. Ita enim loquitur tex.in d.§.Fructus, sed tex.noster loquitur de fructibus inuentis in hæreditate, & sic perceptis in vita testatoris; qui non dicuntur fructus, sed bona defuncti; & idem in effectu replicat Ripa nu.39.

At Socinus Iun. nu.169. respondet etiam fructus perceptos

ceptus

ceptos tempore mortis, dici poſſe fructus, ſi contingat de illis diſputati. Pro qua reſponſione nihil adfertur;ego adſero.l.1. C. de his quib. vt indig. vbi fructus dicuntur tam percepti quàm inuenti in prædijs hæreditarijs, & ſic etiam percepti in vita teſtatoris.

Tertium argum pro hac communi ſententia eſt Socini ſenioris, vbi ſuprà dicit text. ſubſtitutũ capere fructus inuentos in hæreditate, ergo à contrario ſenſu, conſumptos non capit, quia iſti non inueniuntur in hæreditate; quod tamen eſſet falſum ſi intelligeretur de fructib. inuẽtis in hæreditate teſtatoris,tempore mortis eius: quoniam ſi filius eos conſumpſiſſet,teneretur reſtituere, ſicut cætera patris bona,l.Marcellus.§.Res quæ. ad Treb.

Reſpondet Socin iun.nu.169. argumentum à contrario ſenſu locum habere hoc modo;Subſtitutus habet fructus inuentos in hæreditate: ergo non poteſt petere conſumptos,ſcilicet à teſtatore. Et licet iſtud ſit indubitanũ, tamen argumentum à contrario ſenſu toleratur, licet ſit indubitatum id,quod ex eo infertur.

Quartum argum.colligitur ex Iaſone in d.l.Centurio, nu.14. Fructus non conſeruantur vltra triennium Gloſ. in l.Vn.C.Si aduer. vſucap.Ergo tex. noſter intelligi nõ poteſt de fructibus qui erant in hęreditate tempore mortis patris;quia iſti præſumuntur conſumpti, & non extare amplius cum filius moritur,et ſubſtitutus ſuccedit;niſi velimus filium vixiſſe tantum triennio; quod eſt diuinare.

Reſp. Socin. iun. nu.169. cum de aliqua re diſputatur cætera præſupponi habilia,l.Qui teſtamento: de teſtam. & ſic præſupponendũ eſſe,fructus extare tempore mortis filij.

Addit Ripa,nu.40. filium videri fuiſſe in culpa non diſtrahendo tales fructus, qui ſeruari non poterant, l.Lex quæ.C.de admi.tuto. Et conſequenter ſi perierint,tenetur ad eorum æſtimationem,l.Mulier.§.Sed enim. ff.ad Trebell.

Vltimum argum.eſt Socini iun.nu.170. qualitas adiecta verbo,debet intelligi ſecũdum tempus verbi,l.In delictis.§.Si extraneus de noxalib.declarat.Bart.in l.Ex facto de vulg.

Sed iſta qualitas quod fructus inuenti in hæreditate pertineant ad ſubſtitutum,eſt adiecta verbo capiet:ergo debet intelligi ſecundum tempus verbi, & conſequenter ſecundum tempus quo dicti fructus percipiuntur, id eſt, tempus mortis filij,& ſic de inuentis tempore mortis filij.

Reſponderi poteſt inſpiciendum eſſe tempus mortis filij,vt ſubſtitutus fructus capiat, ſed non capit fructus à filio perceptos, verùm eos fructus quos teſtator in hæreditate reliquit,& nũc extant tempore mortis filij: Nam ſicut verbum *capiet* determinat qualitatem illam bonorum patris ſecundum tempus mortis filij, ſic determinare debet quoad fructus inuentos in hęreditate,ſcilicet vt intelligatur de fructib. qui erant in hæreditate patris, & illos vnà cum bonis patris, ſubſtitutus habeat tempore mortis filij.

Contrariam ſententiam, videlicet tex. intelligendum eſſe de fructib. inuentis in hæreditate tempore mortis patris ſecuti ſunt Angel.in l.Centurio: Caſtrenſ.num.6. Alex.nu.39.Dec.in l.In teſtamento,nu.16.C.de teſtam. mil.& ibidem Iaſon,nu.13.

Primum argum. Ang. & Alex.Hæres grauatus alteri reſtituere hæreditatem, non tenetur reſtituere fructus quos percepit, niſi fuerit in mora,l.In fideicommiſſaria, l.Ita tamen,§.1.l.Poſtulante.§.vlt.ad Treb.

Ergo filius qui eſt hæres teſtatoris in d.l.Centurio nõ tenetur fructus quos percepit reſtituere ſubſtituto, cum non fuerit in mora.Si enim qui grauatus eſt non tenetur reſtituere huiuſmodi fructus,multò minus qui grauatus non eſt. Filius autem iſte non eſt grauatus, quia datus eſt illi ſubſtitutus directò, vt in textu.

Reſpondet Ripa,nu.40.& Socin.iun.nu.166.eum cui

A datus eſt ſubſtitutus verbis directis deterioris eſſe conditionis, quàm is, qui grauatus eſt per fideicommiſſum. Nam grauatus per fideicommiſſum deducit quartam ex Trebelliano,l.Iubemus.C.ad Treb. Is verò cui datus eſt directò ſubſtitutus, non deducit. Iſte deſiuit eſſe hæres, ille non item. Nil igitur mirum,ſi & hoc in caſu eſt deterioris conditionis.

Secundum argum. eſt Alex.num.39. Tex.loquitur de fructib.inuentis in hæreditate: ergo non loquitur de inuentis tempore mortis filij, quia illa non eſt hæreditas, ſed patrimonium ipſius filij, l.Sed etſi plures. §. Filio de vulg.

Reſp.Socin.iun. nu.167. hæreditatem aditam retinere ſuum nomen cum alteri reſtituenda eſt. l. 1. ad Treb. Sed hic filius tenetur eam reſtituere ſubſtituto,ergo &c.

Tertium argum.ſumitur ex Decio in d.l.In teſtamento, nu.16. Verba in dubio debent referri ad teſtatorem, non autem ad hæredem.l.Cum in teſtamẽto & ibi Bart. B de auro & arg.leg. Ergo verba illa tex. *cum fructibus inuentis in hęreditate*,debent referri ad hęreditatem teſtatoris,non autem hæredis.

Reſp Socin.iun.nu.168.doctr.Bart.in l.Cum in teſtamento,locum habere in verbis teſtatoris, ſed hæc verba ſunt legis, non autem teſtatoris.

Replicat Ripa,nu.40. etiam verba legis referenda eſſe in dubio ad teſtatorem arg.l.Filiusfa.§.Diui de leg.1.vbi illud verbum *creditoribus* refert ad creditores teſtatoris. Sed reſponderi poteſt illud ibi contingere propter ſubiectam materiam, nec poſſe inferri regulam generalem vt infertur.

Vltimum argum.(omiſſis leuibus) ſumi poteſt ex Aretino in d.l.Centurio,col.2.Miles directò ſubſtituere poteſt poſt pubertatem in bonis,quæ ex teſtamento ad hęredem ſuum peruenerunt.l.5.ff.de mil. teſtam. Sed fructus ab hærede percepti in caſu d.l.Centurio non peruenerunt ad ipſum hæredem ex teſtamento,ſaltem imme- C diatè ſicut illa dictio,ex, requirit vt per Bart.in l.ex placito.C.de rer.pet.& in l.Non dubium. C.de legibus,& eſt tex. in l.Socium qui. ff.pro ſocio. Ergo non pertinent ad ſubſtitutum.

Hæc ſunt ab alijs dicta & conſiderata.Mihi magis placet eorum ſententia,qui dixerunt illa verba intelligenda de fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis patris teſtatoris.

Primò,quia text.dicit ſubſtitutum capere bona patris tantum,vnà cum fructibus inuentis in hæreditate:ſi enim tales fructus non eſſent teſtatoris, ſed filij, textus conneret repugnantiam, quia caperet bona patris, & etiam filij; iſti enim fructus ſunt filij,quos ipſe filius percepit, tanquam hęres patris.

Secundò, quia fructus ab hęrede percepti,diſtinguuntur à fructibus inuentis in hæreditate,l.1.C.de his quib. vt indign.

D Tertiò, quia grauatus per fideicõmiſſum fructus perceptos ante moram facit ſuos, nec veniunt in reſtitutionem fideicommiſſi,l.In fideicommiſſaria ad Trebel. ergo nec iſte.

Non obſtat quod dicebatur deterioris eſſe conditionis iſtum cui datus eſt directò ſubſtitutus. Hoc enim procedere poteſt in certis caſibus, ſed non reſpectu dominij, quod habet antequam eueniat caſus ſubſtitutionis. Eſt enim dominus pleno iure non minùs quam hęres grauatus per fideicommiſſum, ergo fructus ſuos facit; & non tenetur reſtituere. Et ſi in eo grauatur vt non detrahat quartam, ex Trebelliano, non eſt etiam in hoc grauandus, vt fructus reſtituat, qui,cum moritur, reperiuntur in eius hęreditate; imò potius releuandus. arg. l. Eum qui. de iureiur.

CAPVT

A

CAPVT XIX.

Fideicommiſſum reſultans ex probibitione alienationis, iun ƈta cauſa,* quia volo bona conſeruari in agnatione; *an reſtringatur ad terminos ſubſtitutionis præcedentis.



N cauſa nobilium Varnienſium Piſanorum Teſtator inſtituerat filios ſuos, & deſcendentes eorum ſubſtituerat; prohibens ipſis alienationem bonorum extra familiam: quod ſi aliquis alienaret, ſubſtituit Bartholomeum fratrem ſuum, cui ſimiliter alienationem prohibuit, & in caſu alienationis, ſubſtituit eius deſcendentes; quia voluit bona ſua conſeruari in familia. Filij & deſcendentes non alienarunt, & ideo nũquam fuit locus fideicommiſſo in fauorem Bartholomei, quia fuit vocatus in B caſum alienationis, qui non euenit. Succeſſit tamen dictus Bartholomeus iure ſanguinis in dictis bonis, nec alienauit: Cùm autem ad fœminas proximiores bona perueniſſent, proximiores agnati de familia inſtituerunt aduerſus mulieres iudicium ex fideicommiſſo reſultante propter illa verba, quia voluit bona conſeruari in familia.

Pro quibus adducta fuit authoritas atque ſententia eorum, qui ex dicta clauſula voluerunt generale fideicommiſſum induci, non reſtrictum ad præcedẽtem ſubſtitutionem. Riminal. Iun. conſilio 20. nume. 13. & 456. nume. 28. Surdus conſ. 67. numero 20. Biretta conſi. 116. nu. 20. Macabrunus conſ. 61. nu. 240. D. Petra de Fideic. quæſt. 11. nu. 568.

Sed contrarium deciſum fuit: quam ſententiam ego cum Clariſſimis atque Excellentiſſimis duobus Collegis meis amplexus fui; Motus, quia non potuit fundari hoc fideicommiſſum in perſona Bartholomei, quia non fuit C vocatus niſi in caſu alienationis factæ à deſcendentibus teſtatoris, quæ non fuit facta; ergo nec grauari potuit niſi eo in caſu, quo fuit vocatus l. Ab eo C. de fideicomm. Et cum ipſe Bartholomeus frater teſtatoris non fuerit vocatus niſi in caſu alienationis, non eſt mihi viſum veriſimile alios agnatos remotiores, & nondum natos, qui ex dicto Bartholomeo deſcendere debebant, vocatos fuiſſe aliter, quàm in caſu alienationis. Et cum teſtator non vocauerit Bartholomeum in caſu quo ipſius teſtatoris deſcendentes deficerent; ſed tantummodo in caſu alienationis, non eſt credendum voluiſſe vocare dictos naſcituros remotiores, niſi in caſu alienationis. Viſum eſt igitur fideicommiſſum reſultans ex illis verbis *quia volo* reſtringendum eſſe ad terminos præcedentis ſubſtitutionis, in perſona Bartholomei: quod ſi in perſona eius locum habuiſſet ſubſtitutio ex alienatione, quæ fuiſſet ſecuta, non erat qui dubitaret, quin poſtea locus fuiſſet generali & abſoluto fideicommiſſo in caſum mortis, in D fauorem familię totius, & ita doctores ſuperius allegati accipiẽdi viſi ſunt. Et quod fiat reſtrictio ad terminos præcedentis ſubſtitutionis, eaque deficiente deficiat fideicommiſſum in terminis noſtris, communior eſt ſententia Alexander conſilio 24. numero 6. & 59. numero 21. libro 3. Decius conſilio 291. numero 6. & 636. numero 8. Ruinus conſil. 134. numero decimoquinto, libro tertio, Gozadinus conſilio 30. numero decimoſexto. Rubeus conſilio 120. numero 9 Alciatus conſilio 31. numero 22. libro 9. D. Ceſalus conſilio decimoſeptimo, numero 24. & 153. numero 56. & 477. numero 13. & 16 & 544. numero 12. & 16. Roland. conſilio 34. numero 65. libro 4. Hiero. Gab. conſilio 132. Burſatus conſilio 195. numero 9. Oſaſcus deciſ. 50. numero 12. Pedroca. conſilio 19. numero 56. Hippo. Rimi. conſilio 80. numero 32. Albanus conſilio primo, numero octauo, & conſilio vigeſimoprimo numero 8.

A

CAPVT XX.

Fideicommiſſum conditionale, an tranſmittatur ad filios præmoriente patre ante euentum conditionis, quando filiorum teſtator rationem habuit, ponendo eos in conditione.



On patiar pro virili mea vires aſſumere maiores eorum ſententiam qui dixerunt, conditionale fideicommiſſum tranſmitti ad filios præmoriente patre ante conditionis euentũ, quando filiorum viſus eſt teſtator rationem habere, ponendo eos in conditione. Sic enim voluerunt multi à D. Ceſalo citati conſ. 16. nu. 42. & ab Oddo de compendioſa parte 6. art. 2. nu. 21. Latiſſimè Hondedeus conſ. 70. Menoch. conſ. 452. nu. 56.

B Nullo enim ſatis firmo nituntur fundamento, niſi imaginaria quadam teſtatoris voluntate, quam nõ videmus; repugnantibus iuris regulis, quæ conditionalis fideicommiſſi tranſmiſſionem impediunt. l. Vn. §. Sin autem, C. de cadu. toll. D. Mantica, latè lib. 11. tit. 20. Repugnante tex expreſſo in l. Hæredes mei. §. Cum ita. ad Trebell.

Contrariam igitur ſententiam amplector quam amplexi fuere Curtius iunior conſ. 69. Ruin. conſ. 181. lib. 2. Pariſius conſ. 63. lib. 3. Natta conſ. 551. nu. 15. Ripa in d. §. Cum ita, nu. 64. Torniellus, nu. 67. Socin. iun nu 37. & 47. & iſtos citat & ſequitur Peregrinus de fideicommiſ. art. 31. nu. 16. Adde D. Manticam de coniect. lib. 11. tit. 20. ſub nu. 28. quibus me lubens ſocium adiungo. Fundamentum enim habet in regula iuris generali; quod fideicommiſſum conditionale non transfertur, & in ſpeciali deciſione d. §. Cum ita.

CAPVT XXI.

C

De fideicommiſſo conditionali vnito cum iure accreſcendi, an tranſmittatur.



Ec permittam firmiores agere radices eorum ſententiã, qui dixerunt fideicommiſſum conditionale tranſmitti ante conditionis euentum, ſi fuerit vnitum cum iure accreſcendi. Ita D. Ceſalus conſ. 16. nu. 45. & 283. num. 26. Crauetta conſ. 567. nu. 3. Hondedeus latè conſ. 70.

Quibus ſeſe oppoſuere D. Mantica de coniect. lib. 11. tit. 20. nu. 13. Menoch conſ. 200. nu. 116. Peregrin. de fideicommiſ. artic. 31 num. 16. in fine, qui multos alios citant; quos ego ſequor, ſecutus Iureconſultum in l. Hæredes mei. §. Cum ita: ad Trebell. & communem regulam, quod fideicommiſſa conditionalia non tranſmittuntur, l. Vn. §. Sin autem. C. de cad. tollen. Quibus nihil obſtat, l. Qui patri de acq. hęred. vbi contraria ſententia funda- D mentum habet; quia loquitur in ſpeciali caſu, & de pupillari ſubſtitutione, & diuerſam habet rationem, quę in fideicommiſſo non militat: Vis videre: Neratius. *Qui Patri hęres extitit, ſi idem filio impuberi ſubſtitutus eſt; nõ poteſt hęreditatem eius prętermittere: quod ſic recipiendum eſt; etiamſi viuo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes deceſſerit. Nam is qui hęres extiterit, pupillo quoque hęres neceſſariò erit. Nam ſi ipſum inuitum obligat, coniungi eum paternę hereditati, & accreſcendi iure acquiri cuicunque patri hęredi exiſtimandum eſt.* Illa ratio. *Nam is qui heres extiterit, &c.* rurſus illa. *Nam ſi ipſum inuitum obligat, &c.* non habent locum in fideicommiſſo. Quid igitur commune habet fideicommiſſaria ſubſtitutio cum pupillari, longè diuerſa & diuerſam rationem habente?

CAPVT

CAPVT XXII.

Vtrum pupillaris tacita contineatur in vulgari expreſſa, matre viuente, licet non habeat effectum contra matrem.

VAriæ ſunt doctorum ſententiæ hac de re. Prima eſt contineri, Bart.in l.Centurio in 4.oppo. de vulg.& eſt comm.vt teſtatur ibi Socin. Iun. nume.123. Menoch. de Præſump. lib.4. Præſump.40.Mantica de coniect.lib.5.tit.13.nu.18.

Fundamentum eſt in l vlt.C.de inſtit. & ſubſt.vbi dicitur tacitam pupillarem locum habere, ſi mater moriatur ante pupillum, ergo ab initio continetur in expreſſa, quia ſi non cōtineretur,non poſſet effectum habere mortua matre ante pupillum; propter iuris regulam, quæ ab initio inutilis eſt inſtitutio, tractu temporis non conualeſcit l.quæ ab initio de reg.iu.

Et quia pupillaris tacita, venit ex voluntate teſtatoris tacita l. Iam hoc iure. eod.tit. Non poteſt autem teſtatoris voluntas conſiderari,niſi ſecūdum tempus teſtamenti l. Si ita de auro & arg. leg. Nam vt dicebat Aretin. in d.l.Centurio col. 5. voluntas teſtatoris morte eius expirat l.4.ff.locati.

Huic argumento reſponſio colligitur ex mente Decij in l.Precibus nume.11. C de impub.& Socin.Iun.in d.l. Centurio nu.127. locum habere in inſtitutione facta ab homine, nunc ſi non valet initio,nec tractu temporis conualeſcit; ſecus in inſtitutione inducta à lege, quia illa poteſt inducere ex poſt facto; non enim ad certum tempus reſtricta eſt,vt homo. Itaq; in propoſito noſtro lex inducit tacitam ſubſtitutionem poſt mortem matris.

Sic videmus teſtamentum in quo filius eſt præteritus, non valere ab initio, & tamen tractu temporis conualeſcere l.2.§.Expectandi.de bonor. poſſeſſ. contra tab. Sic in l. Titius §. Lucius de lib. & poſthum. inſtitutio facta de nepote naſcituro tempore teſtamenti,non valet cum iam natus eſſet, & tamen lex voluit eam valere ex præſumpta mente teſtatoris.

Confirmatur iſta reſponſio, quia regula legis,Quæ ab initio.locum habet, quando ab initio non valet inſtitutio ex defectu ſubſtantialium; ſecus ſi non valeat ex defectu accidentalium; tunc enim tractu temporis poteſt conualeſcere l. qui ſoluendo.de hæred. inſtit. Dec.in d.l. quæ ab initio.

Sed in quæſtione noſtra hæc ſubſtitutio non continetur ab initio ex accidenti, quia mater viuit; ergo matre mortua poteſt conualeſcere.

Contrariam ſententiam habuerūt doctores vltramontani vt refert Bart.in d.l.Centurio Ruinus ibi numero 8. Ripa nume.34.

Fundamentum eſt, quia actus defunctorum non poſſunt ſtare in ſuſpenſo l.vlt. ff. comm. præd. ſed ſi hæc tacita pupillaris contineretur in expreſſa, actus defuncti maneret in ſuſpenſo, Penderet enim ex vita vel morte matris.

Reſponderi poteſt,iſtud non eſſe abſurdum l.ſi nemo de teſta.tut.quia non vltima voluntas, ſed illius effectus manet in ſuſpenſo Menoch.vbi ſuprà nu.6.

Secundò pro hac ſentētia adſertur l.2.ff.de vulg. verſ. ſed etſi extraneū, vbi ſubſtitutio pupillaris facta de perſona extranea non valet in principio, & tamen conualidatur, ſi poſtea extraneum teſtator adoptauerit in locum filij.

Reſpon.Socin.Iun.in d.l.Centurio nu. 127. eo in caſu impedimentū ceſſare viuente teſtatore,ſecus in quęſtione noſtra,quia mater moritur poſt teſtatorem.

Tertiò pro hac ſententia adſertur regula, taciti & expreſſi eadem eſt virtus l. Cum res de leg.1.l.cum quid.ſi cert.pet. Ergo ſi tacita iſta pupillaris contineretur matre viuente,illa matrem excluderet, ſicut expreſſa excludit.

A Reſpondet Bart.in d.l.Centurio, non ſemper taciti & expreſſi eandem eſſe virtutem l.2.de lib. & poſthumis: quæ ſolutio non placuit Saliceto in d.l. Precib. colum.3. quia non eſt recedendum à regula,licet in aliquo caſu reperiatur limitata.

Reſpondet Iaſon in d.l.Centurio numero 22. pupillarem excludere matrem, ex quadam legis diſpenſatione, quæ cum ſit odioſa, c.1.de fil presbyt.non extenditur ad tacitam, & ſic taciti & expreſſi non eſſe parem virtutem in odioſis.

At Socin.Iun.d.l.Centurio numero 126.negat eſſe diſpenſationem; & dicit etiam in diſpēſationibus fieri extenſionem:Nam in teſtamento militis nō eſt locus querelæ de inofficioſo l.De inofficioſo C. de mil.teſtamen.l. ſi inſtituta §.De inofficioſo ff.de inoff.teſtamen. & tamē hoc extenditur ad tacitam exhæredationem l.Sicut certi C. de milit. teſtam. Ideo aliter ipſe Socin. Iun.reſpondet. Taciti & expreſſi non eandem eſſe virtutem, quan-
B do tacitum venit ex natura expreſſi. Tacita autem pupillaris non venit ex natura ſubſtitutionis, ſed ex interpretatione legis d.l.Iam hoc iure.de vulg.

Sed tamen ſolutio Bartoli videtur bona,quia dum adduxit l.2 de lib. & poſthum. voluit inferre in materiam priuationis hæreditatis, tacitum non æquiualere expreſſo. Hic autem agitur de priuatione matris,quia excluditur ab hæreditate filij;ergo non bene infertur de expreſſo ad tacitum; quia legis interpretatio ceſſat, vbi priuatio inducitur. Menoch.de Præſumptione Præſumpt.40. numero 10.

Nec obſtat quod inquit Ripa in d.l.Centurio num.34. in exhæredatione non eſſe parem virtutem taciti & expreſſi, propter formam à lege traditam, vt expreſſa fiat exhæredatio. Nam generaliter verum hoc videtur,non induci priuationem,niſi in caſu expreſſo.§.Cum igitur in Authent.de non elig. ſecun. nub. Menochius de arbitr. caſu 276.

C Tertia eſt opinio,pupillarem hanc tacitam manere in ſuſpenſo. Nam ſi mater moriatur, effectum habet,ſi non præmoriatur,ſecus. Ita Bald.in d.l.Precibus in 20.opp.& ibidem Salic. Soci.Sen.in d.l.Centurio nu.12.

Fundamentum eſt, quia non eſt nouum iure noſtro, vt aliquid in ſuſpenſo maneat l.1.§.ſi pendeat ff. ad Maced.l.ſi impuberem ff.de falſ.in §.1.& alibi. Expedit autem dicere, quod maneat in ſuſpenſo, quia ſi dixerimus contineri ab initio, nunc fruſtrà contineretur,ſi mater ſuperuiueret: lex autem non permittit actum fruſtratoriū l.Dominus teſtam. de cond. indeb.l.1.§.Dixerit aliquis. de publicanis.l.Hęc ſtipulatio §.Dinus vt lega.nom.cau. Sic & ius accreſcendi eſt quædam legalis ſubſtitutio l. ſi Titio & Mæuio §.1. de leg.1.quæ ceſſat, dato ſubſtituto vulgari l.pen. de iniuſto rup. Ceſſante autem ſubſtituto, vulgaris locum habet. Reſpon. Socin.Iun.in d.l.Centurio nu.129. vltimas voluntates non poſſe ſtare in ſuſpenſo:& non dici ſuperfluum, quod aliquo in caſu effectum
D operatur: Iaſon in l.Nemo col.3.verſ.ſuſtinendo communem. C.qui teſta.fa.poſſ.

Vltima eſt opinio, hanc pupillarem ab initio contineri quantum ad ſubſtātiam; quantum verò ad effectum ineſſe ſub conditione, ſi mater præmoriatur, vel non velit, aut non poſſit hæres eſſe Ita Aretin. in d.l. Centurio col. 5.Socinus Iun.numero 129.Bolognet.num.88.Menoch. loco ſuprà citato.

Quæ ſententia eſt eadem cum ſententia Bartoli quam primo loco tetuli;& eſt communis vt ibi dixi,& mihi veriſſima videtur. Moueor ex d.l.vlt.C.de inſt.& ſubſt.vbi fruſtrà quæreretur an mater ſubſtitutum excluderet,vel contrà ſubſtitutus,matrem,niſi à principio ineſſet: Quia igitur à principio ineſt,videbatur dicēdum, matrem excludi; & hæc ratio fuit dubitandi.

Contrarium deciditur,quia licet inſit, non tamen effectum habet contra matrem:vt ibi.Et hanc puto eſſe veritatem,quæ nimiam ſubtilitatem vincere debet.

CAPVT

CAPVT XXIII.

Vtrum compendiosa substitutio verbis communibus facta filio impuberi, sine temporum distributione, sit omni tempore fideicommimissaria.

HVius modi substitutionem filio mortuo in pupillari ætate, valere in vim pupillaris, postea in fideicommissariam transferri, communis est sententia Bart. in l. Centurio nume. 26. de vulg. Ripa ibi num. 114. Socinus Iun. nu. 257. nouissimè Peregrinus de fideicomm. art. 34. nume. 24.

Argumenta sunt ista. Primum Bartoli: quicquid determinatur secundum cursum temporis, variato tempore variatur l. Precia rerum §. Nonnullam ad l. Falc. l. Titia Seio §. Vsuras de leg. 2. l. pen. C. de vsufr. l. Pomponius in negocijs de nego. gestis. Sed hæc substitutio determinatur secundum cursum temporis, vt patet: ergo variari debet secundum diuersitatem temporis. Respon. Ripa vbi suprà, negando substitutionem hanc recipere determinationem ex cursu temporis, imò videtur eam recipere ex voluntate testantis l. In conditionib. de cond & dem.

Secundum argum. est eiusdem Bart. ex l. Pater *Seuerinam* §. Condinonum de cond. & dem. vbi datio tutoris in testamento valet intra tempus pupillaris ætatis: postea verò tutores dati intelliguntur esse coratores. Respond. Ripa vbi suprà, ibi non potuisse sustineri voluntatem testatoris, nisi fieret variatio; sed hic sustineri potest semper, in vim fideicommissariæ.

Tertiò solet adferri l. Centurio de vulg. vbi variatur substitutio: sed respon. Ripa vbi suprà, loqui de priuilegio militari: Ex quo infertur in contrarium esse ius commune l. Ius singulare de legib.

Quartò adducitur l. Precib. C. de Impub. Respon. potest loqui in milite, nec constare, factam fuisse ibi substitutionem verbis communibus.

Quintò adducitur cap. Si pater de testa. in 6. Respon. Bart. cons. 54. nu. 5. testatorem ibi vsum fuisse verbis directis, quoniam illa verba *Moriatur ei* sunt directa, quasi dicat, moriatur ad vtilitatem eius.

Sed replicat Alexan. in d. l. Centurio etiam ad vtilitatem substituti per fideicommissum videri mortuum hæredem grauatum. Verum tex. in d. c. si pater, aliter etiam induci solet pro hac sentẽtia, quatenus, videlicet dicit, in dubio substitutionem intelligendam esse, vt sit directa, non autem obliqua: ergo intra tempus pubertatis directa esse intelligitur. Respon. Corneus in d. l. Precibus. illam regulam restringi debere ad casum de quo agitur in d. cap. si pater vt colligitur ex illis verbis d. cap. si pater, *sicut* &c. Sed Iason in d. l. Centurio & post eum Socin. Iun. num. 262. respondent regulam esse generalem, & illud esse exemplum directæ substitutionis, quod non restringit regulam §. Hactenus insti. de gradib. Aliter resp. Ripa ad c. si pater, loqui de directa substitutione, vt patet ex limitatione ipsius regulæ ibi. *quanquam interdum directa trahatur ad obliquam*. Replicat Socin. Iun. illum versiculum loqui de substitutione directa, non autem de substitutione facta per verba directa. Quod nihil est dicere, quia nulla est ratio diuersitatis inter directam substitutionem, & eam quæ fit per verba directa. Respon. igitur potest tex. in d. c. si pater, loqui de substitutione facta, si filius decesserit sine liberis, per verba dubia; nam si essent directa sua natura, nulla fuisset opus interpretatione, l. ille aut ille §. Cum in verbis de legat. 3. At S. Pontifex ibi dicit interpretari debere vt sint directa, ergo non erant directa sua natura.

Sextò pro comm. adfertur: Verba debent intelligi secũdum conditioné personæ l. Plenũ §. Equitis de usu & hab. Sed ista substitutio refertur ad pupillũ; ergo debet intelligi pupillaris, intra tempus pubertatis. Resp. potest etiã in persona pupilli rectè consistere fideicommissariã; & ideo non esse necessarium, ut pupillaris intelligatur.

A Septimò adsertur. Fideicommissum est onus. l. Cohæredi. §. Cum filiæ de vulg. Pupillaris aũt substitutio continet fauoré pupilli. l. Si pupillus de acq. hęred. ergo præsumitur facta potius pupillaris, quàm fideicommissaria, ne filius grauetur à patre, qui præsumitur bonũ capere consiliũ pro filio. l. Nec in ea. de adult. Resp. potest nulla lege probari, ꝙ pupillaris substitutio contineat fauorem filij; solùm probatur in d. l. Si pupillus. vtile esse pupillo vt successorem habeat: potest autem illum habere aliter, quàm per substitutionem pupillarem, vt patet.

Vltimò adducitur. Verba sunt intelligẽda in potẽtiori significatu. l. 1. §. 1. ff. si aget vectig. ergo vt sint directa. Respõderi potest, cum verba sunt communia, æquè propriè adaptari ad obliquam, sicut ad directam.

Contrariam sententiam, videlicet in proposita specie substitutionem omni tempore fideicommissariam esse, amplexi sunt doctores antiqui quos refert Bart. in d. l. Centurio & fuit olim communis, teste Ripa, nu. 117. quã

B & consulendo Bartolus aliquando secutus est.

Primum arg. Valet argumentum de personis ad tempus. l. Qui plures de vulg. Sed substitutio respiciens plures personas, est vniformis, respectu omnium, l. Iam hoc iure supra eod. ergo & respiciens plura tempora, est vniformis, respectu omnium temporum. Rñdetur ex mente Ripę & Soc. iun. illud argm̃ non valere, vbi est diuersa ratio. Est autem hic diuersa ratio. Nam in personis ideò est vniformis, quia aliàs resultaret inæqualitas, vt in d. l. Iam hoc iure: illa autem inæqualitas nõ oritur, licet substitutio non sit vniformis respectu temporum.

Secundum arg. Non debet fieri diuisio voluntatis, l. Eum qui. §. vlt. ff. de his quib. vt indig. sed hic fieret diuisio voluntatis, si substitutio vno tẽpore esset directa, alio tempore fideicommissaria: ergo omni tempore est fideicommissaria. Resp. hanc non esse diuisionem voluntatis testatoris, quia cùm substitutio respiciat plura tempora, censetur facta diuerso modo, s̃m tp̃um diuersitaté. Alia

C rõ est in d. §. fi. qa ibi si hęres haberet parté legati, & partem fisco restitueret, fieret diuisio voluntatis testatoris.

Tertium arg. Vna & eadem res non debet diuerso iure censeri. l. Eum qui ædes. de vsucap. Resp. illam regulã procedere in dispositione, quę respicit vnum tempus, secus si diuersa tẽpora respiciat. l. Centurio de vulg. d. l. Precib C. de impub. Socin. iun. in d. l. Centurio, nu. 263.

Mihi placet prima sententia, quæ communis est. Et moueor d. cap. Si pater.

Non obstat resp. Ripæ, quia ibi sunt duæ regulæ: Vna, qđ substõ debet interpretari vt sit directa: Altera, qđ directa substitutio interdũ trahit' ad obliquã. Hęc non est exceptio prioris regulæ: qa prior regula loquit' in dubio, qñ. s. substõ non est directa, sed dubia, tunc interpretari dẽt, vt sit potius directa, q̃ obliqua. Altera verò regula loquit' de substõne directa prorsus, qđ interdũ trahatur ad obliquã: Deinde moueor rõne qua vnt' Bald. in d. l. Precib. nu. 41. & post eũ Peregrin. fideicomm. art. 34. nu. 28.

D Cõpendiosa continet vulgaré, vt per Bart. in d. l. Cẽturio, nu. 32. sed in vulgari continet' tacita pupillaris d. l. Iã hoc iure. de vulg. ergo in cõpẽdiosa cõtinet' tacita pupillaris.

CAPVT XXIIII.

Dos promissa, an sit propriè dos?

TRactant hac quęstionem doctores in rub. sol. matr. vbi Alex. nu. 26. Ripa, n. 58. Soc iun. nu. 18. in 3. par. Io. Bolog. nu. 144. Ruin. num. 158. Paris. nu. 193. Soci. sen. in l. De diuisione eod. tit. In qua ego existimo eorum sententiam esse probabiliorem, qui affirmant, doté propriè dici quę promissa est.

Primùm, quia dos legibus nostris appellatur. l. Ad exactioné. C. de do. promiss. l. vlt. C. sol. matr. l. Ex morte. C. de pact. conuen. l. Si mulier. §. Si dos. ff. quod met. cau l. Vnica, §. Accedit. C. de rei vxo. act. § Dotes in Authent. de nupt. Non videtur autem verisimile, toties sic appellati, & semper impropriè.

A Secundò, quia hanc ſn̄iam apertè probat text. in l. Cū poſt. § 1. ff. de admi. tuto. Paulus. *Sed is de quo tractamus, ſi non donandi animo, ſed negocij gerendi cauſa dotem promiſerit, habet mulierem obligatam, & poterit dici, etiā manente matrimonio eam teneri, quia habet dotem.*

Tertiò accedit tex. in l. 1. §. 1. ff. de colla. dotis ibi. *Etſi tantùm promiſſa ſit dos, collatio eius fiet.*

Contraria argumenta ſic diluuntur. Primum eſt, ex l. Titio centum. §. Titio genero. de condit. & demonſt. ibi. *Hoc enim & mulieris intereſt, vt incipiat eſſe dotata.*

Reſpondeo, textum loqui de muliere dotata cum effectu, & reipſa; quis. n. dubitet eam dotatam dici, quæ dotē accepit? Nō licet tn̄ inferre eā, cui dos promiſſa, &, nondum ſoluta eſt, dotatam non dici: quia contrarium patet ex legibus allegatis: Itaque & cum dos ſoluta eſt, & cum promiſſa eſt, mulier dotem habere dicitur.

Secundū arg. Dos non ſoluta nō inſeruit onerib. mr̄imonij, ergo nō eſt dos arg. l. Si pr̄ mulieris. ff. de iure dot.

B Reſp. licet actu nō inſeruiat, apta tn̄ eſt inſeruire cum fuerit ſoluta. Adde qđ dotis ꝓmiſſæ & nō ſolutæ, vſuræ debēť l. vlt. §. Præterea. C. de iu. do. c. Salubriter. de vſur.

Non obſtat d. l. Si pater, quia donatio cauſa mortis de qua ibi, confertur in tempus, quo matrimonium iam ſolutum eſt; ideo non valet. Eſſet enim abſurdū vt ait I. C. dotem nr̄e incipere, cum matrimonium eſt ſolutum: ſed promiſſio dotis ſit conſtante matrimonio, igitur illa lex non obſtat.

Tertium arg. ſumitur ex verbi etymologia, quaſi dicta ſit à dando, & conſequentur datio requiratur, non autem promiſſio ſufficiat. Reſp. deriuari à verbo græco, vt declarat Varro, lib. 4. de lingua Latina; & ſatis eſſe quod in vſu ſit apud iuris auth. in hac ſignificatione: qm̄ propria ſignificatio ſumitur etiam ab authoritate, vt declarat Bart. in l. omnes populi, nu. 59 de iuſt. & iure.

Quartum arg. eſt Soc. iun. Dotis fructus pertinent ad maritum pro oneribus matrimonij; ſi permittat vxorem eos percipere, repetitionem habet, quatenus mulier locu-

C pletior facta eſt. l. Pro oneribus. C. de iure do. Sed cū dos promiſſa tantum eſt, valet abſolutè conuentio, vt mulier fructus habeat. l. Iulianus. ff. de iure do. Ergo dos promiſſa non eſt vera dos. Reſp. in d. l. Iulianus non dici, fructus promiſſæ dotis donari poſſe à marito vxori ſuæ, ſed dotē ita cōſtitui poſſe à principio, vt non exigatur viua vxore. Hæc ſunt verba textus. *Iulianus ſcribit valere talem ſtipulationem; Cum morieris dotis nomine tot dari: quia & paciſci ſolet, ne ea viua exigatur: quod non eſſe ſimile accepi: aliud eſt enim differre exactionem; aliud ab initio in id tempus ſtipulari, quo matrimonium futurum non ſit.*

Vltimum arg. ſumi poteſt ex l. 1. C. de dote cauta non num. vbi dotem non ſcriptura dotalis, ſed numeratio facit. Reſp. tex. loqui quantum ad effectum repetitionis dotis. Si enim mulier dotem non ſoluit, licet maritus fuerit cōfeſſus ſe eam accepiſſe, obſtat exceptio dotis cautæ nō

D numeratæ: id patet ex verbis ſequentibus tex. *Et ideo non ignoras, ita demum te ad dotis petitionem admitti poſſe, ſi dotem à te datam probaturus es.*

CAPVT XXV.

Statutum excludens filiam dotatam à ſucceſſione patris, ſtantibus maſculis, an locum habeat, ſi filia in teſtamento patris dos relicta fuerit.



Cribit Bart. in l. Titio centum. §. Titio genero, nu. 5. de cond. & dem. filiam cui teſtamento dos relicta eſt à patre, dotatam videri, ac proinde excludendam fore ab hæreditate ſtantib. maſculis; ſtatuto dictante filiam dotatam excludi ab hæreditate patris, ſtantibus maſculis: quam ſentētiam communem eſſe teſtatur Ripa in rubr. ſoluto matrim. nu. 61. & Socin. iun. in 1. parte, num. 30.

A Fundamentum verò eſt in l. Non eſt matrimonium de ritu nup. in l. qui pupillam ad l. Iul. de adult. quibus legibus æquiparantur iſta, quòd filia nupta ſit vel deſponſata à patre, vel nuptui deſtinata. Cùm enim pater dotem ei reliquit, videtur eam dotaſſe, ſiue vt Bart. loquitur dotandi actum exercuiſſe, quantum in ipſo fuit; Ideò perinde eſt, ac ſi dotauerit, argumen. l. Mulier. §. vltim. de cond. inſt. l. Stichus ſi hæredi. de ſtatulib.

Sed contrarium docuerunt Imola in d. §. Titio Fulg. in l. Non ſine. C. de bo. quæ lib. Alex. conſ. 13. lib. 3. alios citat Ruin. in rub. ſol. matr. nu. 4.

Fundamentum eſt, quia dos eſt contractus, qui re perficitur, ideo ſi non incipiat à traditione, ſed à promiſſione, non eſt dos, ſed dotis promiſſio, vt docet Bart. in l. Iuriſgentium ff. de pact. His adſtipulatur tex. in d. §. Titio genero. ibi. *Hoc enim & mulieris intereſt, vt incipiat eſſe dotata.* Ergo ante ſolutionem dotis, non videtur eſſe dotata.

B Tertiò, aut legatum dotis eſt purum, aut conditionale. Si conditionale eſt, non videtur ſatisfactum eſſe ſtatuto, requirenti mulierem eſſe dotatam; ſicut inſtitutio conditionalis non eſt propriè inſtitutio l. ſuus quoque de hæred. inſtit. & conditionalis donatio, propriè donatio non eſt l. 1. ff. de dona. Si verò purum eſſe intelligatur huiuſmodi legatum, multò minus verificantur verba ſtatuti; quia licet filia non nupſerit, legatum tamen debetur: Conſequenter etiam debetur eo caſu, quo filia non eſt dotata: Nam ſine matrimonio dos nō eſt l. 3. de iure dot.

Quartò requirit ſtatutum, vt filia ſit dotata tempore ſucceſſionis: ſed ex dote debita ſub conditione, mulier non dicitur eſſe dotata l. 1. § ſi ſub conditio ff. de collat. do. Ergo verba ſtatuti non conueniunt.

Quintò, hoc ſtatutum iuri communi aduerſatur; ergo ſtrictè eſt intelligendum, & accipiendum de filia nupta, quæ verè & realiter dotem acceperit, quia pater tenetur filiam nubere & dotare. l. qui liberos. ff. de ritu nup. er-

C go ei dotem relinquendo in teſtamento ſuæ, non ſatisfacit obligationi.

Sed magis eſt, vt communiori adhæream ſententiæ: Nam qui actionem habet, ipſam rem habere videtur. l. qui actionem de reg. iur. Sed filia cui pater dotem legauit, actionem habet ad eam conſequendam: Eſt igitur perinde ac ſi dotem haberet. Confirmo ex l Cum poſt § 1. de admi. tuto. ibi *quia dotem habet*. Accedit ratio ſtatuti filiam excludentis, nimirum, vt filij maſculi ſuccedant, & bona in familia conſeruentur: quæ ratio locum habet etiam in caſu iſto, quo dos à patre relicta eſt in teſtamento.

Ad argumenta in contrarium ſic reſpondeo. Ad primum, concedo perfici cōtractum dotis ex rei traditione: ſed hic eſt idem ac ſi dos eſſet tradita; quia mulier actionem habet l. qui actionem de reg. iu.

Ad §. Titio reſpondeo vt ſuprà in præcedenti cap. fi-

D liam dotatam eſſe, cum dos eſt numerata, vt ibi: Sed & dotata intelligitur, cum actionem habet ad dotem d. l. Cum poſt §. 1. de admit. tutor.

Et notandum eſt in caſu d. §. Titio genero. dotem filiæ relictam non fuiſſe, ſed genero; ideò filia non habuit actionem, ſed gener, vt ibi dicitur: quæ cauſa eſſe poteſt, cur mulier tunc incipiat eſſe dotata cum dotem habuit, vt ibi dicitur. At in quæſtione noſtra filia habet actionem, ergo videtur dotem habere, & ſic dotata eſſe intelligitur.

Ad tertium reſpond. legatum eſſe conditionale, ſi filia nupſerit: Nihilominus ſatisfactum videtur ſtatuto; quia cum de filia dotata loquatur, præſupponit matrimonium præſens, vel futurum, ſine quo dos eſſe non poteſt l. 3. ff. de iu. do. Conſequenter conditio illa tacitè ineſt, & ex natura rei.

Ad quartum reſpond. ſtatutum intelligi poſſe de filia dotata tēpore ſucceſſionis, re vel ſpe, quia & illa dicitur dotē habere, cui relicta eſt vel promiſſa d. l. Cū poſt. §. 1.

Licet

Licet ad effectum collationis faciendæ, ſi dos ſub conditione promiſſa ſit, non videantur eſſe dotata, niſi cum euenerit conditio, vt in l. 1. §. ſi ſub conditione de coll. do. Nemo enim conferre cogitur, quod non habet.

Ad quintum reſpondeo nullam eſſe differentiæ rationem ſiue filia nupta ſit, & dotem acceperit, ſiue nuptura & dotem acceptura ſit. Patrem verò ſuæ obligationi ſatisfeciſſe, legando ei dotem, cum viuens non potuit eam nubere.

CAPVT XXVI.

Statutum loquens de dote data, an locum habeat in dote promiſſa?

MIhi quoque videtur ſtatutum de dote data locum habere non poſſe in dote promiſſa, ſicut Bart. docet in l. Iubemus §. ſanè nume. 7. C. de Sacroſanct. Eccl. cuius ſententia communiter eſt recepta, vt per Rolan. de lucro dotis q. 6. & Oſaſc. deciſ. Pedem. 21. Nō quia id probetur in §. pen. in Auth. de non elig. ſecun. nub. quoniam ibi vnus coniugum dedit, alter non dedit; quæ cauſa eſt, vt locum non habeat pactum de lucrando, reſpectu eius qui non dedit. Non etiam per tex. in d. §. ſanè, quia Bart. ibi declarat optimè, nihil facere pro hac ſententia: ſed quia aliud eſt dare, aliud promittere, vt patet ad ſenſum; licet quantum ad aliquos iuris effectus, non ignorem aliquando paria eſſe dare vel promittere l. vlt. C. ad l. Falc. & quantū ad actionem l. qui actionem de reg. iu.

Sed argumenta Socini Iun diluenda ſunt, in rub. ſol. matr. nume. 52.

Primum eſt, quia ratio ſtatuti militat etiam in dote promiſſa. Reſpondeo id negari poſſe, ſed dato quod militaret eadem ratio, non debet fieri extenſio: Iſte enim non eſt caſus omiſſus, ſed excluſus à ſtatuto. Cum enim requirit dotem eſſe datam, rectè colligi poteſt, promiſſionem non ſufficere. Sic videmus orationem Diui Seueri, quæ traditionem requirebat, locum non habere in promiſſione l. Papinianus, vbi Gloſ. in ver. donationem ff. de donatio. inter vi. & vxo. licet eadem ratio militare videatur in donatione re non tradita, quæ in donatione re tradita. Vtroque enim caſu adeſt voluntas donatoris perſeuerantis vſque ad mortem, iuxta l. Cùm hic ſtatus ff. eodem tit.

Secundum argumen. eſt ex communi vſu loquendi, ſecundum quem verba ſunt exaudiēda l. librorum §. quod tamen Caſſius de leg. 3. Hic autem videtur eſſe communis vſus loquendi, vt mulier dicatur dotem habere cum ei promiſſa eſt. Reſpondeo hunc communem vſum loquendi probandum eſſe, quia de eo minimè conſtat; & debet adeſſe tempore ſtatuti conditi, vt inde colligi poſſit ſtatuentes ad illum reſpexiſſe.

Tertium argum. ſumitur ex doctrina Saliceti in l. ſi conſtante C. de dona. ante nup. vbi docet, ſtatutum diſponens, vt ſoluto matrimonio morte vxoris vir reſtituat tertiam partem dotis, locum ſibi vendicare in dote promiſſa, licet verbum *reſtituat* videatur requirere dotem datam ac numeratam eſſe. Reſpondeo argumen. ex authoritate doctoris non eſſe neceſſarium, ſed probabile, & nullas vires habere contra communem opinionem; ſed & Salicetum reprobat Ruin. conſ. 197. lib. 1.

Quartum argum. Non debet eſſe melioris conditionis mulier quæ dotem promiſit, & non dedit, quàm illa quæ dedit. Sed eſſet melioris conditionis, ſi ſtatutum deferens lucrum dotis datę, non haberet locū in dote promiſſa: ergo &c. Reſpondeo id eſſe imputandum viro, qui pacto ſibi non proſpexit circa lucrum dotis promiſſæ, vel quia dotem ſibi ſolui ac numerari à principio non curauit, vel quia promiſſam non exegit.

CAPVT XXVII.

Vtrum ſoluto matrimonio dos propriè dicatur, antequam ſit ab vxore recuperata?

COmmunis eſt doctorum ſententia in rub. ſol. matr. dotem propriè dici ſoluto matrimonio priuſquam ſit ab vxore recuperata: Caſtren. ibi in prin. Alex. num. 24. Socin. ſen. nume. 10. Areti. in prin. Iaſon nu. 9. Coraſi. nu. 12. Socin. Iun. nu. 55. Ab hac ſententia receſſerunt Ripa ibi nu. 70. Alciat. nu. 46. Ruin. nu. 257.

Communis ſententiæ argumenta hæc ſunt. Primum ex d. rub. ſol. matr. quemad. dos petatur. Apparet enim dotem appellari etiam ſoluto matrimonio. Reſpōdent contrariæ ſentētiæ authores, rubricam ſe referre ad id quod fuit. Nam dos fuit conſtante matrimonio, quæ eo ſoluto, largè ac impropriè dos dicitur.

Secundum eſt ex l. etiam ff. de fundo dota. vbi etiam dirempto matrimonio fundus dotalis intelligitur. Reſpōdetur hoc intelligendum eſſe fictè & impropriè vt denotat verbum *intelligitur*.

Tertium ſumitur ex l. ſi marito § 1. ſol. matr. vbi dicitur pecuniam in dote eſſe ſoluto matrimonio, & idem probatur in l. ſi pater ignorans eod. tit. Reſpon. non aliud probari his textibus, quàm actionem de dote competere ſoluto matrimonio; ex quo inferendum non eſt, dotem eſſe ſolum matrimonio. Nam & poſt aditam hæreditatem competere dicitur hæreditatis petitio, quæ impropriè dicitur hæreditas, vt not. doct. in l. 1. §. Veteres de acquir. poſſeſſ.

Quartum argum. eſt ex legibus, quibus dos appellatur matrimonio ſoluto l. ſi cum dotem §. 1. & 2. l. filiæ l. filiafa. ſol. matr. l. Titio centum §. Titio genero de cond. & dem. l. Vn. §. Tractat. C. de rei vxo. actio. §. Fuerat inſt. de actio. Reſpon. impropriè dotem appellari; habita ſcilicet relatione ad tempus, quo matrimonium erat, & conſequenter dos verè dicebatur.

Quintum eſt ex l. ſi conſtante §. 1. ſoluto matrimonio ibi *vt ex die adita patris hæreditatis incipiat ei dotis exactio*. Reſpon. vt ſuprà, non eſſe bonam conſequentiam, dos ſoluto matrimonio exigitur, & tunc competit actio, igitur eſt dos propriè: quia petitio hæreditatis datur poſt aditam hæreditatem, quæ tamen hæreditas adita, non eſt propriè hæreditas, vt ſuprà dixi.

Contrariæ ſententiæ argumēta ſunt iſta. Primum dos non poteſt eſſe ſine matrimonio l. 3. de iure do. l. vlt. C. de dona ante nup. ergo ſolu. matr. non dicitur dos. Reſpon. dotem eſſe non poſſe ſine matrimonio, ſcilicet præſenti, vel præterito ita Bart. in l. ſi marito. §. 1. ff. ſol. matr.

Secundum ſumitur ex l. 1. §. pen. ff. de vſucap. pro dote. Vlpianus. *Cæterum ſi ceſſet matrimonium, Caſſius ait ceſſare vſucapionem; quia dos nulla ſit*. Reſpond. illa verba *ſi ceſſet matrimonium* ſic intelligenda, id eſt ſi nullum fuerit matrimonium contractum. Nam & ceſſare dicitur, quod non incipit l. 3. C. de iuris & fam. igno. l. ſi is à quo ff. vt in poſſeſſ. leg. l. ſi ſeruus communis meus. de ſtip. ſer. l. ſi procurator §. Mandati actio. ff. mand. l. ergo §. Planè de fideicomm. liber. l. qui res §. Aream ff. de ſolutionibus.

Tertium arg. Soluto matrimonio morte mariti, dominium rei dotalis tranſit in vxorem l. In reb. C. de iu. dot. Ergo dos eſſe non poteſt, quia cum reliquo vxoris patrimonio vnita eſt, arg. eorum quæ not. in l. 1. §. Veteres. de acquir. poſſ. vbi hæreditas adita, non dicitur hæreditas. Reſpon. imò tunc verè dotem eſſe, cum & actio competat de dote, & priuilegia dotibus conceſſa tunc maximè locum habeant: nam dos non eſt ita incorporata cum patrimonio reliquo, ſicut hæreditas adita, ſed dotis actione repetenda eſt: quare abſurdum videtur dicere, eam peti actione de dote, & non eſſe dotem.

A Quid dicendum? Videbantr prima facie verior sententia contra communem. Primo quia vbi res caret effectu, debet etiam carere nomine cap. Admonere 33. quæst. 2. Sed soluto matrimonio dos caret effectu, quia matrimonij oneribus non inseruit: ergo debet etiam carere nomine.

Secundò quia fructus dotis spectãt ad maritum l. Pro oneribus C. de iu. do. Soluto autem matrimonio ad vxorem spectant l. si marito §. vlt. sol. matr ergo soluto matrimonio non est dos propriè.

Tertiò, quia non videtur congruè responsum ad d. l. 3. de iu. do. vbi generaliter dicitur. *Neque enim dos sine matrimonio esse potest. Vbicunque igitur nomen matrimonij non est, nec dos est*. Hac generali regula videtur contineri etiam casus noster quando matrimonium est solutum; quia tunc mattimonium non est, ergo nec dos est.

Quartò quia non videbatur sufficienter responsum ad l. 1. §. penul. ff. pro dote. Illa enim verba, *si cesset matrimonium*, videbantur accipienda de matrimonio contracto, B sed dissoluto; quoniam supra I. C. locutus fuerat de matrimonio constãte. Confirmatur hæc interpretatio, quia si nullum sit contractum matrimonium, absurdum est dubitate, an vsucapio pro dote locũ habeat. Adde quòd paulò supra dixerat tex. ante nuptias contractas non habere locum vsucapionem pro dote; vt non sit verosimile ferè idem repeti illis verbis, *Cæterum si cesset matrimonium*.

Sed istis nil morantibus amplector communem sententiam, eo potissimum argumento, quod soluto matrimonio tunc de dote actio incipit, tunc priuilegia dotis procedunt. Implicat ergo contradictionem, quod non sit dos.

Ad primum argumentum respondeo dotem non carere effectu matrimonio soluto, quia mulier potest iterum nubere. Præterea iam deseruiuit oneribus matrimonij. Contraria locum habent vbi res semper caruit, & C caret effectu.

Ad secundum respondeo, licet fructus dotis soluto matrimonio spectent ad mulierem, non tamẽ infertur non esse dotem; dos enim est, sed aliter de ea leges disponunt constante, aliter soluto matrimonio.

Ad tertium respondo, egeneralem illam regulam vbi non est mattimonium, ibi non est dos, intelligendam esse vt notat Bart. in d. l. si marito §. 1. soluto matrimonio vbi non est, nec vnquam fuit matrimonium, vt sic leges legibus concordentur.

Ad quartum, concedo non rectè fuisse responsum ad d. l. 1. §. pen. ff. pro dote. Verus enim sensus est *si cesset matrimonium*, id est, si matrimonium contractum quidem fuerit, sed non valeat. Nam tex. subdit. *Idem scribit etsi maritus putauit esse matrimonium, cùm non esset*, quasi dicat, non esse vsucapionem pro dote, cum matrimonium cessat, id est, non valet, marito hoc sciente; & idem esse quando non valet, marito existimante illud valere. Et D quod ista verba, si cesset mattimonium, significent matrimonium inualidum, adfero textum in l. si concubina ff. de act. rer. amotar. illis verbis. *Et consequenter dicemus vbicunque cessat matrimonium, vt puta in ea, quæ tutori suo nupsit, vel contra mandata conuenit, vel sicubi alibi cessat matrimonium, cessare rerum amotarum actionem*. Quibus verbis perspicuum est denotari matrimonium inualidum, contra leges contractum. Sic igitur accipiendus est text. in d. l. §. pennl. vt dotis vsucapio non procedat, matrimonio inualido existente: qui, vt mihi sanè videtur, verus & genuinus sensus illorum verborum est.

CAPVT XXVIII.

Dos recuperata, an dotis nomen retineat?

DOtem soluto matrimonio recuperatam suum nomen amittere, communis est doctorũ sententia in rub. sol. matr. Castr. ibi in princ. Ias. nu. 10. Alciat. col. pen. Socin. iun. nu. 62.

Fundamentum est in l. vlt. C. Comm. vtriusq; iud. vbi dos ad patrem reuersa soluto matrimonio, dicitur effecta paternæ substantiæ, sicut hæreditas adita, non dicitur amplius hæreditas, sed proprium hęredis patrimonium. l. Sed etsi plures. §. Filiofa. ff. de vulg. Et dote recuperata, cessat de dote actio; ergo & nomen ipsum dotis, arg. l. Fundus. §. Tones. de fundo dotali.

Sed contrarium docuit in rub. sol. matr. Visitarinus, nu. 26. Io. Campeg. tract de dote, q. 3. Io. Coras. in l. qui liberos, nu. 44. de ritu nup. Alex. cons. 101. num. 2. lib. 5. Ias. in cons. 204. nu. 3. lib. 2.

Primum argum. est ex l. Si socius pro filia. ff. pro socio, vbi dos appellatur, quæ recuperata fuit.

Secundum ex l. Filiæ dotẽ. C. de colla. sed nihil facit.

Tertium ex l. Si cũ dotẽ. §. 1. ibi: *Dotem exactam* sol. matr. & in l. Si marito. §. 1. eod. & in l. Cum post. propè finem. de adm. tuto.

Quartum ex rub. sol. matr. ex l. 2. eod. tit. ex l. etiam de fundo dotali. Sed nihil faciunt; quia non loquuntur de dote recuperata.

Quintum arg. est, quia vidua dicitur in eodem matrimonio permanere. §. Soluto igitur in Authen. de nupt. l. vlt. C. de bon. mate. n.

Conciliari possunt opiniones hoc pacto. Dotem propriè non esse, quæ iam recuperata est; quia nec inseruit tunc, nec forsitan in futurum inseruiet oneribus matrimonij, sed dotem appellari, quia fuit iam dos, & esse potest, si mulier iterum nubat; Sic insulam appellamus, quę iam fuit l. Insula in fine de acq. rer. dom. ibi, *eum agrum qui insula fuerat, insulam appellari*. Sic & reliquiæ præteritę dignitatis considerari solent. l. vlt. ff. de decurion. & memoria prioris dñi l. Vnius. §. Seruus. ff. de quæstion.

CAPVT XXIX.

Statutum disponens mulierem non posse testari nisi de tertia parte dotis: vel mandans eam de dote testari æqualiter, inter liberos primi & secundi matrimonij, an locum habeat in vidua?

COmmunis est sententia, eiusmodi statutum locum habere, etiã in vidua; Bald. in l. 1. C. Vndę vir & vxor & ibidẽ Decius & Ias. Paul. Castr, in rub. sol. matr. & ibidem Ripa, nu. 72. vbi testatur esse communem sententiam. Socin. sen. ibi, nu. 13. Socin. iun. nu. 74. Alciatus, nu. 53. Coras. in l. Qui liberos; nu. 46. de ritu nup. Sed contrarium post alios quosdam docuit Ruin. in d. rub. nu. 270.

Fundamentum communis sententiæ positum est, primò in communi vsu loquendi: solemus enim dicere, viduas habere dotem: Sed bene respondet Aret. id ex facto pendere, & incertum esse, ac proinde non supponendũ, sed probandum.

Secundò in l. vlt. C. comm. vtriusque ind. & in l. Filiæ dotem. C. de collat. vbi dos dicitur posteaquam recuperata est, & exacta, ad effectum collationis faciendæ, quæ ob æqualitatem inducta est. l. Illud. l. Vt liberis. C. de collat. Ergo similiter dos dici debet ad effectum statuti dispouentis, vt æqualiter dos relinquatur filijs primi & secundi matrimonij.

Tertiò in l. Etiam. ff. de fundo dota. vbi, etiam soluto matrimonio fundus dotalis intelligitur.

Quartò, quia vidua dicitur in eodẽ mattimonio perdurare. l. vlt. C. de bonis matern.

Quintò,

Quintò, quia ratio ſtatuti militat in vidua, ne ſexus fragilitate inducta, de dote teſtetur ad filiorum ſuorum præiudicium. Et vt æqualitas ſeruetur inter omnes liberos, quæ legibus maximè curę eſt, & grata. l. Cum pater. §. Euictis, de leg. 2. l. pennlt. C. de colla. Ergo, & in vidua ſtatutum debet locum habere. l. Illud ad l. Aquiliam. A

Vltimò, quia ſtatutum extenditur ad caſum, qui ſub larga verborum ſignificatione continetur. l. Filium habeo. ff. ad Maced. Continetur autem ſub lata dotis ſignificatione etiam dos exacta. l. Si ſocius pro filia. ff. pro ſocio.

Fundamentum autem contrariæ ſententiæ illud eſt, potiſſimum, quia dos non dicitur poſtquam eſt à muliere recuperata, ſicut nec hæreditas dicitur, quæ iam apprehenſa eſt. l. Sed etſi plures. §. Filio de vulg ergo non verificatur qualitas à ſtatuto requiſita, vt ſcilicet dos ſit, eo tempore, quo mulier teſtatur, iuxta teg. l. In delictis. §. Si extraneus. ff. de noxalib.

Reſpondent Decius & Iaſon locis annotatis, id procedere, cū hæreditas eſt liberè apptehenſa ab hærede, hoc eſt, abſque onere reſtituendi, ſecus ſi cū onere reſtituendi: tunc enim etiam poſt apprehenſionem remanet hæreditas: toto tit. ff. & C. ad Trebell. Sic igitur & in dote dicendum videtur, vt nimirum retineat ſuum nomen, quia non liberè, ad vxorem reuertitur, ſed cum onere, ſtatuti, vt nimirum de ea diſponat mulier ſecundum formam ſtatuti, & non aliter. B

Quæ reſponſio Socino iuniori non placuit, num. 75. quia cum hæreditas alteri reſtituenda eſt, id contingit ex voluntate teſtatoris ita diſponentis; Sic autem non conſtat mentem ſtatuentium fuiſſe, vt ſtatutum viduas quoque ligaret: hoc eſt enim illud, quod ponitur in controuerſia, & conſequenter non videtur pro certo eſſe ſupponendum: & idem dixit Ruin. in rubr. ſol. matrim. num. 280.

Reſpondet igitur Socin. iun. vbi ſuprà, qualitatem hāc à ſtatuto requiſitam adeſſe tempore, quo mulier teſtatur: quia dos recuperata, ſaltem largè, dicitur dos d. l. Si ſocius pro filia. ff. pro ſocio. C

Secundò, quoniam in vidua ceſſat ratio ſtatuti. Illa enim ratio fuiſſe videtur, ne mulier à viro ſeduceretur, vt iniquum faceret de dote ſua elogium. Hæc autem ratio ceſſat mortuo marito: ita Ruin. in d. rub. ſol. matr. nu. 276. & ante eum Iaſon in d. l. 1. C. vnde vir & vxor. Cui argumento minimè ſatisfacere poteſt Decij reſponſio ibidem, dum ait, ſtatutum fuiſſe conditum vt æqualitas inter filios ſeruarentur: Nam hæc ratio pertinet ad ſtatutum Mutinenſe, non autem ad ſtatutum Senenſe. Reſpondet Socin. iun. ſtatuti rationem conſiſtere in fauore filiorum, & in mulieris fragilitate: noluiſſe enim ſtatuentes de mulieribus confidere, in actu teſtandi de dote, & hæc ratio locum habet etiam in vidua.

Mihi ſententia communis veriſſima videtur: quia negari non poteſt, quin & ſtatuti verba, & eius ratio etiam in vidua locum obtineant: Verba quidem, quia etiā dos recuperata, ſaltem largè, dicitur dos, vt diximus in præcedenti capite: Mens verò ſtatuti, quia fuit ita decretum, ne mulieres, quarum conſilium ſatis regulariter infirmum eſt, l. 2. ad Vell. male & imprudenter de dote teſtando diſponerent. D

Quæ ſi rectè perpendantur, argumenta facilè diluentur, quæ Ruin. in medium attulit in hac diſputatione, & quę optimè refellit Socin. iun. vbi ſuprà,

CAPVT XXX.

Vtrum maritus putatiuus habeat legis beneficium, vt non teneatur, niſi inquantum facere poteſt.

SI matrimonium non conſtiterit, errore intercedente, quod noſtri putatiuum vocant, mulier in bonis viri quaſi priuilegium habet pro dote opinata. l. Si cum dotem. §. vlt. ſol. matr. l. Si ſponſa de iure dot. æquum eſt enim eam ad priuilegium admitti, licet nullum matrimonium ſit contractum. l. 2. §. vlt. de priuil. cred. Intereſt. n. reipub. & hanc ſolidum conſequi, vt ætate permittente nubere poſſit, inquit Paulus in l. 3. ff. eod. Verùm quod attinet ad maritum, ceſſare videtur hæc ratio; quamobrem ille non lucratur dotē ex pacto inito, l. 1. C. de cond. ob cau. ſed totam reſtituere tenetur, vt reſcriptum eſt in cap. 1. de donat. inter vir. & vxor.

Quæ cum ita ſint, facile adducor ad oppinandum nullum marito in hac opinata dote competere priuilegium; vt ſcilicet non teneatur niſi inquantum facere poteſt, iuxta tex. in l. Maritum ſol. matr.

Etenim vbi matrimonium non valet, fructus non lucratur; ſed eos reſtituere tenetur, niſi in oneribus mulieris fuerint abſumpti, l. In inſulā. §. Fructus. ff. ſol. matr. Licet aliàs eos lucretur. l. Pro onerib. C. de iu. do. Nec locum habet vſucapio pro dote. l. 1. §. vlt. ff. pro dote. Nec competit dilatio, aliàs cōceſſa ad dotē reſtituendā, Gloſ. in l. Vn. §. Exactio: verſ. Reſtituendis. C. de rei vx. actio.

Et in puncto, quo de agitur, hoc eſt in marito putatiuo, non eſſe ei hoc indulgendū vt teneatur in quantum facere poteſt, cōis eſt doctorū ſnīa, quam & ipſe ſeqtor. in rub. ſol. matr. & in c. j. de donat. inter vir. & vx. Cōem hanc eſſe ſententiam teſtantur in d. rub. Pariſius, nu. 24. Socin. iun. nu. 83. in 1. parte, licet ipſi contrariam fuerint amplexi; nec non Ruin. ibidem, num. 149.

Primò, quia mulier habet priuilegium in hac dote putatiua; ergo, & maritus; vt æqualitas ſeruetur. Reſpōdeo, negando conſequentiam, propter rationis diuerſitatem, quæ eſt inter maritum & vxorem; Vxorem. n. ad priuilegium admitti ęquum fuit, vt ætate permittente nubere poſſit. l. 3. de priuil. cred. quæ ratio ceſſat in marito.

Secundò, quia priuilegium hoc, ne teneatur maritus, niſi inquantum facere poteſt, conceſſum eſt ob reuerentiam, quam vxor illi debet. l. Vn. §. Cum autem. C. de rei vx. act. quę reuerentia ei debetur, licet matrimoniū non valeat. Reſpondeo, ſumma ratione id negari poſſe, tantā reuerentiam exhibendam eſſe marito putatiuo, quanta debetur vero marito.

Tertiò, quia filij nati ex matrimonio putatiuo ſunt legitimi, c. pen. qui filij ſint legit. Reſpondeo, iſtud eſſe fauore prolis, qui non militat pro marito.

CAPVT XXXI.

Vtrum dos ſit ius vniuerſale.

COmmunis eſt ſentētia, dotem eſſe ius vniuerſale: Batt. in rub. ſol. matr. nu. 17. Iaſ. nu. 28. & alij magis cōiter, vt teſtatur Ripa, num. 43. & Socin. iun. nu. 20. in 3. p. Natta cōſ. 650. nu. 7. D. Ceſalus conſ. 365. nu. 39. Menoch. cōſ. 21. nu. 25. lib. 3.

Fundm̄ eſt in l. 1. verſ. Sed quod diximus. de dote prę leg. ibi: *Sed ad vniuerſitatem erit referendum*, & in l. Qđ dicitur. ff. de impen. in reb dota. fa. ibi: *Non enim ipſo iure, corporum, ſed dotis fit diminutio.* Et quia recipit augmentum & diminutionem ſicut cętera iura vniuerſalia, veluti hæreditas, peculium, & ſimilia. l. 5. §. Sed ſi impenſis. l. Si marito. §. vlt. ſol. matr. l. Etiam. C. de iure do. l. Hæreditas, l. Nihil aliud. de reg. iur. l. Peculium naſcitur. de peculio. Et hanc ſententiam ego quoque ſolitus ſum ſequi & alijs confirmare, & replicare ad ea quæ pro reſponſione ad ſupradicta afferri ſolent.

Sed cõtrariam sententiã habuerunt Bald. in l. 1. ff. sol. A
matr & clarius in l. vlt. C. de sent. quæ sine certa quant.
Baldus Nouellus de dote parte 2 in prin. Castren. Cuma.
Alciat Socin. Iun. & Crot. in rub. sol. matr.

Primò quia leges dicũt dotem dari l. Dedit dotem de
collat. bono. Vẽdicari, l. In reb. C. de iure do. Sequestrari,
l. si cum dotem. § sin ante sol. matr. Hæc autem non con
ueniunt iuribus incorporalibus. l. Seruus §. Incorporales
de acq. rer. do. Respon. ista dici habito respectu ad res in
dotem datas, quæ sunt corporales. Sic quoque dicimus
hæreditatem restitui l. Restituta ff. ad Treb. licet sit in-
corporale ipsum ius hæreditatis, vt Instit. de rebus cor-
poralib. & incorp.

Secundò, quia extractis corporibus particularibus ius
vniuersale manet l. Hæreditas etiam de pet. hæred. l. Pe-
culium. de pecul. Dos autem, extinctis corporibus extin-
guitur l. Plerunque de iure do. ergo non est ius vniuersa-
le. Respon. argumen. procedere in vniuersalibus quæ sine
corporibus ab initio produci possunt, veluti est hæredi- B
tas, d l. Hæreditas etiam: At dos à principio non est nisi
aliquid detur. Non obstat l. Peculium; quia hoc tantùm
dicit, peculium manere licet exhaustum sit ære alieno,
si corpora in eodem statu maneant.

Tertiò ius vniuersale continet actiones, tam actiuè
quàm passiuè. l. Hæreditatis appellatione l. Pecuniæ de
verb. sig. Dos autem æs alienum non recipit. l. Cum res
C. de dona. Respondeo nõ recipere æs alienum, quia ma-
ritus nõ repræsentat personam mulieris, sicut hæres per-
sonam defuncti; & sic est diuersa ratio.

Quartò, quia dos potest consistere in vna re, etiam mi
nima l. Neratius de relig. & sump. ergo non potest esse
ius vniuersale. Respondeo, etiam peculium in vna re con
sistere l. Depositi §. Peculium l. Peculium de peculio.

Quintò, si hæreditas fuerit vendita & vna res euicta,
non tenetur emptor de euictione l. 2. de hæred. & act.
vend. Secus in dote l. Vn. §. Et vt pleniùs C. de rei vx. act.
l. 1. C. de iure dot. vbi tamen distinctio adhibetur. Respõ C
deo licet in hoc hæreditatis naturam non imitetur, non
tamen inferri posse, quod non sit ius vniuersale; quia ne-
cesse non est, vt species contentæ sub vno genere sint
eiusdem naturæ.

Sextò quia Falcidia resecat legatum dotis, sicut cętera
legata particularia Glos. in l. Tali. de iure do. Respondeo
istud accidere propter corpus legatum, quod est particu-
lare, & æstimatur in ratione legis Falcidiæ: Ipsum enim
ius dotis vniuersale non venit in ratione legis Falcidiæ.

Septimò iura vniuersalia sumptibus non minuuntur l.
Cogi. §. Inde quæritur ad Treb. Dos autẽ minuitur sum-
ptibus necessarijs l. quod dicitur ff. de impen. in reb. dota.
Respondeo non hoc dici in d. §. Inde quæritur; sed quod
ex iure vniuersali corpus deduci non potest, vt ibi decla-
rat optimè Castren.

Octauò si dos esset ius vniuersale, deberet esse apud
maritum: sed non est apud maritum l. Etiam si putauit §.
Sed quòd Marcellus de pet. hæred. Respondeo imò esse D
apud maritum: potest enim conueniri actione vtili, vt
ibi dicitur, licet non directa: At istud nihil refert, cum
vtraque actio eiusdem sit potestatis, & eundem habeat
effectum l. Actio de neg. gest.

CAPVT XXXII.

*Libellus generalis vtrum in dote procedere, & ad-
mitti debeat?*


NOn puto libellum generalem etiam in dote
admittendum, secutus Castr. & Cumanum
in rub. nostra, Baldum & Salic. in l. vlt. C. de
sent. quæ sine certa quant. Moueor ex regu-
la generali, quæ negat libellum generalem
admittendum, quia talis debet esse libellus, vt ex eo de-
liberare possit reus, an velit cedere vel contendere l. 1. &
ibi notant Bar. & alij ff. de edendo. Excipio facti speciem
quæ habetur in l. Cum post §. Gener de iure do. & in l. 3.
C. eod. Scio communẽ in contrarium esse Bar. in rub. sol.
matr. col. pen. Ripa nu. 47. Socin. Iun. num. 31. in 3. parte.
Sed vt me terret authoritas communis sententiæ, ita pa-
rum mouent argumenta.

Primum est, quia in vniuersalibus iudicijs admittitur
libellus generalis, vt per Bart in d. l. 1. ff. de eden. Respon
deo in ijs iudicijs hoc procedere, in quibus certum est,
quid sub iure vniuersali contineatur; vt puta in hæredi-
tate: Certum est enim ea contineri omne ius quod de-
functus habuit l. Nihil aliud de verb. sig. At non est cer-
tum, neque iure determinatum quanta sit dos, vnde nec
dotis promissio incerta valet l. 1. C. de dotis promiss.

Secundum arg. est ex l. vlt. C. de sent. quæ sine certa
quant. proferun. ponderando, in illa facti specie senten-
tiam ideo fuisse nullam, quia duplex erat incertitudo,
vna respectu libelli; altera, quid maritus accepisset; quã-
obrem inquit Bart. si vna tantum fuisset incertitudo pro-
pter libellum generalem, sententiam fuisse valituram.
Quod confirmat Socinus senior in d. rub. soluto matri-
monio, perpendendo in casu d. l. vlt. sententiam fuisse ab
alio iudice confirmatam. Si enim nulla fuisset ob libelli
incertitudinem non potuisset ab alio iudice confirmari.
cap. Cum dilecti de emp. & vend. Sed respondeo decisio-
nem illius tex. fundari in ea ratione, quoniam incertum
erat, *quid accepisset, quantumque ab eo peteretur*: Hoc est,
nec libellus certam quantitatem continebat; nec in pro-
cessu facta erat liquidatio quantitatis dotis. Namque in-
ter omnes constat libellum generalem & obscurum va-
lere, si fiat liquidatio in illo vel in alio iudicio; vt docent
in d. rub. soluto matrimonio Alex. num. 31. Alciat. nu. 30.
Socin. Iun. nu. 35. Ioan. Campeg. de dote parte. 1. quæst. 4.
Ergo causa nullitatis fuit libelli incertitudo. Ad confir-
mationem Socini senioris respondeo, negando in casu d.
l. vlt. sententiam fuisse ab alio iudice confirmatam: Nam
tex. dicit ab alio iudice certam sententiam prolatam fuis-
se; An autem super eodem, vel super alio libello, textus
non declarat. Adde quod si fiat liquidatio in processu,
tunc generalis libellus sustinetur; vt supra dixi paulò an-
te. Nec volo sententiam, quam firmaui procedere, eo ca-
su quo fit liquidatio.

Tertium argumentum est, quia valet libellus quo legi
tima petitur generaliter, vt tradit Iason in rub sol. matr.
adducens Baldum in cap. conquerente. de off. ordin. Re-
spondeo legitimã esse certam; est enim triẽs, vt in Auth.
de Triente & semisse: dotis verò quantitas incerta est.
Sunt & alia quædam, sed leuiora sanè argumenta, quàm
vt egeant confutatione.

CAPVT XXXIII.

*Si duo instrumenta hypothecæ proferantur eodem die con-
tracta, vnum fisci, alterum priuati ex titulo oneroso,
vtrum, in dubio, præsumatur prius?*


VAriæ sunt doctorũ sententiæ hac de re. Pri-
ma eorum qui dixerunt, præsumẽdum esse
instrumẽtum fisci prius, Bald. in l. si debitor
C. de priuil. fisci. Socin. sen. in l. 1. num. 6. sol.
matr. & ibidem Iason nu. 4. Ripa nu. 4. Bal-
dus Nouell. de dote parte 9. in 1. priuil. Neguz. de pigno.
in 2. parte 2. memb. nume. 117. qui communem testatur.
Couuar. Variar. resol. lib. 1. cap. 16. num. 2. Peregrinus de
iure fisci lib. 6. tit. 6. nu. 21.

Primò quia fiscus est creditor priuilegiarius l. 1. & 2.
C. de priuil. fisci; vbi etiam quod à pari procedit cum do-
te. Responderi potest id procedere in casib. iure expressis
quia regulariter vtitur iure priuatorum, l. quod placuit.
de iure fisci Glos. in l. Item veniunt §. In priuatorum. de
peti. hæred. Quod verò dicitur fiscũ & dotem pari iure
censeri, sic est accipiendum prout loquitur d. l. 2. vt nimi-

rum,

rum, fiscus prior tempore in hypotheca, præferatur mulieri,& è conuerso:non autem habet hunc sensum,quòd omnia priuilegia quæ mulieri competunt in dote, conce dantur etiam fisco: id patet:nam mulier præfertur in tacita hypotheca omnibus, etiam anterioribus l. Assiduis C.qui potior.in pign. hab. Fiscus autem non; vt patet ex l.1.C.rem alienam gerentes &c.

Secundum argumentum est ex l. si is qui.ff.de iure fisci. Respondetur in textu rationem adferri, illis verbis *prauenit enim causam pignoris fiscus*: declaro; Si duobus priuatis bona futura obligentur, ambo cōcurrunt in pignore.l.7.§.1.ff. qui pot. in pig.hab. fiscus autem hoc in casu præfertur:ratio est,vt declarat Antonius Faber li.2. coniect.c.10. quia eo ipso quod contrahit, hypothecam habet. l. Aufertur. §. Fiscus eod.tit. alter verò non aliàs quàm finito perfectoq; contractu, cuius ea est accessoria: Hæc est igitur legis sententia,fiscum præuenisse causam pignoris; quia antequam contractus priuati perficeretur,cui hypotheca accedit,fiscus iam absolutè, & simpliciter hypothecam acquisiuit contrahendo. Sed certè non obligantur bona præsentia,& futura,nisi contractus perfectus fit, ex quo hypotheca huiusmodi descendit; ideo non placet hæc interpretatio Antonij Fabri. Placet igitur magis hoc esse constitutum fauore,& priuilegio fisci; vt nimirum fiscus præferatur anterioribus creditoribus in bonis postea quæsitis; & verba illa, *Prauenit enim causam pignoris fiscus*, non esse præteriti temporis, sed præsentis; quasi dicatur,fiscum præuenire solere in eiusmodi bonis postea quæsitis pignoris causa, sicut rectè explicat ibi Bartolus,secus in antea quæsitis,Lege, si fundū.C.qui pot.in pig.habeantur. Ratio adferri potest,quia fisci hypotheca est legalis; hypotheca verò priuati,est conuentionalis; ideo si concurrant, æquum est vt præferatur legalis: quia lex potentiùs operatur,quàm homo: priusquam enim bona postea quæsita essent, hypotheca priuati non erat creata; quia res quæ nondum est, hypothecæ subiecta esse non potest: Eo autem momento temporis,quo bona acquiruntur,deducitur in esse hypotheca tam fisci, quàm priuati; sed præfertur hypotheca fisci,cùm sit à lege creata,priuati verò hypotheca,ab homine.

Tertium argumentum est ex l.1.C.de iure fisci lib.10. Respondetur loqui quando priuatus habet causam lucratiuam ex donatione; fiscus autem, causam onerosam. Præterea respondetur, ibi fiscum intentionem habuisse rectè fundatam,quia probauit suam obligationem:quare aduersarius, qui dicebat bona sibi fuisse donata ante illā obligationem,meritò probare debuit.

Quartum argumentum est,quia dotis causa præfertur creditoribus anterioribus l. Assiduis. C.qui potio. in pig. & semper,& vbique præcipua est l. 1. ff.solut. matrim.& hoc propter publicam vtilitatem, ergo similiter & fiscus præferri debet,quia in eo vertitur publica vtilitas. Respondetur in fisco agi de re priuata ipsius Imperatoris.l. Vn.§.vltimo. C.de cad.tollen.l.2.ff.ne quid in loco pub.

Quintum argumentum est, quia si probationes sint pares in causa vertente inter fiscum,& priuatum,sententia pro fisco est ferenda, secundum specul. tit. de teste. §. Postquam, numero septimo Alexan. in l.1.num.2.ff.sol. matrim. & si duæ sint contrariæ sententiæ,præfertur ea quæ fisco fauet. Specul.ibi supra Iason, in l.1.nume.37. sol.matr. Respondetur ista legibus non probari, & alios contrarium docuisse Menochius,de præsump. lib.2.præsumpt.72.videlicet,nu.13.14.

Altera est sententia, priuati instrumentum præsumi anterius: Authores sunt Bart. in l. Non puto. ff.de iure fisci Mathesil.not 71.Alexā.in l.1.num.2.solut.matrim. Iason consilio 99. lib.1. Alciat.reg.3. Præsumpt.41.alios quosdam citāt Soc.Iun.in l.1.nu.17.sol.matr.

Fundamentum est in Lege. Non puto,de iure fisci, & in l.1.C.de secun.nup. & in l.Vni.§.vlt. C.de cad.tollen. Respondetur quantum attinet ad Legē. Non puto, non

A aliud ibi velle Modestinum, quàm illum delinquere,qui in dubijs quæstionibus contra fiscum pronunciauerit. Nam olim sub malis principibus,grande piaculum habebatur fisco non fauere, vt patet ex Plinij Panegyrico ad Traianum. *Quę præcipua inquit tua gloria est, sæpius vincitur fiscus; cuius mala causa nunquam est,nisi sub bono Principe.*

Quod autem attinet ad alias leges,nihil aliud volunt, nisi Principem non inhiare lucris fiscalibus, nec eorum rationem habere in legibus condendis pro Reipublicæ vtilitate.

Tertia est sententia Menochij de præsump. lib.2.præsumpt.72.num. 12. in arbitrio esse iudicis, pronunciare vel pro fisco vel pro priuato: quemadmodum cum inter priuatos res agitur, in arbitrio est iudicis pronūciare pro actore vel pro reo. Sed non placet hæc sententia:quia tale arbitrium iure non est concessum Iudici, sed debet iudicare secundum leges, & constitutiones, & iuris regu-
B las,non autem pro suo arbitrio,& libitu.

Quarta sententia est aliorum, quos refert, & sequi videtur Socin.Iun.in l.1.num.29.& 35 hoc in casu neutri prærogatiuam esse concedendam, sed idem seruandum, sicut quando inter duos priuatos res agitur: nam & tunc quid sit iure cōstitutum habetur, in l.si fundus.§.si duo. ff de pig.& per Neguz.de pig 2. membr.5. partis,nu 43.

Hæc sententia mihi verissima videtur, quia cum nullum hoc in casu priuilegium fiscus habere conspiciatur, consequens est, vt iure communi priuatorum vtatur, sicut regulariter vti debet,vt dixi suprà.

CAPVT XXXIII.

Quid iuris cum inter mulierem de dotis hypotheca agitur, & fiscum, in specie proposita in capite præcedenti.

C ALij præferendam esse mulierem dixerant: alij fiscum & mulierem æquo iure censeri. Prioris sententiæ authores sunt Bald. in l. dotis.C.de iu.do.& in l. ad exactionem. C. de dotis promiss.Ias.in l.1.nu.37. sol.matr. Soc.ibi,nu.15.Ripa,nu.10.Soc.Iun. nu.36. Paris.nu.14. Neguzan.de pig.2.membr.3.par.nu.109. Alciat de præsumpt reg.3.præsump.41.Couuar.var.ar resol.lib.1.c.16. nu 6.Menoch.de præsumpt.lib.2.præsumpt.72.num.18. Peregrinus de iure fisci lib.6 tit.6.nu.33. Posterioris autem Salic.in l.2.C.de priui.fisci.Baldus Nouell.de dote. parte 9 priui.1.Herculan. in l 1.sol.matr.num.15.Huius posterioris fundamentum est in l.2. C.de priui. fisci: & quia dos,& fiscus parificari videntur in priuilegijs,arg.§. his consequens in auth.de æqual do. iuncta l. quod quis, de priui. cred. Prioris autem sententiæ præcipuum est fundamentum, quia mulier videtur habere maius priuilegium,quàm fiscus: Nam fiscus non præfertur anterio-
D ribus creditoribus hypothecam tacitam habentibus l.1. C.rem alien.geren.l.vlt. ff. qui potio.in pig.habean.mulier verò præfertur. l. assiduis. C. qui potio. in pign. hab. Sed hæc argumenta tam prioris, quàm posterioris sententię non admodum vrgere videntur,quia dos & fiscus æquo iure censentur,quantum ad hoc,vt qui prior est tēpore,potior sit iure, ita loquitur.l.2.C.de priui. fisci: sed hic constat vter sit prior tempore.Quod verò mulier habere videatur maius priuilegium,quàm fiscus,id non facit,vt fisco sit præferenda; quia maiora priuilegia habet, cum inter eam & creditores contentio est; ita loquitur. d.l.assiduis; secus si cum fisco contendat.d.l.2. C.de priuil.fisci.

Existimo tamen in hoc articulo pro muliere dotē exigente litem esse dandam, potioremq; eius causam iudicandam:quia regula iuris docet,in ambiguis,pro dotibus respondere melius esse. l. In ambiguis, de reg iur. At in proposito casu ambigua res est, an prius confectum fuerit in-

tit instrumentum dotis vel fisci. Cōtrà in fisco habemus, A
non delinquere eum, qui in dubijs iuris quæstionibus contra eum facile pronunciauerit. l. Non puto ff de iure fisci. Excipe causam primipilarem, quæ mulieri præfertur l. 4. C. in quib. cau pig. tacitè contrahat.

CAPVT XXXIV.

Priuilegium dotis tacitæ hypothecæ, & prælationis, an transeat ad mulieris hæredes, vel ad patrem, vel ad cessionarium.



TRactat hanc quæstionem fusè, & accuratè Baldus Nouellus de dote, parte 12. in prin. & Doct. in rub. sol. matr. diuersæ sunt doctorum sententiæ, quas referre non est operæ preciū; quia res hæc videtur mihi apertissimis iuris testimonijs decisa.

Priuilegium tacitæ hypothecæ ad hæredes mulieris B
transire iudicat tex. in l. Vn. §. Illo. C. de rei vx. act. ibi: *Si decesserit mulier constante matrimonio, dos non in lucrum mariti cedat, &c sed ad mulieris hæredes ex stipulatu actio secundùm sui naturam transmittatur.* Hæc est autem natura stipulationis huius, vt ei tacita insit hypotheca d. l. Vn. §. & vt plenius. Idem iuris est in parente d. l. Vn. §. Extraneum ibi: *Parenti enim tacitam ex stipulatu actionem damus.* Si enim habet parens priuilegium tacitæ stipulationis, consequens est vt illud habeat cum sua annexa tacita hypotheca, l. Assiduis. C. qui potio in pig. habean. ibi: *Sancimus ex stipulatu actionem, quam mulieribus iam pro dote restituenda dedimus, cuique tacitam donauimus inesse hypothecam:* idem habet, in §. Fuerat. inst. de actio. ibi. *Sed & tacitam ei dedimus hypothecam.* Ad hæredes non transit priuilegium prælationis, nisi sint filij mulieris, d. l. Assiduis vers. exceptis. C. qui potiores. Cæteri non habent hoc priuilegium Iustin. Nouella 91. vt exactio. instante dotis &c. *Non enim alijs dedimus du-* C
dum, & damus hoc priuilegium, aut hæredibus, aut creditoribus, sed solis filijs. Idem in Nouella 61. ad finem. *Omnibus priuilegijs dotis datis in sua firmitate manentibus, quando mulier moueret: alijs enim omnibus, præter mulierem, huiusmodi priuilegia, nec ex antiquo dedimus, neque nunc damus.* Idem in § Fuerat inst. de actio. *Præferri autem alijs creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cuius solius prouidentia hoc induximus.* Pater igitur non habebit hoc priuilegium prælationis; quia nullus alius præter mulierem, & eius filios, habet.

Sed quid in cessionario mulieris? mouet, quia cessionarius fisci, priuilegio gaudet tacitæ hypothecæ. l. vlt. C. de priuil. fisci; contrà vrget, quod soli mulieri, & non creditoribus eius hoc priuilegium indultum sit. Sed verba legis captanda non sunt: quid enim si mulier cedat ad sui commodum, & vtilitatem iura sua, & mulieris interfit cessionarium gaudere priuilegio, quia totum eiusdem D
mulieris commodo cedat? nonne idem respondendum, quod responderetur, si ipsa mulier ageret, & de dote experiretur? sic puto, aliàs secus.

CAPVT XXXV.

Vtrum mulier pro dote hypothecam habens in bonis viri sui, præferatur creditoribus anteriorem hypothecam expressam habentibus.



TRes sunt Doct. sententiæ hac de re: prima est communior, mulierem præferri creditoribus habentibus tacitam anteriorem, non autem expressam hypothecam anteriorem Glos. & Bar. num. 6. in l. Assiduis. C. qui potio in pig. habean. Ripa in l. 1. num. 1. ff. sol. matr. Soc. iun. ibidem num. 105. qui alios citat.

Altera, mulierem præferri omnibus creditoribus anterioribus, etiam expressam hypothecam habentibus ita olim. Martinus Glossator quem multi alij secuti fuere, Bolog. hic num. 174. Mysing. cent. 4. obser. 13. dixi lib. 1. controuersiarum cap. 99.

Tertia est sententia, mulierem habentem expressam hypothecam posteriorem, præferri creditoribus habentibus anteriorem expressam: secus autem si mulier habeat tacitam hypothecā. ita Angelus in Auth. de æqual. dotis. §. His consequēter Aretin. in l. 1. col. 5. ff. sol. matr. alios citat Paris. ibidem nu. 2. vbi etiam refert. Neguz. & alios, qui ab hac sententia recesserunt, negantes mulierem præferri creditoribus expressam anteriorem hypothecam habentibus, siue ipsa expressam habeat, siue tacitam.

Sed videamus argumenta: Primum argumentū prioris sententiæ: qui prior est tempore, potior est iure. c. qui prior de reg. iur. in 6. sed prior est tempore creditor qui expressam habet anteriorem hypothecam; ergo potior esse debet.

Secunda, lex faciliùs suum auxilium aufert, quàm illud quod ex nostra prouisione nobis competit, vt notat Glos. magna in l. siue apud acta. C. de transact. arg. l. Filiusfa. §. erit. ff. de fideic. libertat.

Tertium argumentum, fiscus & mulier paribus iuribus censentur. l. 2. C. de priui. fisci & tamen fiscus non præfertur creditoribus anterioribus expressam hypothecam habentibus, l. si pignus. ff qui potio. in pig. hab. ergo neque mulier præferri debet.

Quartum sumitur ex l. Vbi adhuc. C. de iure do. illis verbis, *Sed ita posse eam easdem res vendicare, vel a creditoribus posterioribus, vel ab alijs, qui non potiora iura legibus habere noscuntur.*

Quintum arhumentum est ex l. In rebus. C. eod. quatenus ibi constitutum est, mulierem præferri omnibus anterioribus creditoribus absolutè, in rebus, quas ipsa in dotem dedit. Videtur enim inferri posse, secus dicendū si præferri velit in rebus proprijs viri sui, quæ sunt ei obligatæ; non enim anterioribus expressam hypothecam habentibus præferenda esse videtur.

Sextū argumētum sumitur ex l. Assiduis. C. qui potio. in pig. hab. vbi constitutum est, mulierem in dote præferri anterioribus creditoribus, qui priuilegio sunt vallati: Isti creditores priuilegiarij sunt, qui tacitam hypothecam habent, non qui expressam.

Fundamentum verò alterius sententiæ positum est in l. Assiduis. C. qui pot. in pig. habean. quatenus ibi nulla distinctione adhibita Iustinianus constituit mulierem, etiam pręferendam omnibus creditoribus anteriorem hypothecam habentibus. Et quia mulier præfertur in sua hypotheca creditori, qui mutuauit in refectionem. §. His consequens in Auth. de æqual. dotis. Talis verò creditor præfertur omnibus alijs creditoribus habentibus anteriorem expressam, l. Interdum. ff. qui po. in pig. habean. Si ergo vinco vincentem te, multò magis vinco te, l. de accessionibus. ff. de diuer. & tempo. præscript.

Tertiæ autem sententię fundamentum est in d. l. Assiduis, & in l. Moschis. ff de iure fisci: & in l. Est differētia. ff. in quib. cau. pig. ta. contrah. Et quia facile posset eludi constitutio d. l. Assiduis per hypothecam expressam anteriorem; & quia cum mulier sibi prospicit de hypotheca expressa, tunc nititur non solùm legis auxilio, sed etiam prouisione propria, quare pręferenda esse videtur creditoribus habentibus expressam; quia & illi nituntur propria prouisione; cui dotis fauor pręferri debet, duplici funiculo nexus.

Mihi verò iuri magis consona videtur eorum sententia, qui affirmant mulierem pręferendam esse omnibus creditoribus hypothecam anteriorem habentibus, siue tacitam siue expressam; & moueor, quia hęc sententia maius habet & firmius fundamentū, quàm alia vlla: nititur enim l. Assiduis, C. qui po. in pig. habean. cum alias

nitantur leuibus argumentis, nec multum sanè probabilibus.

Quod attinet ad d.l. Assiduis, illa suffragatur huic sententię, primum in verbis quę generalia sunt, & omnem hypothecam complectuntur: deinde in ratione sua, quã prolixè ibi Iustin. adfert; quæque conuenit etiam vbi creditor expressam habet hypothecam: Tertiò, quia si excipere Iustin. voluisset hypothecam expressam, æquum esset id exprimere; quod facile fieri potuisset; vt & alibi ipse argumentatur, in l. Vn. §. sin autem, ad deficientis. C. de cad. tollen. Quartò, quia facile illa constitutio eludi potest, si expressa hypotheca non cõtineatur: facile enim & sæpenumero contingit, vt creditores expressam hypothecam habeant, cùm tacita hypotheca in paucissimis casibus concessa sit.

Denique si nulla alia est lex, vel nouæ vel antiqua quæ distinctionem istam induxerit inter expressam, & tacitam hypothecam, cur nos, nulla lege, nulla veterum authoritate freti, audeamus nouam Iustin. constitutionem, noua quadam interpretatione coarctare?

Ad primum argumentum contrariæ sententiæ respondeo, priorem esse tempore creditorem, sed mulieré præferri ex d. constitutione Imp. in l. assiduis: si argumétum valeret, non deberet etiam præferri habentibus tacitam hypothecam; quod falsum est.

Ad secundum respõdeo, regulam illam generalem & brocardicam non esse spectãdam, cum satis clara sit Imperatoris constitutio, in d. l. assiduis

Ad tertium, negatur consequentia: nam pro fisco nulla extat constitutio talis, qualis pro muliere promulgata est in d. l. assiduis. Et quod dicitur fiscum, & mulierem æquiparari, locum habet quando inter eos est contentio; ita loquitur. d. l. 2. non autem id ita accipiendum est, vt per omnia idem iuris habeat dos, quod fiscus: Nam fauorabiliorem esse dotem, quàm sit fiscus, patet ex d. l. assiduis.

Ad quartum respondeo, l. vbi adhuc, ante fuisse editã quàm l. assiduis; & ideò mulier non habebat eo tempore prælationem creditoribus anterioribus hypothecam habentibus, quod postea emendatum est, in d. l. assiduis.

Ad quintum, negatur consequentia; nec enim tale argumentum sumi potest ex d. l. in rebus, ex quo repugnet d. l. assiduis.

Ad sextum respondetur. d. l. assiduis loqui generaliter de omnibus creditoribus, siue priuilegiatijs, siue non; sicut ex verbis generalibus intelligi potest.

Non obstant illa verba quibus dicitur, eam præferrì etiam anterioris tẽporis priuilegio vallatis; quia illa verba non significant priuilegium tacitæ hypothecæ, sed temporis. Nam qui prior est tempore, potior est iure; id appellat ibi tex priuilegium, sed impropriè: quia iure communi sancitum est, satis esse priuilegium temporis, non autem tacitæ hypothecæ.

CAPVT XXXVI.

Dotis causa an possit diebus feriatis cognosci.



Res sunt Doctorum sententiæ de hac re. Vna, diebus feriatis (non tamen in honoré Dei) expediri posse. Altera, non posse. Tertia, videndum, an dos petatur vt ex ea possint alimenta præstari, quia aliunde nõ suppetant; & tunc etiam diebus feriatis tractari expedirіq; posse, alias secus Vide Castr. Alex. Socin. Sen. & Iun nu. 127. in l. 1. ff. sol. matr. Ripam eodem in loco, nu. 46. Paris. nu. 82. Ruin. num. 106. Bald. Nouell. de dote parte 9. priuil. 13. Et cum nulla ex dictis sententijs, aliquod habeat firmum fundamentum, excepta vltima, istam complector, cęteris reiectis Fundamentum hæc habet, in l. 2. ff. de ferijs; vbi causa alimentorum à ferijs excipitur, ergo, & dotis causa excipienda est, si ex ea quis ali debeat; quia dos loco alimentorum sit, nec aliunde suppetant: exemplum, in l. si cum dotem. §. sin autem in sęuissimo. ff sol. matr. Aliæ sententiæ ijs nituntur argumentis: primum argumentum est ex. d. l. 2. de ferijs, argumentando de alimentis ad dotem. Resp. id procedere secundum supradictam distinctionem, cum mulier non habet aliunde alimenta.

Secundum ex l. publicas. C. de ferijs: Respon. loqui de causis publicis principaliter, nõ secũdario, prout est dos.

Tertium argumentum: causa dotis dicitur pia. l. cum is. § si mulier, de condit. indeb. ergo non seruantur in ea feriæ c vlt. de ferijs Respon. tex. in d. c. vlt. loqui de causa pia propriè, & strictè.

Quartum argumentum: in ecclesiasticis causis nõ seruantur feriæ, vt not. in c. vlt. de iud. ergo nec in causa dotis. Resp. nego consequentiam; neque enim dotis causa est ecclesiastica, nisi quatenus ex matrimonio pédet, cuius cognitio pertinet ad iudicem ecclesiasticum.

Quintum argumentum: feriæ non impediunt tutoris dationem. l. 2. de ferijs: ergo nec dotis iudicium. Respon. negando consequentiam: quia illa causa non patitur moram propter pupilli necessitates; & non pertinet ad contentiosam iurisdictionem: hæc verò moram patitur, si non inde sit alenda mulier, & ad contentiosam iurisdictionem pertinet.

Sextum: quia causa dotis pendet ex matrimonio, & videtur esse matrimonialis: quæ expeditur sine strepitu, & figura iudicij Clem. *Dispensiosam*, de re. iud. ergo, & dieb. feriatis. Clem. sæpe, de verb. sign Resp. d. Clem. dispensiosam loqui de causis matrimonialibus, hoc est, vbi principaliter vertitur matrimonialis causa: Alterius verò sententiæ, quę vult causam dotis cognosci non posse diebus feriatis fundamentum est, in regula iuris quæ prohibet causas tractari dieb. feriatis l. 1. & tot tit. ff de ferijs. l. vlt. C. eod. tit. Ab hac regula non reperitur causa dotis excepta, imò quod sit cognoscẽda more iudiciorũ, indicant. l. 3. C. de dotis promiss. l. si mulier. l. si cum dote. § eo autem. ff. sol. matri. l. vni. §. & hoc ex sei vxoriæ. C de rei vx. act. Resp. id verum esse, nisi petatur dos, vt inde alimenta suppeditentur; tunc enim reipsa non differt à causa alimentorum; ac proinde excipiendæ est à ferijs, sicut causa alimentorum excipitur, in d. l. 2. de ferijs.

CAPVT XXXVII.

Vtrum causa dotis sit mixti fori, cum principaliter agitatur?



Vinque sunt potissimum argumenta quibus persuadere quidam conati sunt dotis causam esse mixti fori. Primum est ex c. 1. 2. & 3. de donat. inter vir. & vxor. Quibus rectè respondetur, loqui de causa dotis incidenter deducta, & in consequentiã matrimonij & diuortij.

Secundum ex c. Nuper. eod. tit. illis verbis *cum ecclesia dotes protegere teneatur viduarum*. Resp. non esse bonam cõsequentiam; tenetur ecclesia protegere dotes viduarũ, ergo ecclesiasticus iudex adiri potest, tanquã ordinarius in causis dotalibus: satis enim ecclesia protegere dicitur, si in subsidium, iudice seculari negligente, viduis iustitiam ministret.

Tertium est ex c. ex litteris de pign. Resp. non id velle ibi S. Põtificem, sed hoc tantum, mulieris dotem saluam esse, cum viri sui bona confiscata sunt.

Quartum argumentũ est, quia dos est causa pia. Resp. impropriè id esse, & ideo non gaudere priuilegijs piæ causæ.

Quintum, quia vidua est miserabilis persona Respon. nihil ad rem: nam miserabiles personæ sunt pauperes, & ecclesia eas protegere solet; sed non hinc sequitur, viduas esse ita sub ecclesiæ protectione, vt aduersarium trahere

possint

A possint ad iudicem ecclesiasticum contra iuris regulam, quæ dicit actor forum rei sequitur. cap. Cum sit. de foro compet. Alex. in l. 1. sol. matr. existimat in terris ecclesiæ causam dotis cognosci posse coram ecclesiastico iudice, secus in terris Imperij: quia in terris Imperij seruantur leges, quæ sine peccato seruari possunt: Et in terris ecclesiæ S. Pontifex habet plenissimam potestatem. c. Causam quæ. cap. Per venerabilem. Qui filij sint legitimi. Sed hæc sententia dubium non habet, quando S. Pontifex causam committit ecclesiastico iudici, vel vbi Iudex ordinarius loci à S. Pontifice constitutus (vt plerumque est) ecclesiasticus est: Cæterum si ordinarius iudex loci laicus sit, quem S. Pontifex constituerit, non video cur dotis causa coram ipso agitanda non sit; cum nullus iuris Canonici locus proferatur, quo S. Pont. iubeat dotis causas principaliter motas, coram ecclesiasticis iudicibus cognoscendas esse.

Tertia igitur Doctorũ sententia, quæ negat dotis causam etiam mixti fori, mihi verissima videtur: quia hæc regulis iuris est consentanea; quibus cauetur causas temporales & prosanas à iudicibus laicis esse cognoscendas. His accedit text. in l. In contractib. in finem, C. de non num. pec. qui iure Canonico correctus nõ reperitur: vbi constitutum est, in subsidium adiri posse Iudicem ecclesiasticum. Accedit etiam. c. Ex tenore. de foro compet illis verbis. *Mandamus quatenus, nisi sit talis causa quæ ad ecclesiasticum Iudicem pertinere noscatur, ei supersedere curetis, dummodo per iudicem secularẽ suam possit iustitiam obtinere.* Et text. ibi loquitur de vidua. Vide in hac quæstione Dec. in auth. quod locum. C. de collen. Doctores omnes in l. 1. sol. matr. vbi Socin. iun. nu. 132. Ripa, num. 47. Paris. nu. 86. Ruin. nu. 95.

CAPVT XXXVIII.

Vtrum pater dotare teneatur filiam diuitem.



COmmunis est sententia, patrem teneri ad dandam filiæ dotem, licet ea sit diues; vt testatur Ripa in l. 1. nu. 54. sol. mat. Soc. iun. ibi nu. 157. Fundamentum est in l. Qui liberos. ff. de ritu nup. ibi: *Coguntur in matrimonium collocare & dotare.* & in l. vlt. de dotis promiss. illis verbis. *Neque enim leges incognitæ sunt, quibus cautum est omnino paternum esse officium, dotem vel antenuptias donationem pro sua dare progenie.* Vbi notandum text. loqui quando filia erat diues bonis maternis. Nec valet Alciati resp. lib. 8. Parergon, cap. 3. officium quidem paternum id esse, sed non imponi necessitatem, sicut cum dicit I. C. *Voluntatis & officij magis esse, quàm necessitatis commodare* in l. In commodato. §. Sicut. ff. commod. Nam patrem cogendum esse, & consequenter necessitatis id esse, non autem voluntatis, patet ex d. l. Qui liberos. ff. de ritu nupt. Quæ replicatio melior est, quàm Duareni, ad officium tutorum & curatorum aliorumque iudicum & magistratuũ recurrentis, vt inde excludat necessitatem: in tit. sol. matr. c. 3. His accedit, dotem subrogatam videri loco legitimæ, l. Quoniam nouella. C. de inoff. testa. legitimam verò filijs debitam esse, quãtumuis locupletes existant, vt in §. Aliud quoque capitulum. in auth. Vt cum de opp. cog.

Verum istis non morantibus magis placet Bart. sententia, negantis patrem obligatum esse ad dotandam filiam diuitem in l. Muliet. §. Cũ proponeretur. ff. ad Treb. sequitur Duarenus, vbi suprà. Alciat. in l. 1. num. 65. sol. matr. & alij quos commemorat ibid. Soc. iun. nu. 157.

Fundamentum est, quia pater nõ tenetur alere filiam, quæ est diues, l. Si quis à liberis. ff. de ag. lib. Ergo nec dotare: nulla est enim ratio diuersitatis; quia sicut Pater tenetur alere, ita & dotare: sed excipitur casus, quo filius est diues, vt non teneatur pater eum alere: igitur & excipiendus est idem casus, vt non teneatur dotare; est enĩ eadem æquitatis ratio, ergo idem ius, l. Illud ad l. Aquil.

Non nego patrem teneri ad quærendam cõditionem filiæ eamque matrimonio copulandam: nego eum teneri ad dandam dotem.

Non obstant argumenta contrariæ sententiæ: nam ad l. Qui liberos resp. regulariter id verum esse, sicut & regulare est patrem teneri ad alendum filium; sed hunc excipimus casum, quando filia diues est.

Ad l. vlt. C. de dotis promiss. placet illa resp. patrem in illa facti specie non fuisse obligatum; quod illa verba satis indicant, quibus toties liberalitatis paternæ sit mentio in illa lege, nam in necessitatibus nemo liberalis existit. l. Rem legatam de adim. legatis. Confirmatur hæc interpret. Nam si pater in illa facti specie fuisset obligatus, nulla erat dubitandi ratio, quin de suis bonis dotasse intelligeretur. Quod autem ibi dicitur paternum esse officium dotem dare, pro sua progenie, sic accipiendum idest, regulariter & secundum iuris regulam: & hæc fuit ratio decidendi, quia pater ibi intelligitur voluisse dotare B filiam ex suis bonis, licet allegare potuisset se non teneri, cum filia haberet bona materna: quæ ratio est cur Imp. toties dixerit, patris fuisse liberalitatem.

Quod autem dicebatur dotem loco legitimæ succedere, & legitimam relinquendam esse filiæ, etiamsi diues sit, nihil mouet; quia est res longè diuersa; sic enim sancitum est in ijs, quæ ad testamentũ patrissam. pertinent, vt filios suos debeat instituere hæredes, aut exhæredare si iustam causam habeat: non patitur lex, vt iniuria filij afficiantur præteritione, vel iniusta exhæredatione: & hæc est ratio, cur filio, etiam diuiti legitima sit relinquenda: quæ ratio iniuriæ non æquè militat in dote; sicut enim pater non dicitur iniuriam facere filio, aliunde habenti vnde se alat, si ei neget alimenta; sic existimo nullam facere iniuriam filiæ diuiti, si dotem ex bonis suis ei non dederit. Hæc ita esse nullum est euidẽtius testimonium, quàm quod ex verbis d. l. vlt. colligitur, dum ait *Liberalitas itaque talis maneat vera & irreuocabilis, vt & puro no-* C *mine liberalitas, & debitum suam sequantur fortunam.* Hic vides appellari patris liberalitatem veram & irreuocabilem: ex quo apparet patrem donasse filiæ suæ dotẽ, volens paternum exequi officium, licet non teneretur; quia filia habebat res maternas, ex quibus dotem cõsequi sufficientem poterat.

CAPVT XXXIX.

An Lex Vltima, C. de dotis promiss. locũ habeat, vbi filia renunciauit maternis & paternis bonis, & quando pater dedit illi dotem computato omni eo, quod habere debet ex bonis maternis.



CIrca hoc contrariæ sunt doctorum sententiæ: Nam quod constitutum est in l. vlt. C. de dotis promiss. locum sibi vendicare, etiam filia re- D nunciante maternis bonis, decisum fuit apud Afflict. decis. 178.

Sed contrariũ ibi voluit Vrsillus & decis. seq. nec non Crauetta & Stracca in adnotationib. cons. 84. Similiter aliqui voluerunt, eandem Iustiniani constitutionem locum habere, etiam quando pater dotem filiæ dedit vel promisit, computato omni eo, quod filiæ debetur ex bonis maternis. Alijs pluribus in contrariam descendentibus, vt per Crauettam d. cons. 84. Soc. iun in l. 1. sol. matr. nu. 177. & nouissimè Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 15. nu. 74.

Omnis difficultas in his quæstionib. explicandis, posita est in verbis d. l. ult. quæ sic se habent, *Vbi autem ex rebus tam suis, quàm maternis, vel alijs, quæ nõ acquiruntur, vel ex suis debitis, dixerit se fecisse huiusmodi liberalitates, tunc siquidem penitus inopia tentus est, ex illis videri rebus dotem vel ante nuptias donationem esse datam, quæ ad filios vel filias pertinent. Si verò & ipse substantiam idoneam*

neam possidet, in hoc casu, quasi de suo patrimonio, dotem vel ante nuptias donationem dedisse, intelligetur.

Nã qui sentiunt in prædictis casibus locum esse dictæ constitutioni, eo argumento nitũtur; quòd nulla sit differentia, siue dicat pater se dotare ex suis & maternis rebus filiam; siue eam dotare computato omni eo, quod ex maternis rebus filiæ debetur; siue filia maternis rebus renunciauerit: etenim fauore dotis, & ex alijs rationib. quæ in d. §. vlt. continentur, nihilominus pater censetur dotare filiam ex suis proprijs bonis, si diues sit. Nullam esse differentiam inde colligunt, quòd quando pater dicit se dotare ex suis & maternis rebus, procul dubio secundum verborum naturam, & iuris dispositionem illa interpretatio adhibenda esset, vt partim ex paternis, partim ex maternis rebus filia intelligeretur esse dotata: & nihilominus vult Imp. filiam intelligi dotatam ex rebus paternis duntaxat; si pater idoneam habet substantiã. Igitur & in dictis casibus idem videtur esse respondẽdũ, licet verborũ natura ac iuris regula repugnare videatur.

Sed magis placet eorum sententia, qui negant in supra dictis casibus locum fore dictæ constitutioni; quia valde dura est, & rationi contraria: quamobrem & à Leone Imperatore Nouella. 21. sublata fuit: magis ergo videtur esse restringenda, quàm extendẽda extra suos terminos, & limites. l. quod verò, de legibus: nam certè non parum inter se differunt supradictę formulę verborum: cũ enim dicitur, computato omni eo, quod ex bonis maternis debetur, res est clarissima, quod pater vult filiam esse dote ista contentam, loco bonorum maternorum: quãdo verò dat pater dotem ex suis bonis, & filiæ, sumi potest interpretatio, quod priùs voluerit ex suis bonis dotẽ præstari, deinde, si non essent sufficientia, ex bonis maternis.

CAPVT XXXX.

Vtrum auus paternus dotare teneatur neptem, quando filius est diues.



Xistimat Socin. Sen. in l. 1. nu. 49. sol. matri. quem sequi videtur & Soc. Iun. ibidem nu. 190. auum paternum teneri ad dotandam neptem, ex filio diuite; adductus in hanc sententiam his argumentis.

Primò ex l. Dedit dotem. ff. de colla. bonor. ibi. *quippe officium aui circa neptem, ex officio patris erga filium pendet; & quia pater filium, ideo auus, propter filium, neptı dotem dare debet.*

Secundò ex l. vlt. C. de dotis promiss. illis verbis. *Neque enim leges incognitæ sunt, quibus cautum est, omnino paternum esse officium, dotem vel ante nuptias donationem pro sua dare progenie.* Progenies videtur continere etiam nepotem; & tex. loquitur in filia quæ habet bona materna: ergo idem erit in nepte, licet habeat bona materna, & sic diues sit. Vnde sic argumentatur Socin. si tenetur auus dotare neptem licet diues ipsa sit, consequens est, vt eandem dotare teneatur, licet ipsius pater diues sit.

Tertium est ex regula. l. qui liberos. ff. de ritu nupt. quę lex generaliter loquitur.

Sed hæc sententia euidenti sanè cõfutationi obnoxia est. Nam omissis leuibus argumentis, constat paternum esse officium, filiam dotare, vt in d. l. vlt. C. de dotis promiss. si igitur pater diues sit, & commodè possit filiam suam dotare, non videtur ad id cogendus auus. Hinc Vlpian. in l. 5. § si filius. ff. de iure dot. scribit filiumfam. qui post mortem patris dotem soluit filiæ suæ promissam, non pro hæreditate patris æs alienum, sed proprium soluisse, quod filiusfam. existens susceperat. Ex quo apparet dotem promissam fuisse auo superstite: quod si auus teneretur, proculdubio æs alienum pro hæreditate soluisse videretur. Ratio dubitandi erat, quia filius soluit post mortem patris ex bonis, & hæreditate patris sui; quę dos non videbatur profectitia, sed aduentitia, quasi ab auo data. Ratio decidendi fuit, quia filius promiserat dotẽ, & ideò proprium debitum soluit.

Et hæc est communiter sententia Doctorum sicut testatur Socin. Iun. in d. l. 1. nu. 192. sol. matr. & in consi. 79. nu. 15. & 35. lib. 3. Menoch. alios adferens cõsi. 183. nu. 14. lib. 2.

Ad primum argumentum respondeo, non hoc velle Iure Cõs. in d. l. Dedit dotem, quod auus teneatur neptẽ dotare, sed ait filium teneri; auum autem dotem dedisse, propter filium; quasi dicat, filium quidem obligatũ fuisse ad dotandam filiam suam; eius autem contemplatione, auum dotem dedisse. Et quod ait de officio aui erga filium, hunc sensum habet, vt ad officium aui pertineat dotem dare nepti pro filio suo: quãdo scilicet ipse filius non est idoneus. Nam si ipse filius idoneus sit ad dotandum, quia sit diues, nulla æquitas suadet, auum ad id obligatum esse.

Ad secundum patet responsio, quia l. vlt. C. de dotis promiss. loquitur de patre, non de auo paterno: & dato quod ad auum paternum extẽdi possit, intelligitur quãdo filius non esset diues.

Nihil obstant illa verba *neque enim leges incognitę sunt quibus cautum est,* &c. Nam fateor hoc esse officium, & patris & aui; sed aui tunc, quando filius non habet, aut non est superstes. Filio enim superstite neptis nõ potest auum cogere, sed filium, hoc est patrem suum; ipse verò filius, auum, hoc est, patrem suum, qui est auus, respectu neptis, cogit: & hoc est quod ait Lex. Dedit dotem; auum propter filium, neptis dotem dare debere, & filium esse qui tenetur: sed cum filius diues est, & idoneam habet substantiam, videtur cessare hæc aui obligatio. Si enim filio diuiti pater alimenta dare non est cogẽdus. l. si quis à liberis ff. de liberis agnoscen. multò minus dotem pro filia dare cogetur: nam maius est incommodum in dote danda, quàm in alimẽtis suppeditandis, vt dicebat Alex. in l. 1. nu. 18. sol. matr. quia dantur alimenta mensib. singulis; dos autem semel & vna solutione numerari solet. Resp. Socin. non esse bonum argumentum de alimentis ad dotem: quia pater non tenetur dare alimenta filio diuiti, & tamen dotem dare tenetur. Sunt & aliæ differentiæ inter alimenta & dotem, quas perpendit Alex. in d. l. 1. sol matr. Replicari potest, dato quod illa communiter sententia vera sit (quam falsam puto, vt in precedẽti capite, quod scilicet pater teneatur dotare filiam suam diuitem) argumentum procederet de alimentis ad dotẽ hoc in casu; quia est eadem, imò maior ratio in dote, quàm in alimentis. Nam vt dixi maius est præiudicium dotem dare, quàm alimenta: si ergo non tenetur alimenta dare, multò minùs dotem. Et licet aliquæ sint differentiæ inter dotem & alimenta, tamen negari nõ potest, quin vbi eadem ratio est, argumentum rectè sumi possit ab alimẽtis ad dotem; sicut declarat Euerardus in locis legalibus cap. de alimen. ad dotem.

CAPVT XXXXI.

Ad l. Gallus, in principio. ff. de liberis & posthumis.



Nam absolui controuersiam ad hanc legem pertinentem lib. 4. controuers. c. 78. hîc reliquas tractare constitui: sunt autem tres potissimum.

Prima, an posthumi alieni possent olim iure ciuili ante tempora Iustiniani Imperatoris, hæredes institui. Secũda, an posthumus Galli Aquilij, fuerit suus, vel alienus. Tertia, quomodo consilium Galli sit accipiendũ, vt mortuo filio, testatore viuente, hæreditas non efficeretur caduca.

Quod attinet ad primum: duæ sunt contrariæ Doct. sententiæ

ſententiæ in commentarijs.d.l.Gallus. Vna,eaq; cõmunis, non potuiſſe olim poſthumos alienos hęredes inſtitui,ita Bart.ibi Bald.Caſtr.& reliqui communiter. Altera,potuiſſe; quam ſententiam nouiſſimè defendit Excellentiſſimus vir D.Angelus Spanochius doctè,& ſubtiliter in ſuo eruditiſſimo commentario.

Fundamentum communis ſententię poſitum eſt in §.1.inſtit.de bonorum poſſeſſ.vbi Iuſtin. ſic ait: *Nam ſi alienus poſthumus hæres fuerit inſtitutus, quamuis hæreditatem iure ciuili adire non poterat, cum inſtitutio non valebat, honorario tantum iure bonorum poſſeſſor efficiebatur; videlicet cum à prætore adiuuabatur. Sed & is à noſtra conſtitutione rectè hæres inſtituitur, quaſi & iure ciuili non incognitus.* Et in §.Poſthumo quoque inſti.de legatis vbi. *Poſthumo quoque alieno inutiliter antea legabatur*, &c.

Reſpondet vir Doctiſſimus ad primum, inſtitutionem poſthumorum non fuiſſe vnquam generaliter prohibitam, ſed tantùm in quibuſdam caſibus, ques Iuſtin. noua ſua conſtitutione deleuit. Secundò,illa verba *cum inſtitutio non valebat*, nõ inferre poſthumũ alienum incapacem fuiſſe, ſed tantum adire non potuiſſe, cum non valebat inſtitutio; & ſic verba referri ad eum caſum quo inſtitutio non valebat.

Ad alterum argumentum, illud habere locum in legatis, ex quibus ad hæredis inſtitutionem argumentari nõ licet, niſi hoc modo; Quibus legari non poteſt, his nec hæreditas dari poteſt; argumentum autem aliter ſumi; ſcilicet legari poteſt ijs quibuſcum teſtamenti eſt factio, ergo poſthumi alieni inſtitui non poſſunt. Secũdò reſp. ex d.§.Poſthumo.non probari aliud, quàm legatum inutiliter antea dari poſthumo alieno; nõ autem poſthumũ incapacem fuiſſe,vel vetitum poſthumo legari. Sed vereor vt hæ reſponſiones præcellentiſſimi viri rectè conſiſtant. Nam quod attinet ad primum teſtimonium, certè verba textus clara ſunt, & generalem fuiſſe prohibitionem indicant,non autem in aliquo tantum caſu: nam ſi in aliquo tantum caſu poſthumi inſtitutio inualida fuiſſet, non dixiſſet Imp. *Si alienus poſthumus hæres fuerit inſtitutus*, &c.quæ verba generalia ſunt, aut certè indefinita,& ideo æquipollent vniuerſali.l.ſi pluribus de leg.2.

Necobſtant illa verba *cum non valebat inſtitutio;* quia non eſt ſenſus tunc demum poſthumum alienum adire non potuiſſe cum inſtitutio non valebat, hoc eſt, eo in caſu quo inſtitutio non valebat, hoc enim indubitatum fuiſſet: ſed verba illa cauſam continent, ob quam poſthumus adire non poterat; quia,ſcilicet, inſtitutio non valebat: quod verum eſſe, patet ex verbis ſequentibus,quib. abſolutè,& non cum relatione ad certum caſum,dicitur noua conſtitutione poſthumum rectè inſtitui poſſe hæredem,quaſi iure ciuili non incognitum.

Ad alterum argumentum quod attinet,ex d.§ Poſthumo, non videntur etiam idoneæ reſponſiones; quia ita propriè ſumitur argumentum; Poſthumo alieno inutiliter antea legabatur, vt ibi dicitur; ergo poſthumus alienus inutiliter antea hæres inſtituebatur: nam legari illis ſolùm poteſt, tum quibus teſtamenti factio eſt. §. legari inſtit.de legatis.

Porrò quod præſtantiſſimus vir ſcribit, non fuiſſe incapaces poſthumos alienos; item non fuiſſe vetitum, eos hæredes inſtitui,mihi veriſſimum videtur. Nam lex non aſſiſtebat inſtitutioni; ideò iure ciuili deſtituti erãt poſthumi alieni; ſed à prætore admittebantur; quod non potuiſſet fieri, ſi à iure ciuili prohibiti fuiſſent capere hęreditatem.l.Non eſt ambigendum. §.vbicũque.ff.de bono.poſſeſſ. & ideo Imp.non dixit poſthumos alienos incapaces eſſe hæreditatis; nec prohibitum fuiſſe eos inſtituere; ſed ait inutiliter antea legabatur,& inſtitutionem non valuiſſe: quod eſt notandum in hac diſputatione,ne impingatur.

Fundamentum autem contrariæ ſententiæ præcipuũ eſt in §.Poſthumus inſtit.de leg.vbi Imp. *Poſthumus autem alienus hæres inſtitui, & antea poterat & nunc poteſt,*

A *niſi in vtero eius ſit, quę iure noſtro vxor eſſe non poteſt.* His accedunt.l.Poſthumus de inoff teſtam.l.1.§.ſi filius de ventre in poſſeſſ.mittendo l.pen. de leg.1. l.3.§.vtiq; de ſuis & legit.ijs legibus probatur poſthumum alienum incapacem non fuiſſe hęreditatis:nam ſi fuiſſet incapax, non potuiſſet à prætore bonorum poſſeſſionem accipere.l.Non eſt ambigendũ. §.vbicunque de bon poſſeſſ. Et quod hæres poſthumus inſtitui potuerit, adferuntur. l.Filiusfam.de teſt.l.Titius. §.Lucius de lib & poſthum. l.Poſthumus, de inoff. teſtam. l.eius dub. l.extraneo de ventre in poſſeſſ. mitten.l.1. §.ſi filius eod.tit. l.antiqui. ff.ſi pars hæredit. pet l.1.§. vlt.eod.l. qui duos, & l.vlt.ff. de coniung.cum eman.lib. His accedit poſthumum admitti ad hæreditatem iudicio familiæ herciſcundæ. l.ſi hæres vnus ad fin.ff.fam.herciſ.Iudicium autem familiæ herciſcundæ ciuile eſt,non prætorium.l.1.ff.eod.

Verum iſtis nil obſtantibus, communem ſententiam veriorem eſſe exiſtimo: nam quod attinet ad §.Poſthu-
B mus inſtit.de leg. certè opus eſt ad eã cõfugere ſolutionẽ qua & veteres vſi ſunt,& recentiores; nimirum poſthumum alienum antea potuiſſe hæredem inſtitui iure prętorio inſpecto, vt ipſe Imp.docet,in §.1.inſtit. de bonor. poſſeſſ.alioqui manifeſta erit repugnantia. Confirmatur quia non dicit Imp. antea iure ciuili inſtitui potuiſſe,ſed ſimpliciter inſtitui potuiſſe; neque enim ius ciuile id vetabat, ſed non adiuuabat: itaque iure ciuili adire non poterat hæreditatem, vt ait ipſe Imp. in d.§.1.de bonorũ poſſeſſ. Nam ſi per Iuſtiniani conſtitutionem cognitus eſt iure ciuili, vt ibi dicitur, oportet dicere antea cognitũ non fuiſſe.

Quod attinet ad teſtimonia quæ adferuntur ad probandũ,poſthumum alienum incapacem hæreditatis non fuiſſe: Reſp.id veriſſimum eſſe, ſed tamen iure ciuili adire non poterat,verùm à prætore dabatur ei bono.poſſeſ. Non prohibuit ius ciuile poſthumum capere hæreditatem, ſed nec iuuit eum; ideo rectè dicitur, ſi iure ciuili
C capere vetitus eſſet, nec bonorum poſſeſſionem petere potuiſſe.

Reſtat vt teſtimonia confutemus,quæ adferuntur ad probandũ,poſthumum alienum inſtitui potuiſſe.

Ad l.Filiusfam reſp. loqui de poſthumo in genere,nõ autem de alieno poſthumo: cum ergo aliquæ leges dicãt inſtitutionem alieni poſthumi non valere, aliæ verò poſthumum poſſe hæredem inſtitui,promptum eſt iura iuribus concordare, vt quod dicitur poſthumum inſtitui poſſe generaliter, diſtinguendũ ſit ſecundum alias leges. l.Non eſt nouum cum duab.ſeqq legibus.

Ad l.Titius. §.Lucius de lib.& poſthum. reſp.ibi natũ fuiſſe poſthumum inſtitutum,licet teſtator id ignoraret; quare inſpicitur, & præualet quod in veritate magis eſt, quàm quod in opinione teſtatoris fuit, vt rectè notat ibi Cuiacius,vel vt dicebat Anton. Faber lib.9. coniect. iur. cap.29.ibi dicit,iure factam videri inſtitutionem,intelli-
D gendũ eſt iure prætorio,quia parũ refert quantum ad effectum tabularum teſtamenti, an ijs hæreditas adeatur, vel bon.poſſeſſ.petatur. l.Non putauit. §.Primo gradu.l. quod vulgo de bonor.poſſeſſ.contra tab.

Quod attinet ad l.Poſthumus,de inoff.teſt.illa loquitur de iure prætorio, vt patet illis verbis *quia & bonorum ab inteſtato poſſit bonorum poſſeſſionem accipere.*

Lex, Eius qui.de hæred.inſtit.non loquitur de poſthumi alieni inſtitutione, ſed de ſeruo eius qui naſcetur; quia talis ſeruus certus eſt & exiſtens in rerum natura, eſtq; ſeruus hæreditarius qui capacitatem habet à teſtatore mortuo, vt rectè explicat Bolognet. in d.l.Gallus, nu.87. & conſtat aliquando per ſeruum nos acquirere poſſe, quod per nos ipſos non poſſumus l.1.de verb.obl.

Ad l.6.& 7.de lib. & poſthu. loca illa eſſe intelligenda ſecundum ius prætorium, vel ſecundum nouam Imper. conſtitutionem, quia iure ciuili cogniti fuere poſthumi alieni,ita vt hæredes inſtitui poſſent,vt explicat ibi Gloſ.

Ad l.primum §.ſi filius & l.extraneo, reſpon.loqui de

bonorum

bonorum possessione quā posthumus alienus à prætore accipit, non autem de hæreditate iure ciuili adita.

Ad l. Primum. §. Vlt. & l. Antiqui Resp. loqui de bonorum poss. prætoria: sic & cætera loca loqui manifestū est.

Quod autem dr̄ competere iudiciū Familię hercíscundæ posthumo, rectè dr̄, sed lex allegata non loquitur de posthumo alieno; sed & bonorum possessori vtile iudicium familiæ herciscundæ competere, certum est l. 7. & ibi Glos. in verb. hæres ff. familiæ herciscundæ.

CAPVT XLII.

Posthumus Galli Aquilij, fueritne suus, an alienus?

POsthumum Galli Aquilij alienū fuisse cōm. est veterum DD. sententia Bar. Baldi, Castr. & aliorū in commentarijs l. Gallus de lib. & posth. teste Soc. Iun. ibi nu. 20. 21. Fundamentum est in l. pen. de leg. 1. ibi. *Et obtinuit sententia Galli alienos quoque posthumos, legitimos nobis hæredes fieri.*

Sed posthumū hunc, suum, non alienū esse, defendūt Cuiac. in d. l. Gallus, & Duarenus, nec non Alciat. ibi & lib. 3. paradox. c. 2. Fundm̄ est, qa posthumus alienus est, q natus inter suos, hęres testatori futurus nō est, §. Posthumo inst. de leg. Sed posthumus Galli Aqlij natus inter suos, hæres testatori futurus est: igitur suus est non alienus. Sic enim Galli formula concipitur. *Si filius meus viuo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, siue quæ neptis post mortem meā in decem mēsibus proximis, in quibus filius me' moreretur, natus natave erit, hæredes sunto.* Quibus verbis manifestū est, nepotem natū, hæredem futurum esse testatori, quia pater eius de medio sublatus erit. His accedit quod cùm iure ciuili posthumus alienus incognitus esset, vt inst. de bono poss. §. 1. & sup diximus in præcedenti capite; non fuit in arbitrio I. C. Caij tale ius emendare, ac cōtrarium statuere. Erat enim eius munus iura interpretari, non emendare, vel tollere. Et ad l. pen. resp. illā loqui de hærede legitimo, q scilicet ab intestato vocatur, iuxta l. 3. § pen. ff. pro socio, & cōsequēter nō ptinere ad hūc posth. Aquilij, qui ex testō instituitur hæres.

Cōciliari possunt hæ opiniones hoc pacto; Galli Aquilij posthumum esse nepotem testatoris; sic enim ait tex. *Gallus Aquilius instituit posse posthumos nepotes, instituit.*

Dum autem quæritur, an talis posthumus sit suus, vel alienus, distinguo sic: si cōsideratur tanquā posthumus, proculdubio alienus est; quia si testamenti tēpore nasceretur, nō esset suus hęres testatori futurus; filio, qui tunc viuebat, impediente: Si verò consideratur vt posthumus institutus secundū formam Galli, tunc est suus, nō alienus: instituitur enim eum in casum, quo suus futurus est, patre mortuo: nec aliter Gallus facere potuisset; quia posthumus alienus, iure ciuili institui non poterat.

CAPVT XLIII.

Quo pacto testamentum, quo nepos instituitur secundum formam Galli, præmoriente filio, caducum non fieret.

COnstat inter omnes, mortuo hærede ante testatorem, olim testamētum effectum fuisse caducum l. Vnica §. Pro secundo C. de cad. tollend. quod cùm ita sit, quæritur quo pacto testamētum secundum Galli formam conditum, non fieret caducū mortuo filio hærede instituto, viuo testatore; & quatuor modis hoc accidere potuisse veteres responderunt: Primū si alius cohæres filio instituto datus esset; ex persona enim cohæredis potuit testamentum sustineri: ita Bald. in d. l. Gallus; quod meram cōtinet diuinationem.

Secundò per dationem substituti vulgaris: erat enim nepos filio vulgariter substitutus. l. Pater filium de vulg. & pupil. ita Bar. ibi: Sed non rectè; quia textus ille loquitur de posthumo nato, viuo testatore; Gallus autem, de

A posthumo nato, mortuo testatore: vt animaduertit Iason. in d. l. Gallus nume. 75.

Tertiò secundum comm. Imol. & Alex. in d. l. Gallus; propositum Galli fuisse, vt testm̄ sustineretur, nec rumperetur natiuitate posthumi; de alijs casibus quibus rumpi poterat, non fuisse solicitum. Non satisfacit, quia non est verisimile, eum, inuenisse modum sustinendi testamentum vna via, si altera via & ratione caducum efficeretur.

Quartò secundum Iason in fine, si detur filio substitutus, vel cohæres non purè, sed post mortem filij: sed hoc diuinare est.

Alij aliter: Vera ratio est, quā D. Angel. Spanochius attulit, quoniam lex caducaria locū non habebat in descendente & ascēdente vsque ad tertiū gradum, tex. in l. Vn. §. Et cum lex C. de cad. tollen. Vlpian. in fragmen. Vlp. tit. 17. & seq. dixi lib. 4. controuers. cap. 76. in fine.

CAPVT XLIV.

B *Ad §. Et quid si tantum l. Gallus. de lib. & posthu. controuersiæ omnes: quarum prima quo pacto verum sit, quod Gallus dicit hos casus non pertinere ad l. Velleiam, sed hæc ex sententia legis Velleiæ admittenda.*

IN explicatione § Et quid si tantum, occurrūt non parum momenti difficultates, de quib. inter DD. est controuersia: eas hoc & seqq. capitibus ordine conabimur explicari. Prima est cur Gallus dixerit, hæc omnia ex sententia l. Velleiæ admittenda.

Comm. veterum Gloss. Accursij & aliorum interpretum schola docet, Galli Aquilij formulā suppleri per legē Velleiā, quæ omnes rumpendi testamenti casus cōplexa est. His cōsentientia scribit Cuiac. in explicatione huius loci, dum ait, *quia vt lex Velleia viuo testatore agnascentibus posthumis, omnes casus rumpendi complexa est; ita putauit satis, iure antiquo, post mortem agnascentibus posthu-*
C *mis, comprendi omnes casus.* Sed hanc sententiā impugnat Ant. Faber Coniect. iuris lib. 9. c. 3. eam ob causam, quod secundum caput legis Velleiæ, non ad posthumos pertineat, sed ad eos nepotes qui testamenti tempore iam nati essent, viuo adhuc eorū parente: Pertinent autem ad secundum caput legis Velleiæ verba illa, *Si suus hæres esse desierit:* ex quib. Accurs. & cæteri eum secuti, rationem illam deduxerunt. Omnino male, inquit Faber, quia verba illa pertinent ad secundum caput legis Velleiæ, vt dictū est, in qua non agitur de posthumis, sed de nepotibus. Ipse demum aliam adfert causam; quia scilicet lex Velleia admittit institutionem posthumi, etiā alieni, etiā nati viuo patre. Omnino male, meo quidem iudicio, nā sic ait tex. in §. Nunc. de lege Velleia. *Et bene verba se habent, si quis ex suis hæredib. hæres esse desierit, ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquilij sententia diximus.*

Sed verba illa Galli Aquilij pertinent ad omnes casus,
D quos Scæuola docuit esse supplendos in formula Galli Aquilij. Tunc sic argumentor. Ergo pertinent etiam ad hūc casum, quē Scæuola supplet in formula Galli Aquilij; vt nimirum nepos succedat, siue filius moriatur, siue deportetur, vt in §. Et quid si tantum. *Si sic est,* ergo communis interpretatio verissima videtur.

CAPVT XLV.

Secunda controuersia, quis sit sensus §. Et quid si tantum l. Gallus. de lib. & postremis.

SEcunda controuersia est, quis sit sensus § Et quid si tantum? Nam Glos. Bart. & alij cōmuniter ita exponunt, vt prouisio testatoris facta in vno casu, trahatur ad aliū casum similē; sicut hic prouisio facta eo casu, quo moritur filius vel nepos, trahitur ad aliū casum similē, quo deportetur, vel eman-

cipetur;scilicet retenta Bart.distinctione,id locũ sibi ven
dicare in cõditione necessaria ad actum, vel ad effectum
actus;secus in volũtaria conditione, quæ in forma,vt lo-
quuntur, specifica impleri debet:l.qui duob. l.Mæuij de
cond.& dem. Conditio tñ necessaria ad actũ vel ad effe-
ctũ actus,adimpleri põt per æquipollẽs, vt hic; quia hæc
cõditio,si filius moriatur,necessaria est ad hũc effectũ,vt
nepos ex eo nasciturus efficiatur suus;quãobrẽ siue mor-
te naturali tollatur filius de medio, siue deportatione,si-
ue ẽt emãcipatione amittat suitatẽ,locus erit cõditioni,q̃
verissima est doctrina nõ tã huic loco cõsentanea, quam
alijs locis.l.Si ita ff. quan. dies leg. ced.l.3. C.de instit.&
subst.l.Mulier ad Treb. Sed contrariam sententiam ha-
buerunt recentiores quidam, Cuiac.hic & Duaren. nec
non Ant.Faber lib.9.conject.cap.3.quib. adnumerari po
test Alciat lib.3.paradox.cap.9.

Ne dixerimus (inquit Cuiac.) *in casum mortis factam*
institutionẽ ad alios casus trahi:nec enim is est huius §.sen-
sus,vt hic Aemilius Peronius acutè animaduertit. Proferes
quidẽ l.Si ita quando dies leg.ced.vt ostẽdas, casum mortis
trahi ad casum emancipationis,vel deportationis;qua de re
extat cõstitutio Antonini in l.3. C.de inst. & subst. sed nihil
ages: Nã cõtra proferã ipse l. Ex ea § pen de verb. obl.l.Cũ
pater.§ hæreditatẽ de leg.2. in quib. casus mortis non trahi-
tur ad deportationem. Ius ciuile directum, & strictum est,
nec suppletur sine certa lege aut constitutione, &c. Resp.ius
ciuile admittere hãc interpretationẽ, quæ procedit de si-
milibus ad similia.l.Non possunt.de legib.non est supple
re hoc,sed interpretari volũtatẽ testantis,vt in exẽplis al-
latis in l.3.C.de inst.& subst.& l.Si ita ff.qñ dies leg.ced.
& similibus. Cùm enim apparet effectus quẽ testator re
spexit,optima est interpretatio,quæ voluntatẽ eius exten
dit ad similem casum,in quo idem effectus succedat.

Qd attinet ad leges cõtrarias quas ille citat, nihil obstat,
qa lr quũtur de cõditione oĩno volũtaria, nõ aũt necessa
ria ad actũ vel effectũ alicuius actus,vt puta,cum quis sti
pulatur sibi dari post mortẽ promissoris;hoc in casu volũ
taria est cõditio:nec enim ad vllũ effectũ respexit stipu-
lator,qui ex deportatione æquè obtineatur, quẽadmodũ
ex morte naturali. Similiter & in §.Hæreditatẽ,mors na
turalis in cõditione est posita ex voluntate testatoris, nõ
ad effectũ aliquẽ certũ respicientis,ideo debet impleri in
forma. Et hoc est etiã quod dr̃ in l cõmodissimè de lib.&
posthu. casum omissum haberi pro omisso; quia scilicet
casus expressus non potest extendi ad omissum,ex volun
tate defuncti respicientis effectum rei, qui æquè contin-
gat in expresso casu,sicut in omisso.

Duarenus aũt sic scribit in cõmẽtarijs huius §. *Accursia-*
ni aliter hæc verba interpretantur:sic enim aiũt, Si testator
mentionẽ mortis fecerit in institutione nepotis nasciturí; ille
casus expressus à testatore porrigitur ad alios casus similes,
nẽpe deportationẽ,emãcipationẽ, & similes: & hinc colligũt,
hãc thesim. Promissionem factã à testatore, ad alium casum
similẽ porrigi. Qui hoc colligunt ex verbis Scæuolæ,ostendũt
se hoc oĩno nõ intelligere. In lege hoc verũ est,sed interpreta-
tio legis multũ distat ab interpretatione testamẽti. Dico,qđ
si testator expresserit vnũ casum,nisi appareat euidenter eũ
de alio casu sensisse,non producemus ad alium casum: velu-
ti si dixerit,si filius me viuo morietur, nepos qui mihi ex eo
nascetur, hæres esto: Nam etsi emancipatus fuerit,vel in
insulam deportatus, tamen nepos non erit hæres &c.

Sed quid Resp ad hũc §: Certè hic loquit̃ Scęuola de
formula Galli Aquilij: Formula Galli loquit̃ de testato-
re;testator instituit nepotẽ si filius moriatur: Hæc nepo-
tis instit.sub cond.ista, si filius moriatur,trahit̃ ad casum
quo filius deportatur,vel emãcipatur:ergo prouisio seu di
spositio testatoris facta in vno casu,trahitur ad aliũ simi-
lẽ. At hoc fit ex sententia l.Velleiæ: quidni? l.Velleię &
sentẽtiæ eius rõ vnde colligitur? nonne inde,quia oẽs ca
sus cõplexa est quibus testamentũ rumpitur;ad quẽ effe-
ctum,& testator respicit,cum Galli formula vtitur? De-
claro. Testamentũ rũpitur si agnascatur suus hæres præ-

A teritus: Ne igitur rũpatur,nepos qui efficitur suus,patre
suo de medio sublato, institui debet sub dicta cõditione.
Ergo siue morte,siue deportatione, siue emancipatione,
talis nepos suus efficit̃, et iure suitatis rupturus est testm̃
testatoris, prouisio locũ habet interpretatione porrecta
ad istos oẽs casus. Sed hoc in casu mens legis apparet, tra
hens testatoris dispositionem ad casus similes, qñ resul-
tat effectus à testatore consideratus: cur non & alijs in
casibus idẽ erit obseruandũ, l. Non possunt. de legibus?

Sed nihilò fęlicius Ant.Faber.sic.n.ait, *De illo itaq; Sce*
uolam dubitare fatendũ est,an posthumus ita institutus.si-
cuti Gallo placuit,hoc est,ex ea conditione,si filius meus vi-
uo me morietur,vtiliter institutus videtur,eodẽ filio,nõ mor
tuo, sed vel deportato,vel ab hostib.capto: magis aũt pbat,
vt vtiliter institutus nepos videatur,an qđ ex verbis formu
la Aquiliana, aut ex sñia Galli mortis casum expressisse suf
ficiat, vt ad similes oẽs trahi possit, quemadmodum vulgò
creditur: minimè: conditionem enim quamlibet,presertim
B *quæ institutioni adiecta sit, precisè, & vt nostri loquun-*
tur,in forma specifica,impleri oportet.l. Qui heredi. l.Ma-
uius.de cond & dem. & planè cõmentitia est illa Bar.distin
ctio,an conditio voluntaria sit,an necessaria,siue ad actum,
siue ad effectum actus;cũ ea conditio, quæ in formula Aqui
liana exprimitur, sit necessaria ad actum & validitatẽ in-
stitutionis posthumi nepotis; nec tamen possit adimpleri per
æquipollens,ẽt fatente Scæuola,si subtrahas interpretatione,
quam ille ex sententia legis Velleia mutuatur: idq; & Bar.
ipse bene vidit, sed hanc obiectionem, ita diluit,vt dicat,nõ
posse conditionem hanc adiectam institutioni nepotis Aqui-
liani.si filius viuo auo morietur,impletam videri, si filius
deportatus sit, aut emancipatus; quod ea interpretatio esset
contra legem, quæ alieni posthumi institutionem prohibet:
Quasi verò eo casu, quo mors filij expressa est, permiserit?
Gallus aũt permittere potuerit posthumi alieni institutionẽ,
aut quasi conditione sic concepta, si filius meus me viuo mo-
rietur,videri debeat posthumus institutus in eum casum, in
C *quo suus erit potius.si condõ illa adscripta esset, si filius meus*
viuo me deportabitur,aut ab hostibus capietur;quorũ tamẽ
oĩum nihil certè dici potest. Ergo casus mortis expressus in
institutione posthumi nepotis, non trahetur ad similes, si-
ue verba formulæ,siue mentem Aquilij,siue denique sñiam
testatoris respicias,quę ex verbis concipi potest. Alia n.re-
uera conditio est mortis, alia emancipationis, alia deporta-
tionis;casusq́, planè diuersi sunt: proinde non licet Iuriscon
sulto casum vnum ad alium porrigere:quia id demum sup-
plere esset,non interpretari,l.Cõmodissime, de lib.& posthu.
essetq́, in eam rem necessariũ rescriptum Imperatoris, mã-
ca prudentium potestate,vt in l.vlt. C.de posthu.hered.instit.
l.3.C de inst. & subst. &c. Sic ille:qui in duob.redarguen-
dus mihi vr̃:primum dum Bart.citat. Nam Bart.postea q̃
exposuit suã distinctionem, & conclusit conditionẽ ne-
cessariam ad actum,vel ad effectũ actus,adimpleri posse
per æquipollens,& prouisionẽ factam à testatore per mo
D dum conditionis necessariæ ad actum vel effectũ actus,
extendit ad casum omissum;vt in hoc §. Et in alijs legib.
concordantibus. Opponit statim contra ista:quia si vera
essent,non erat opus lege Velleia,ad supplendũ Gallum:
sunt hæc eius verba: *Opp. ad istud vlt.de hac lege in princi*
pio,vbi promissio facta de nepote, si nascetur post mortem,non
porrigitur ad casum quo nascatur in vita; & tamen est ne-
cessaria conditio &c. quod autem non subintelligatur,patet;
quia Gallus suppletur per Velleium. Resp.ideo non subintelli
gitur,quia esset contra legem, qua posthumus alienus non po
terat institui secundum hęc tempora. Hæc Resp.Bart.opti-
ma est, & plena succi: nam sic vult dicere; quia lex pro-
hibebat posthumi alieni institutionem, meritò prouisio
Galli, sm quam posthumus alienus institui poterat, re-
stringi debet ad suos terminos; non autẽ extendi debuit
sine legis authoritate,contra legẽ expressam. At dicit Fa
ber, absurdũ est dicere, Gallũ statuisse posthumũ alienũ
institui posse,cõtra legis authoritatẽ id prohibẽtis: Resp.
Gallũ non disponere aliquid directè contra legẽ; nec n.
td po-

id potuisset; sed modum ac formã induxisse, quo id fieri poterat salua lege; qui modus ac forma non potuit extendi ad alios casus, quibus lex prohibens læderetur. Ast Faper errat in eo, quod putat hanc obiectionem, quã Bart. soluit pertinere ad §. Nostrũ, in quo quæritur, an formula Galli quæ loquitur de morte filij, locũ habeat in deportatione, vel emancipatione. Nõ est ita, quia obiectio pertinet ad eũ casum, quo nepos nascitur viuo testatore; cũ Galli formula loquatur de nepote nato post mortem. Alter error est, negare iurisc interpretandi facultatẽ, quę fit per extensionem; nostri appellant extensiuã interpretationem; quam esse permissam indicant. l. Non possunt. de legib. vbi est eadem ratio, est idem ius l. Illud ad l. Aquil. cum simil. de quib. habes sexcenta loca apud Euerard. loco à ratione legis.

CAPVT XLVI.

Tertia controuersia, vtrum filio iustè exhęredato, nepos ex eo præteritus, rumpat testamentum, vel testamentum nullum sit.



Xistimo nepotẽ præteritum in proposita specie non rumpere testamentũ: cuius sententiæ authores habeo Glossatorem in l. Si quis posthumos §. si filiũ de lib. & posth. & alios tres quos refert, & seqtur Ant. Gomez. variar. con. tom. 1. cap. 11. nume. 51. & Soc. Iun. in l. Gallus §. Et quid si tantum de lib. & posthu. nu. 12.

Fund. est inconcussum valde & solidum in l Filio præterito ff. de iniust. rupt. & irr. testam. ibi, *Et dicimus testamentum non rumpi, cum nec exhæredari huiusmodi nepos debuerit ab auo, quem pater præcedebat*: & in l. Si quis posthumus. §. si filium. de lib. & posth. vbi idem dicitur: & in lege illud §. 1. de bono poss. cõtra tab. & in l. Scripto. verb. Cæterum ff. vnde lib. Et in l. Si quis filiũ. C. de inoff. test. inducendo tribus modis: primò quia Imp. de nouo cõstituit, nepotes ex persona patris sui impugnare posse testamentũ aui per querelam inofficiosi: quæ prouisio nõ erat necessaria, si nepos ex persona sua rumpere posset testamentũ. Secundò quia dicit Imp. nepotem, ante suam constitutionem, omni auxilio destitutũ fuisse: si erat destitutus omni auxilio, qñ pater decesserat ante motã querelã iustam, ergo multò magis, qñ querela fuisset iniusta: & si erat tunc destitutus omni auxilio; absurdum vr dicere, ipsum ex sua persona potuisse rumpere testamentũ. Tertiò quia decreuit, tunc demũ nepotẽ admitti, qñ exhęredatio patris non fuit iusta, & ingratitudo non probatur per scriptos hæredes: ergo secus, si exhæredatio fit iusta, tunc remanet nepos omni auxilio destitutus; & consequẽter, nec ex sua persona rumpit testamentũ. His accedit quod nepotis institutio non est necessaria, cũ viuit pater eius. l. Inter cætera de lib. & posthu §. Ita demũ de hæred. qui ab intestat. def. ergo non potest rumpere testamentum. Præsertim quia est eadẽ iuris regula, nõ posse testamentũ ab eo rumpi, qui non succedit ab intestato: l. Cum qui vn de C. de inoff. testam. Sed nepos non succedit, quia pater eum præcedit: ergo non potest rumpere testamentum.

Contrariam sententiã amplexus est Bar. in l. Pater filium ff. de inoff. testamen. & in l. Si quis filiam C. eod. & alibi, & alij, quos refert Coment. vbi supra, & post eum Michael Grassus §. testam. quæst. 47.

Argumenta sunt ista: primũ exclusio filio ab hæreditate, admittitur nepos §. Ita demũ. de hæred quæ ab intest. l. 1. §. quib. de success. eod. Sed hic filius est exclusus, ergo nepos admittendus. Resp. maiorem propositionẽ locũ habere in successione ab intestato: & ita loquunt leges oẽs, quæ huc adferri possunt: hic autẽ agitur de causa testati.

Secundũ argum. filius exhæredatus habetur pro mortuo: l. 1. §. sed si patronus ff. de coniug. cum emanc. lib. ergo nepos succedit in locũ eius. Resp. negando consequentiã. Non enim habetur pro mortuo filius exhæredatus, ad hunc effectum, vt alius admittatur contra testamẽtũ.

A Tertiũ est ex l. Si is qui. ff. de inoff. testa. vbi sic ait I. C. *Si is qui admitteretur ad successionem, nolit, aut non possit accusare, an sequens admittatur videndum est: & placuit posse, vt fiat successioni locus.* Resp. tex. loqui qñ simul cum filio exhęredatus est etiam nepos; alioqui non haberet querelam; nec enim iure probatur, quod sæpe Bart. inculcat, nepotem præteritum habere querelam inoff. testam. eò quod testm̃ sustineatur; quasi preteritio ista, pro exhęredatione habeatur, sicut mťis pręteritio. Hæc. n. principijs iuris repugnant, & nullo iure probant̃, bona Bart. venia.

Quartum est ex l. Pater filiũ. ff. eod. vbi exclusis filijs per exhæredationẽ, auus eorum admittit̃ ad querelã, qui est pr̃ testatoris. Resp. hæc esse dissimilia. Nã nepos ex filio coniungit̃ auo ex persona filij; ideo venit iure repręsentationis in locũ patris: si ergo eum pręcedat, nõ est locus repręsentationi. At auus venit iure proprio: filio eñ succedit pr̃ iure pprio: quare si filius Titij filios suos exhędauerit, & sic excludat̃, auus eorũ non ppea cęseri det

B exclusus; qa pprio iure uenit, nõ aũt vigore rẽpsentõnis.

Quintum arg. sumitur ex l. 3. §. si emãcip. de bon poss. contra tab. vbi exclusio filio nepos admitti ad bonorum possess. contra tab. Resp. I. C. loqui in illa facti specie, qñ filius moritur viuo patre: tunc enim in eius locum intrat nepos, ac propterea exhæredans rumpit testamentum: at nos loquimur quando filius patri superuixit.

Sextũ est ex l. Gallus. §. Et quid si tm̃ de lib. & posthu. vbi delictum patris non nocet filio respectu bonorum. Resp. tex loqui de filio, cui aqua & igni interdictũ est, q pro mortuo habetur, & non de filio exhæredato. Et pręterea, loqui de filio, cui hæc, viuente patre, contigerunt, ac proinde nepos in eius locum ingreditur: quod in quęstione nostra non accidit.

CAPVT XLVII.

Vtrum si filius fiat monachus, locum habeat quod dicitur in l. Gallus?



Quarta Controuersia est: Dicit tex. in l. Gallus, si moriat̃ filius, institui posse nepotẽ, fm formã Galli Aquilij: deinde in §. Et quid si tm̃: id quod de morte naturali dictũ est, extendit̃ ad mortẽ, quã vocant ciuilem, puta deportationem, aquę & ignis interdictionem & ad alios modos, quibus filius desinit esse suus; puta ad emancipationem. An & ad monachationẽ extendi debeat? Spec. tit. de statu monachorũ qõne si existimauit extendi posse: quia per ingressum Monasterij, capitis diminutio inducit̃, & filius desinit in ptãte patris esse; est. n. mortuus mundo, & in ptãte Abbatis constitutus, & se suaq; oĩa Deo dicasse dr̃, Auth. Ingressi. C. de sacros. Eccl. Hanc sñiam defendi posse dicebat Soc. iun. in d. §. Et quid si tm̃, nu. 19. Sed contrarium Soc. sen. ibidem in princ. & Ias. nu. 67. Fundm̃ est, quia dato quod monachus patria ptãte liberetur, retinet tñ iura suorum. l. Deo nobis. §. 1. C. de epis & clericis. ibi.

D *Nullo eis impedimento ex sanctimonialis conuersatione generando, siue soli, siue cum alijs ad successionem vocantur.* Sed hoc arg. nullius est momenti, quia emancipatus qd iura suorum retinet. l. Meminimus. C. de legi. hæred. & tñ emancipatio idẽ operatur in proposito nostro, quoq; mors naturalis filij. Ego video controuersiam esse inter DD. an monachus liberet̃ patria ptãte; sicuti videre licet ex Soc. sen. in l. 1. de vulg. nu. 25. & ex ijs quæ dixi lib. 6. Controuers. cap. 14. & ab hac definitione pendet veritas huius articuli. Sed sicuti ibi dixi, non puto monachũ patria potestate liberari, ea ratione, quia testamentũ ante ingressum monasterij conditum infirmaretur, quod tamen falsum est, Probatur antecedens; quia capitis diminutione, etiam minima, rumpitur testamentum: in inst. quib. mod. testam. infir. Sed emancipatio est capitis diminutio minima; inst. de cap. damn. Ergo emancipatione rumpit̃ testm̃. Qd aũt nõ rumpat̃, probat̃ ex Nouella de monachis; & Nouel. 76. ut dixi d. c. 4 li. 6. Cõtrou. ad finẽ.

CAPVT XLVIII.

Quinta Controuersia: Testator legauit vxori vsufruct. donec vidua fuerit; post eius mortem, Sempronium substituit, mulier transiuit ad secundas nuptias: quæritur, an Sempronius statim admittatur, non expectata morte vxoris, an verò demum secuta morte ipsius?

COmmunis est sñia, statim Sẽproniũ esse admittendũ Io. Andr. ad Spec. de secun. nup. in rub. Rain. et Bar. ĩ auth. Hoc locũ C. si mulier scdo nup. Fortuo. Garzon. in §. & qd si tm̃, nu. 101. Menoch. de p̃sump 65. nu. 10. Mantica de cõiect. lib. 11. tit. 5. nu 5. Contrariũ docuit olim Rom. in l. si qs hr̃s, ita. de acq. hęred. Socin. iun. in d §. Et qd si tm̃ post. Ruin & alij ante, nu. 67. Cõis sñiæ fundm̃ est hoc primũ cessante cã dilationis, cessat dilatio. l. A filia. §. Alũno. ff. ad Treb. sed cã dilationis huius, qđ Sẽp hęret vsufruct. fuit vxor, q̃ testator p̃tulit: Ergo si illa causa cesset, qa vxor amittat vsumfr. ob trãsitũ ad secun. nupt. dẽt cessare dilatio. Hęc em̃ vr̃ esse mens testatoris, ut uxor & substitutus potius habeãt, q̃ hæres scriptus in testõ. Confert tex. in l. 3. C. de inst. & subst. ubi condõ emancipõnis adscripta fuit, & filius succedit, licet nõ fuerit emãcipatus, sed pr̃ fuerit deportatus, & sic alio mõ exierit patriã ptãtẽ: extensio. n. fit ad casum similẽ, habentẽ eundẽ effectũ. Fundm̃ contrariæ sñiæ est p̃cipuũ. in l. Vxoris vsumfr. villę de vsusr. leg. vbi *Scęuola vxori vsumfr villæ legauit, in qnquẽniũ, à die mortis suę; deinde hęc verba adiecit; & peracto qnquennio cũ eius vsusfructus esse desinet, tũc eũ fundũ illi & illi dari volo. Quæsitũ est, cũ vxor intra quinquenniũ decesserit, an libertis proprietatis petitio sit; an verò cõpleto quinquẽnio cõpetat: qa peracto quinquẽnio testator proprietatẽ legauerat. Resp. post cõpletũ quinquenniũ fundũ ad libertos pertinere.* Solẽt ẽt adferri. l. Vxorẽ. §. hr̃s de leg. 3. et qđ verba testatoris repugnãt cũ tm̃ post mortẽ uxoris uocatus fuerit Sẽpronius. Sed resp. mentẽ testãtis p̃ferẽdã esse, q̃ pro Sempronio esse vr̃ ex supradictis. Ad l. Vxori, resp. trib. mod. primò, qa ibi est dictio *tunc*, q̃ denotat extremitatẽ tp̃is. l. 4. de cond & dem. scdò, qđ ibi erat tp̃s certũ; nos aũt loquimur de tpe incerto mortis vxoris. Tertiò, quia casus loquit᷑ in legato sub conditione relicto: quod. o. relinquit᷑ post alterius mortem, conditionale est. l. Hæres meus, de cond. & dem. q̃ condõ eũ uoluntaria sit, non põt extendi ad alios casus, ex doctrina Bart. & cõi d. §. Et quid si tm̃.

Mihi vr̃ sñia hęc posterior esse verissima, & apertè decidi à Scæuola in d. l. Vxori: est. n. facti species ibi proposita, oĩno similis huic nostræ: cõsiderando, quod ibi post quinquennium legatus est fundus libertis; hic post uxoris mortem: ibi distulit legatum proprietatis cũ usufructus esse desierit post quinquẽnium ipsius uxoris; hic cũ usufructus esse desierit post mortem uxoris. Nec ualet ista consideratio, qđ fuerit dilata prętatio legati fauore uxoris, cui magis prospectum uoluit testator, & quã prędilexit hęredi; quia ẽt in d. l. Vxori, idem accidit, & tamẽ legatum præstari debet post quinquenniũ. Non obstat prima resp. de dictione *tunc*; quia illa extremitas tẽporis adest etiam tacitè in casu nostro: Ergo fuit legatus vsufructus post mortem uxoris: intelligitur n. factum hoc legatum Sempronio tunc demum, cum uxor fuerit mortua. Secunda resp. etiam nihil obstat; quia non est ratio differentiæ inter incertum tp̃s, & certum: utroque. n. casu retardata est legati prętatio, ante lapsum tẽporis, nec magis incerto, quàm certo tempore. Sic & tertia resp. corruit: quia nihil refert, quod sit conditionale legatum, vel post tempus certum præstandum: certum enim est ante conditionem prętari non posse, sicut nec ante diem.

Nõ obstat, l. 3. C. de inst. & sub. qa testator ibi tm̃ cõsiderauit liberationem filij à patria ptãte, licet emancipationis fecerit mentionem nihil? idem sensisse videtur filio liberato à potestate patria aliterquã per emãcipationẽ Hic verò, non tantùm considerauit testator, quòd vxor

A desineret vsumfructum habere, verum etiã tempus mortis vxoris, quod præstationi legati adiectum fuit.

CAPVT XLIX.

Diuisio rei Emphyteuticæ an possit fieri inter emphyteutas sine consensu Domini si noua sit Emphyteusis, in qua iuri acrescendi locus non sit, & vni tota res adiudicetur per diuisionem.

NEgant Bald. in l. Voluntas C. de fideic. Aretin. in l. q Romæ §. Duo fratres col. pen. de verb. obl. & ibi Crot. nu. 137. Ias. in l. vlt. num. 114. vers. intelligi tamẽ C. de iure Emphyt. Ruin. cõs. 159. nu. 3. lib. 1. Berous cõs. 174. nu. 11. lib. 1. D. Meus Cesalus in cons. 195. nu. 55. nu. 5. Bursat cons. 181. nu. 8.

Contrarium docuerũt Rip in d. §. Duo fratres nu. 86. Soc. Iun. ibid. nu. 135. Hiero. Gabriel. cõs. 84. nu. 8. Aurel. Corbulus de iure emph. cap. 14. limit. 7. nu. 5.

B Posterioris sententiæ fund. est, quia hoc in casu cessat ratio ob quam dñi consensus exigẽdus est in alienatione rei emphytheuticæ, nimirũ, quia ipse habet ius offerendi preciũ emptori, vt in l. vlt. C. de iure Emphyt. Nam cum fit adiudicatio totius rei vni ex emphyteutis, non potest precium offerri, sicut quando res venditur precio cõuento: & loquimur qñ fit adiudicatio totius rei emphyteuticæ vni; alteri verò res allodiales assignãtur. Addit Socin. Iun. non cadere de iure suo diuidẽtes, qñ fit adiudicatio Dño irrequisito: quia non spontanea hæc est alienatio, sed necessaria, iux. §. quod si commodè inst. de inoff. iud. Ergo nihil imputari potest argum. c. 7. de controuersia inter Domi. & empto. feudi.

Prioris verò sententiæ fund. est, primo, quia interest dñi hoc in casu, vt fiat alienatio eũ consensu suo, cũ non habeat obligatũ actione personali eũ, cui tota res adiudicatur ad soluendũ canonẽ in totũ, sed dumtaxat pro parte. Secundo quia Emphyteusis à princip. fuit diuisa inter
C emphyteutas: ergo si postea vni tota adiudicetur, vr̃ etiã quædã volũtaria alienatio. Tertio quia si fiat adiudicatio vni, ea lege, vt alteri æstimationem præstet, vr̃ locus esse oblationi precij, sicut in venditione; namque Dñs posset æstimationem offerre, & partem illam, quę sic adiudicatur consequi, vt in d. l. vlt. C. de iure emphy. Sed hoc arg. cessat; quia loquimur, quando res emphyteutica vni adiudicatur, alteri verò res allodiales.

Mihi vr̃ eorũ sententia probabilior, qui dixerũt posse fieri adiudicationem hãc Dño irrequisito, qñ necessatio fit; vt puta, si res aliter cõmodè non potest diuidi, iux. §. quod si cõmodè inst. de off. Iud. cæterũ si cõmodè res diuidi possit, & ita conuentũ sit inter fratręs, nulla necessitate, sed sola voluntate, vt vni res emphyt. adiudicetur, alteri verò res allodiales: secus puto; scilicet cum agitur de Emphyteusi noua, vt præsupponit generalis titulus: nam si de veteri agatur, in qua iuri accrescendi locus sit, inter oẽs cõueuit adiudicationẽ posse fieri, dño irrequisito; cũ
D & oĩs alia possit fieri alienatio, sicut in capite sequenti dicam. Moueor in hanc sentẽtiam; quia feudum diuidi potest Dño irrequisito: c. 1. §. præterea ducatus. de prohib. feudi alienat. per Frid. ergo & emphyteosis. Consequentia probatur, quia sicut emphyteusis, ita & feudum alienari non potest, Domino irrequisito; vt in d. cap. 1.

Hoc ita supposito, quod emphyteusis possit diuidi irrequisito Dño, ego infero, eiusmodi adiudicationem fieri posse ẽt Dño irrequisito: Nã lex permittẽs diuisionẽ, vr̃ etiã permittere adiudicationẽ quæ fieri debet qñ res cõmodè non põt diuidi: arg. l. 2 de iurisd om. iud. Ergo frustrà consideramus Dñi præiudiciũ: frustra quoq; cõcessionẽ ab initio factam: quia isthæc oĩa legislatores præuiderunt, & tm̃ permiserunt diuisionẽ: Permittamus ergo & adiudicationẽ, quæ fit in cõsequẽtiã necessariã pmissę diuisionis. Nã obstãt hic leges, earũq; rõnes, q bus cautũ est emphyteusim alienari non posse irrequisito Dño: si enim locũ haberẽt, diuisio etiã prohibita esset; quia diuisio em-

sio emptionis vicē obtinet.l.1 C.cōm vtriusq;iud.diuisio autem permissa est, & consequenter omuia sine quibus diuisio cōmodè explicari nō potest.l.2.de iurisd.om.iud. Hæ rationes cessant in voluntaria adiudicatione.igitur illa non poterit fieri Domino irrequisito; nec quicquā mouent,quæ adferūtur vel de oblatione precij, hoc in casu, cessante, vel de personali obligatione ad soluendū canonem emphyteuticum;quia semper existimaui veram causam cur emphyteuta alienare nō possit Domino irrequisito,& alienando cadat iure suo, esse quia Dominū contēnere videtur, argum.cap.1.§ vlt.quæ fuerit prima cau. benefi.amitt. Erit igitur huic legi locus in volūtaria alienatione; secus in necessaria,argum.c.2. de controuersijs inter Dom.& empt. feudi.

CAPVT L.

Vtrum emphyteutæ plures possint rem emphyteuticam inter se alienare Domino irrequisito.

PLuribus emphyteutis irrequisito Dño promissum esse inter se rei emphyteuticę alienationem complures affirmarunt,vt dubitari non possit quin hæc sit cōmunis sententia Bart. in l.qui Romæ §.duo fratres in 10.q.de verb.oblig. & in l.si domus §.vlt. & ibi Alex.nu.7. de leg.1. Ripa in d.§.Duo fratres nu 87.Hieron.Gabriel.cons.88.nume.16. Aurel. Corbulus alios citans de iure emph.cap.14.limi.6.

Fundm̄ est primò in l. Voluntas C.de fideicomm. sed respon. potest ibi rem fuisse prohibitam alienari extra familiā,meritò alienari posse in eos qui ex familia sunt,sed alienatio Emphy.generaliter prohibetur vt in l.vlt.C.de iure Emphy.ergo nō vr̄ posse alienari ēt in emphyteutas.

Secundò quia cessat ratio propter quam res emphyt. alienari nō potest irrequisito Dño. Illa enim est quia extraneus in quē alienatio fit non est obligatus Dño actione personali ad pensionē soluēdā.Cessat hęc ratio in proposito,quia alienatur res in emphyteutā qui ad canonem persoluendū Dño obstrictus est personali actione. Resp. Iason.in d.§.Duo fratres nu.77.hoc arg. retorqueri posse cōtra Bar.& sequaces, quia emphyteuta in quem fit alienatio nō est obligatus ad soluendū canonē nisi pro parte sua, nam pro parte alterius emphy.obligatus non est.Replicat Ripa vbi sup. Emphyteutam teneri ad recognoscēdum Dominum & soluendū canonem etiam pro parte alterius emphyteutę, & quidem actione personali quia alienatio in eum facta censetur quædam repudiatio c.1. & ibi not.de alien.feudi patroni.Sed huic responsioni replicat Socin.Iun.in d.§.Duo fratres nu.137. tex.in d.c.1. locum habere ante realē acquisitionem: tunc enim iuri acrescendi locus est non autē postea, & consequenter vr̄ esse quædā repudiatio. Item respon.d.cap.1.loqui de vasallo qui alteri libellum fecerit de feudo paterno,non autem loqui generaliter de omni alienatione.

Tertiò quia ideo prohibita fuit alienatio rei emphyt. irrequisito Domino;ne Dominus haberet emphy. quem nollet. Sed hæc ratio cessat in proposita specie: habet enim Dominus emphyteutam quem voluit habere.

Quartò quia licet patronus non possit donare ius patronatus sine cōsensu Episcopi c.Illud de iure patronatus tātum donare illud potest suo compatrono,Clemen.Plures,iuncta Glos. in verbo libere eod.tit.

Quintò quia vasallus potest fundum alienare in agnatum suum etiam Domino irrequisito c.1. de alien. feudi pater.ergo similiter emphyt.poterit in alterum emphyt. alienare.Contrarium docuerūt olim Guliel de Cunio in l.cum ij §.si vni ff. de transact. & Ias. in d.§ Duo fratres nu.77.vbi alios citat.

Fundamentū est primò in d.§.si vni Secundò quia ratio militat hoc in casu ob quā Domini consensus requiritur in alienatione rei emphyt.quia scilicet offerre potest precium quod alius emptor dare paratus est iux. l.vlt.C. de iure emphyt.tertiò quia militat etiam alia ratio pręiudicij domini,quia Dñs non habet actionē personalē con-

A tra emph. qui emit pro parte alterius emphyt.q ad soluēdū canonē est obligatus enim tenetur pro sua tm̄ parte.

Alij putant distinguendū vtrū emphyt.sit talis in grauiori accrescēdi sit locus:nam si locus sit iuri accrescendi tunc alienari posse vr̄ inter ipsos emhyt. alias secus. Ita Alciat.in d.§.Duo fratres nu.45. Corb. vbi supra nu.6.7.

Fundm̄ est quia cum est locus iuri accrescēdi res in solidum concessa vr̄ omnibus emphyt. & cōsequenter altero alienante partem suā,valet alienatio, & vr̄ quædam repudiatio nec Dñi interest,quia habet emphyt. qui emit, obligatū in solidum ad canonē soluendū. Sed vbi nō est locus iuri accrescēdi secus est. Vr̄ enim emphyteusis cuilibet cōcessa pro sua portione & respectu alterius partis extranei loco habetur:q̄ distinctio est verissima & probatur in d.c.1.de alien feudi paterni qui tex. loquitur clarè de alienatione,non autem de sola libelli datione ibi. *Et licet prohibeatur beneficij alienatio inter agnatos, tantum si paternum fuit concederetur*, & loquitur etiā post acquisi-

B tionem factā nō ante, quomodo enim ante acquisitionē quis alienare potest?& cū loquatur de fundo paterno cōsequēter loquitur de fundo in quo iuri accrescendi locus est c.1. de feudo Marchię. c. 1. de duob. fratrib.de nou. benef.inuest.c.1.de duob.fratrib.a Capi.inuest.Ratio huius rei manifesta est quia sicut in hmōi feudis altero repudiante vel moriente alteri totū accrescit,ita ēt accrescere potest alienatione facta,cum nulla sit diuersitatis ratio.

Non obstant argumenta contrarię sententię Nam ad primū ex §.si vni Resp. inter ipsos alimentarios non esse cōcessam trāsactionem sine decreto prætoris quia in eis ratio legis eam prohibentis loca habet:ea est ratio vt præclare explicat Duaren anniuers.disput.c 44.lib.1.vt volūtas testantis seruetur l.1.C.de Sacros. Ecclesia l.Vel neq; ff.quē test.aper.verisimile enim est testatorē voluisse legatario alimēta p̄stari particulatim poti⁹,quā summā aliquā pecunię ne ea cōsumpta mēdicare ac esurire cogeret̄.

Ad secundum Respon.quando fit alienatio inter ipsos

C emphyteutas non esse locū oblationi precij,quia Dominus eis emphyteusin cōcessit & consequenter voluit eos habere: ratio ista oblationis precij militat in venditione facta extraneo cui Dominus præferri debet,non autem ipsis emphyteutis quibus iam concessio facta est.

Ad tertium Resp.imo Dominum habiturum esse personalem actionē in emphyt. in quem facta est alienatio ad totum canonē arg.l Iulianus §. Item Celsus ff.de act. empti.& dato quod non haberet personalē actionem ad totum canonē,nihil tantū interesse Domini potest,quia antequam ille in possessionē mittatur curabit Dominus eum obligari ad totum canonē persoluendū. Nec illa ratio quod Dominus actionem personalē non habeat,tanti est facienda in proposito nostro,quia præcipuam rationem ob quam alienari non potest emphyt.Dño irrequisito hanc esse puto,quia emphyteuta alienando irrequisito Domino ipsum contemnere vr̄ arg. c.1.§.vlt.quæ fuerit prima causa benef.amitten. Non videtur autem con-

D temnere Dominum emphyteuta qui emphyteusim alienauit in alterum emphyteutam,qui absq; alienatione nihilominus erat successurus in ipsa emphyteusi.

CAPVT LI.

Emphyteusi duobus concessa ea lege, vt vno mortuo eius portio ad alterum pertineat, si fiat diuisio inter eos & alter alteri renūciet omne ius quod sperat in alterius portione, & postea cōtingat alterū absq; liberis mori an superstes admittatur ad illius portionem vel Dominus directus?

BArtolus in l. qui Romæ §. Duo fratres in 4. q.ff.de verb.obl. respondit fratrem superstitem succedere nō obstante renunciatione, non autem Dominū directum: & eius sententia est communiter recepta vt testatur ibi Ias.numero 80.& Soc.Iun post.numero 138.qui alios

adducunt concordantes & ibidem etiam Ripa num.88. A

Fundamentum est, quia unius pactum alteri non prodest, nisi paciscentis intersit. l. Et hæredi. §. vlt. l. Si vnus. §. Ante omnia ff. de pactis. Ergo nõ prodest hoc pactum Domino directo.

Nec obstat si dicatur Dominum directum esse ecclesiam in hac specie, & ideo ex pacto ei posse acquiri l. Stipulatio ista. §. vlt. de verb. oblig. ut dicebat Ias. vbi suprà. Nõ rectè resp. Ripa id procedere quando aliquis expressè paciscitur vel stipulatur ecclesiæ: quod non est in specie nostra.

Secundò quia ius quod non acquiritur ei cui renũciatur, remanet penes renũciãtem l. Nec vtilem ff. ex quib. caus. maio. l. cum quis §. si debitorẽ ff. de solutio. l. Auus. ff. de pactis. Sed in proposim casu ius non acquiritur fratri, etiam defuncto, nec ipsius hæredi: quia supponẽdum est hęredem esse extraneum, & consequenter ab emphyteusi Ecclesię alienum iux. §. emphyteusin in Authen. de alien. emphyteus. Ergo ius istud quod in diuisione frater superstes renũciauit, remanet pęnes ipsum renunciantẽ. B

Contrarium docuit Paulus Castr. in d. §. Duo fratres nu. 4. quem ibi secutus est Zasius nu. 31. & alij a Corbulo citati de iure emphyteutico cap. 8. in prin.

Fundamẽtum est, in l. si vsusfructus ff. de iure dotium: vbi dicitur si quis extraneo cesserit vsumfructum, nihil agere & consolidari cum proprietate & in c. 1. de eo qui finem fecit agnatis. Sed quod attinet ad d. c. 1. nihil sanè obstat; loquitur enim cum quis omnino a se fundum abdicauit: illud indicant illa verba *nisi fundum omnino repudiauerit*, sed hic non omnino repudiauit ius qd habebat succedendi in portione alterius, sed remisit illud ius fratri suo qui iam non potest illud habere: nec hæredes eius ergo nihil obstat renuncianti talis renunciatio.

Ad argum. verò de vsusfructu Resp. Ias. & Socin. Iun. vbi suprà, illud esse ita cõstitutũ quia lex prohibet vsumfructum extraneo cedi, quare si cedatur, meritò acquiritur Domino & cum proprietate consolidatur quia contra prohibitionem legis factũ est: sed in proposito nostro C illa remissio iuris quod frater habuit non prohibetur a lege. Nemo enim prohibetur spem futuram actionis quã habet, cedere extraneo l. Spem. C. de don. ergo si non acquiratur ea cessio ei cui facta est vel ipsius hæredib. remanere debet pęnes cedentem: neque enim amittitur quod alteri oblatum non est l. Nec vtilẽ. ff. ex quib. cau. maio. Ita inquam Resp. Ias. & Soc. iun. Non rectè iudicio meo; quia lex nõ prohibet cessionẽ vsusfructus fieri extraneo quasi hoc pęnam mereatur veluti factum lege prohibente; sed lex ait si vsusfructus cedatur extraneo nihil agi: quia scilicet extraneo nõ acquiritur, sed domino proprietatis. Hic enim est sensus illorum verborum *nihil agitur* l. qui mihi ff. de dona. si Domino acquiritur, ergo cessio quæ nõ habet iuris effectum quoad personam extranei, operatur tãtum in fauorẽ Domini; quod est contra Bart. is enim vult ius remanere pęnes cedentẽ, nec acquiri Ecclesiæ ad quam spectat directum dominium. D

Existimo ego alia ratione hoc Castr. argum. non obstare, quia scilicet vsusfructus amittitur cessione in iure facta: sic enim habetur in fragmentis Vlpiani tit. 19. *In iure cedi res etiã incorporales possunt velut vsusfructus &c.* vbi Cuiacius. *Vsusfructus* inquit *siue extraneo cedetur siue Domino, cessione finitur Nam & extraneo cessus ad proprietatem recurrit l. si vsusfructus. de iure dotium; nihil verò agitur in persona extranei.* In iure autem cessio quid sit Boetius explicat in Top. licet, & ex nostris Brissonius de verb. sig. lib. 3. ver. Cessit At in proposito nõ agitur de cessione in iure facta, id est, apud prætorem neque de vsufructu sed de renunciatione iuris extraiudicium facta in diuisione plurium emphyteutarum: igitur Castrensis argumentum nihil obstat.

CAPVT LII.

Vtrum legatarius vel fideicommissarius scienter emens rem fideicommisso subiectam mortuo testatore, videatur fideicommisso renunciare.



QVatuor propositis conclusionibus totã hanc controuersiã rectè explicari posse existimo. Prima conclusio. Emens rem relictam per fideicommissum quæ non erat testatoris ab extraneo, nõ videtur renunciare legato vel fideicommisso ita Bart. in l. qui Romæ §. Duo fratres de verb. oblig. q. 12. & ibidem Ias. Ripa Alciat. & alij. Probatur argumen. l. Plane §. quod si rem emissem de leg. 1. & § si vel fundus inst. de lega. Item hac ratione, quia hæc duo simul consistere possunt, quod rem habeat emptionis titulo, & preciũ ab hærede consequatur titulo legati. Secunda cõclusio; emens rem propriam testatoris ab extraneo non videtur renunciare legato ita sensit Bart. in d §. Duo fratres q. 12. Fundamentum est in d. l. Plane §. quod si rem de leg. 1. vbi non distinguitur an res sit propria testatoris vel aliena.

Sed contrarium post alios quos citat docet Alexan. in d. §. Duo fratres numero 35. vers. Item in quantum. Fundamentũ est, quia rei legatæ dominiũ mortuo testatore transit in legatarium, l. A Titio. ff. de furtis consequentur legatarius, Dominus est rei legatæ, ergo emptio nulla est. & precium amittit. l. Suam rei. ff. de contrah. empt.

Tertia est sententia Alciat. in d. §. Duo fratres, nu. 41. legatario cedendas esse actiones ab hærede cõtra extraneum illum venditorem in subsidium, arg. l. In creditore. ff. de euict. & l. Si eum seruum. ff. si cert. pet. precium autem rei legatæ peti non potest. Mihi maximè probatur hæc distinctio Alciati. Nam prima opinio, quæ vult legatum peti posse non euincitur ex d. l. Planè. §. Quod si rem, quia non loquitur de legatario emente rem propriã testatoris ab aliquo extraneo. Nullum verbum de hac re. Argumentum autem contrariæ sententiæ, non rectè applicatur, quia legatarius non repetit precium ab ipso venditore, sed ab hærede, qui hæres nõ videtur posse illi hoc obijcere. Tu emisti rem propriam cuius dominium ad te pertinebat ex legato, ideo precium amisisti. Nam respondere poterit amisi precium quoad venditorem, sed non quoad te, qui tanquam hæres teneris ad legatum pręstandum. Alciati autem sententia æquitatem continet manifestam, nã cum legatarius rem emerit, potest ei hoc hęres obijcere, ipsum in causa fuisse, vt ipse hæres non vendicauerit rem quę pęnes possessorem erat, instituta petitione hæreditatis iux. l. Regulariter. ff. de pet. hæred. ibi: *Vel rem hęreditariam licet minimam*: consequenter dicet se non teneri ad ęstimationem pręstandam. Sed quia hæres actionem habet aduersus venditorẽ, qui rem distraxit & preciũ accepit iux. l. Sed etsi lege. §. 1. ff. de pet. hæred. iustum vr vt actionem hanc cedat legatario. Nõ est actio illa subsidiaria, quæ datur re perempta, vt loquitur tex. in d. l. Si eum seruum. ff. de pet. hæred. Sed actio oriens ex æquitate, quoniam hoc hæredi nihil aufert, & legatario prodest iux. l. In creditore. ff. de euict.

Tertia conclusio legatarius vel fideicõmissarius scienter emens ab hęrede rem legatam vel relictam per fideicommissum pendente conditione legato vel fideicommisso adiecta, non censetur legato vel fideicommisso renunciare, ita Bart. in d. §. Duo fratres Ias. ibi, nu. 45. Ripa, num. 91. & alij. Adfertur. l. Si vendideris. ff. de euict. & l. Fundo. ff. ad l. Falcid. sed non faciunt ad rem. Sed & duæ rationes adferuntur, vna à Ias. legatum conditionale repudiari non põt cõditione pendente. l. Si ita scriptũ. §. Si sub condõe de leg. 2. alterã adfert Ripa quĩ is qui emit pendente conditione inducitur ad hoc faciendũ, non qa velit suo iuri renunciare, sed dubitans ne fortè conditio deficiat, quo in casu nõ posset rem habere ex legato, ideo

emit

emit & interim habeat preciū, postea repetiturus cōdōne eueniēte. Nec.n.interpositio in dubio est faciēda per quam renūciatio indicat.l.Cum de indebito.ff.de prob.

Sed cōtrariam sniam amplexus est Alciat. in d.§.Duo fratres, nu.38.39 adductus ex l.Cui res.ff.de act.empt.& l. Si à substituto de leg 1. Mihi magis placet prior snia pferrim ea rōne quam adfert Iaf. quia pendente conditione legatū repudiari non pōt Nihil moror Alciat. resp.id esse accipiendū de simplici repudiatione, non aūt de renunciatione quę fit ex pacto iux. l.1.C.de pact. etem hic nullum est pactum expressum. Tacitū verò non est pręsumēdū, quia esset pręsupponere pro explorato id quod in controuersia positū est. Ad l. Cui res. Placet mihi, omissis Aretini rñsionib. Ripæ solutio, nihil aliud à contrario sensu inferri ex d.tex.quā legatarium scientē non habere actionē ex empto & vendito ad preciū. Rō est, quia actio ex empto & vendito, bonę fidei est; quamobrem cū hęres ignoranter emit rem sibi legatā meritò preciū repetit vel à precio est absoluendus iux. l. Huiusmodi.§.Qui seruum de leg.1.Hæc aūt rō non habet locum qñ legatarius sciēter emit rem sibi legatam: tūc enim intrat.l.Suæ rei.ff.de contrah.empt. vbi probatur scientiam efficere, vt amittatur precium. Licet ergo actio ex empto & vendito minimè detur aduersus hæredē ad precium, datur tm̄ actio ex testō, quia cum legatario absit precium rei, vr̄ res abesse vt docet I.C. ĩ d.l.Planè.§.Qd si rē de leg.1.

Non obstat Alciati resp.dicentis si non datur actio ex empto & vend.nec dari etiam ex testamento, quia actio ex testamento difficilius ad precium datur cum alternatione detur ad rem vel ad precium vt dicit Bart. in d.l. huiusmodi.§.qui seruum, de leg.primo. Nam respond. nobis hoc sufficere. illum tex. in d. l. cui res, à contrario sensu excludere tantum actionem ex empt.& vēd. quod enim attinet ad actionem ex testamento ratio illa Alciati valeret, nisi alia ratio cōtrarium suaderet, illa nimirū, quoniam legatarius non censetur renunciare legato vt supra dictum. Ad l.si à substituto resp.vno verbo, nō obstante, quia non loquitur de legatario emente ab hærede grauato: etenim ibi legatarius rem emit à pupillo, nō autem à substituto à quo legatum erat præstandum.

Prima conclusio emens scienter ab hærede rem sibi legatam purè, legato renūciare videtur: ita olim dicebat Dynus vt refert Bar.in d §.Duo fratres quem secuti sunt ibi Aret. Alex. & alij communiter teste Ripa, num.94. Fundamentum est primo, in l.Titius. ff.quib. mod pign. vel hypo.sol.secundo, quia emens scienter rem suā nihil agit, & amittit precium.l. suæ rei.ff.de contrah.emp. Tertiò quia si legatarius consentiat alienationi rei legatæ, amittit legatum.l.Codicillis.§.1. de leg.2.ergo multò magis si ipse emat.

Contrariam sententiam visus est amplecti Bart.in d. §. Duo fratres in 12.quæstione legatarium nō videri renunciare legato, arg.l.vlt.§.vlt.C.comm.de leg. Ad l.Titius. Resp.eam nō loqui de his quæ pendent ex testamēto. Ad l.suæ rei respondent aliqui, esse intelligendū quādo res est ementis pleno iure, & irreuocabilis, secus si reuocabilis vt in proposito casu. Nam legatarius non est Dominus] rei legatæ pleno iure, & irreuocabiliter antequam acceptauerit legatum, vt docet Glos. in l.ei qui ita: ff.de cond. instit. Præterea respondent legatarium esse Dominum rei legatæ iure quodam extraordinario. Nam ordinario iure dominium acquirere ex traditione cum iusta causa facta. l.Traditionib.C de pact.iuncta.l Nunquam nuda, de act.rer.dom. quæ causa est vt cum rei vēdicatione, quæ legatario competit concurrat etiam actio personalis iuxta.l.1. C.comm. de leg.nihil mirum ergo si in legatario emente rem legatam non procedat.l.suę rei: His accedit quod licet quando actus sunt incompatibiles, is qui vnum eligit videtur alteri renunciare. l.vlt.de codicillis.l.1.C.de furt. l.Clodius de acq.hæred. tantum in proposito dicendum videtur, potius non valere emptionem, quàm legatum.

Mihi sententia communis verissima videtur. Implicat enim contradictionem in obiecto, quod quis velit consequi legatum ab hærede, & simul ab eo emit rē purè legatam. Nam asse legatarius petit ab hærede rem aut precium. Rem petere non potest, quia iam habet; preciū non potest petere, quia iam illud numerauit ipsi hæredi & scienter hoc fecit, consequenter illud amisit, iux.l.suæ rei. ff.de contrah empt. Nec valet illa responsio, quod legata res sit legatarij iure quodam singulari, quid enim refert. Non potest plus iuris consequi legatarius emēdo, q̄ antea ex legato haberet. Et ideo hic non potest accōmodari.l.In bello. §.si quis seruum. ff de captiuis. Nulla enim est ibi repugnantia, quia potest quis Dominus esse serui redempti, & simul dominum antiquum à iure offerendi precij excludere per vsucapionem: potest enim quis ex pluribus causis dominium acquirere inter se cōpatibilibus, sicut est ibi vsucapio, & constitutio quæ redimentē facit Dominum, sed nequaquam potest ex Titulo legati, & titulo emptionis Dominium consequi. Huic argumento accedit alterum ex legib. quibus datur actio legatario ementi rem legatam, cum ignoranter emit, ergo secus vbi scienter.l.huiusmodi. §.qui seruum, de leg.1.

Non obstat argumentum Bart.ex l.vlt.C.commu.de lega.quia ibi legatarius non emit, sed alius extraneus, & ideo nihil aliud repugnat, quo minus precium repetat præterquam scientia. Sed hic repugnat nō scientia solū, verò etiam actus ipse emptionis, quia onerosus est nec simul cum lucratiuo titulo potest consistere. Nec monet quod dicitur, emptionem non valere, sed legatum valere, quia rei suæ emptio ita non valet vt emptor sciens etiam precium amittat. d. l. suæ rei: si legatarius preciū amittit, ergo non potest illud petere. Non obstat si dicant peti non posse quidem per actionem ex empto, & vendito, sed peti posse actione ex testamento, quia respondetur actionem ex testamento, non dari ad preciū, sed ad rem, quia res legata erat testatoris, & consequenter potest peti, non autem precium eius, sicut quando res aliena legatur.

CAPVT LIII.

Si pœna rei indiuiduæ adijciatur facto indiuiduo vel diuiduo, vno ex hæredibus contrauenientc, quomodo committatur?

COmmunis est & vera sententia, aduersus omnes hæredes in solidum committi pœnam indiuiduam adiectam rei indiuiduæ vno cōtrauenientc, ita Bart.in l.4.§.Cato in 1.9.ff.de verb. oblig. quam omnes alij secuti sunt Ripa. Iaf.Alciat.Soc. Iun.qui testatur esse comm.

Fundamentum est in l.2.§.ex his. ff.de verb.oblig.vbi dicitur omnes hæredes teneri in solidum ex indiuidua stipulatione defuncti. Et ratio est quia Lex.12. tabularū diuidere non potest hoc in casu obligationem inter hæredes, nec ad factum, nec ad pœnam, cum res non patiatur diuisionem, vt alibi dicit Iuris Consultus, in l.Hæredes. §. In illa. ff.fam.hercis. Et regula iuris est, ea quæ in partes diuidi non possunt solida à singulis hæredibus deberi.l.ea quæ in partes, de reg.iur. Vnus contradicit Ruinus, in d.§. Cato leui hoc argumento. Promissor qui defunctus est potuit vnum solum ex hæredibus suis obligare ad pœnam, scilicet contrauenientem arg: l.Contrarius.§. vlt.de verb. obl. ergo eum solum obligasse præsumitur. Nego consequentiam, nam cum promissor id non fecerit nec lex.13. tabularum talem obligationem diuidat, quia res non recipit diuisionem, necessariò sequitur omnes hæredes in solidum esse obligatos.

At dicebat Ruin hæres qui contrauenit, ex proprio facto est obligatus, ergo in solidum ipse solus tenetur l.In commodato.§.si ex facto.ff.commod.l.in depōsit. ff.depo.

po. Resp obligationem heredis descendere ex contractu defuncti, quo casu si res diuisionem non patitur omnes hæredes tenentur in solidum. l. 2. §. ex his ff. de verb. obl. Leges in contrarium adductæ loquuntur de secundaria obligatione, quæ oritur ex proprio facto, & delicto hæredis. Sed maior difficultas est, quid si pœna facti indiuidui adijciatur promissioni rei diuiduæ. Resp. Ang. Immola Paul. Castr. & Iason l 4. §. Cato, de verb. obl. cōmitti pœnam in solidum aduersus eum hæredem solum, qui contrauenit: primò, quia is incurrit pœnam ex proprio facto, ergo ipse solus tenetur insolidum. l. Incommodato. § si ex facto. ff. commod. l. In deposito ff. depo. Sed leue est hoc argumentum, quia vt iam dixi hæredes in proposito casu teneutur ex contractu defuncti, qui promisit pœnam. Secundò quia pœna est indiuidua, & cōsequenter tota præstanda est ab hærede contrauenìente, licet non contrauenìat, nisi pro parte. Nam cum res separari, non potest aliquando quis damnum sentit, quod alias non sentiret arg. l At eius. § vlt ff. de aq. plu. arc. & 1 1. §. Si vasallus. hic finitur lex Corradi &c. Sed responderi potest, hæc esse dissimilia quoniam hic fieri potest separatio si actor offerat pro parte alterum cohęredum æstimationem rei indiuiduä vt statim subijciam: leges in cōtrarium adductę loquuntur in terminis longe diuersis, cum alioqui actor non potest cōsequi, quod iure persequitur: tunc enim vt id obtineat quod iustè petit aliquod infertur damnum reo propterea quod res separari nō potest.

Magis igitur placet communis sententia, quæ sic statuit stipulatorem posse insolidum conuenire ad pœnam hęredem qui contrauenit, verum oportere cæteris cohæredibus partis æstimationem offerre ex quo sequitur hæredem cōtrauenientem sicut pro parte deliquit (quia res erat diuidua) ita pro parte pęnam luere. Ita dicebat olim Petrus, vt refert Bart. in d. §. Cato, in 1. quæst. quem secuti fuere ibidem Aretin. Alex. Socin iun. & alij, & est communis teste Alciato, nu. 130. Omissis verò leuib. argumentis probatur hæc sententia, quia vbi stipulatio cōtinet rem diuiduam vno ex hæredibus contrauenìente, pęna cōmittitur pro parte aduersus eum solum, qui contrauenit. l. 4. §. Cato de verb. obl. ibi. *At si de eo cautū est, quod diuisionem recipiat, veluti amplius non agi, tunc eum hęredem, qui aduersus ea fecerit pro portione sua solum pœnam committere.* Sed hic supponimus rem esse diuiduam quæ in stipulationem deducitur, ergo is solus hæres, qui contrafecerit pro portione sua pœnam committet. Non obstat, quod pęna sit indiuidua, quia partis æstimatione oblata propter cęteros cohæredes prospicitur: hęc est. n. iuris constitutio, vt quoties vnus ex hæredibus solus tenetur aliquid præstare quod sit indiuiduum, actori obstet exceptio, nisi æstimationem offerat pro parte aliorū cohæredum, vt habetur in l. Cum filius de leg. 2. l. Si is, qui quadringenta. §. Quædam. ff. ad l. Falcid. & hoc in casu cessat regula l. Ea, quæ. de reg. iuris.

CAPVT LIIII.

Obligatio de defendendo, sitne diuidua, vel indiuidua?

EXistimo hanc obligationem de defendendo indiuiduam esse. Primò authoritate, l. 4. §. vlt de verb. oblig. ibi. *Ipsi autem promissori pro parte, neque restitutio, neque defensio contingere potest*, vbi notandum est, idem in hæredibus promissoris intelligendum esse, vt tex. in hac parte præcedentibus aduersetur iuxta mentem I. C.

Secundò, ex l. In executione, §. Insolidum, eod. tit. illis verbis. *Hæredes insolidum denunciandi sunt, omnesque debent subsistere, & quolibet defugiente omnes tenebuntur.*

Tertiò ex l. Cum ex causa, eod. tit. ibi: *Quia insolidum defendenda est venditio, cuius indiuisa natura est.*

Quartò, ex l Si cum vno. ff. si ex nox. cau. aga. ibi. *Cui insolidum defendendi necessitas est, nec audiatur si pro parte paratus sit defendere.*

Quintò, ex l. Non tamen. ff. de procu. ibi. *Vt si decem millia petantur, vt existant duo defensores parati in quinque defendere, audiantur.*

Sextò, ex l. Loci corpus. §. Si fundus. ff. si serui vend. ibi. *Quisquis defendit solidū debet restituere, quia diuisionem hæc res non recipit.*

Septimò, ex l. Hæredes. §. Si vnus. ff. fam. hercisc. ibi. *Et omnino, quæ pro parte expediri non possunt si vnus cogente necessitate fecerit, familiæ herciscundæ iudicio locus est*, inter ista verò, vt supra text. defensionem cōmemorauit.

Octauò, ex l. Si rem 62. § Si ei. ff. de euict. Celsus. *Si ei qui mihi vendidit plures hęredes extiterint, vna de euictione obligatio est, omnibusq; denunciari, & omnes defendere debent: etsi de industria non venerint ad iudicium vnus tantum ex ijs litis subsistit propter denunciationis vigorem & prædictam absentium, omnibus vincit, aut vincitur.*

Nonò, ex l. Ex clausula. ff. iud. solui Venuleius. *Non n. videbitur defensa res boni viri arbitratu, quæ non insolidū defensa sit.*

Decimò, ex l. Iam tantum. §. Si tantum. ff. iud. solui illis verbis. *Nā & plures hęredes necesse habebunt dare procuratorem, ne defensio per plures personas scissa incommodo aliquo afficiat actorem.*

Postremò, quia hęc est communior Doctorū sententia teste Alciat. in l. 4. §. Cato, num. 135. de verb. oblig. ita enim docuerunt Bart. ibi in secunda quęstione, Angelus Immola, Castrens. Alex. Ias. Zasius, & alij frequentioribus suffragijs.

Sed contrariū docuerūt Cumanus in d. §. Cato Ruin. nu. 68. Socin. iun. num. 137. Hormanot Denis, num. 436. Hieron. Battigella, nu. 158 Crotus, num. 117. & in 7. rep. nu. 65. nimirum hanc obligationem diuiduam esse.

Primum argumentum est, quia agere & defendere correlatiua, sed stipulatio amplius non agi, diuidua est, l. 4. §. Cato de verb. oblig. ergo & stipulatio de defendendo diuidua esse videtur, quia correlatiuorum eadem natura est, l. vlt. C. de ind. vid. toll. l. j. C. de cupressis lib. 11. Omissis aliorum respōsionibus, ita resp. si pro parte agatur, pro parte quoque defensionē fieri posse & hoc respectu eandem esse naturam actionis & defensionis. Sed re in abstracto considerata non sequitur potest quis (puta vnus ex hęredibus) agere pro parte Ergo, & qui defendere tenetur pro parte defendere poterit. Nam licet actio inter hęredes diuidatur per legem 12. tab. defensionis tamen natura indiuidua est: nisi enim quis plenè defendat, non videtur defendere. l. Si defensor. ff. de interr. act.

Secundum argumentum est, quia ideo stipulatio amplius non agi, diuidua est, quia potest quis pro parte agere, in d. §. Cato. Ergo & stipulatio se defendendo diuidua est, quia potest quis pro parte defendere l. 1. C. de consortib. eiusd. litis. Resp. id verum esse in pluribus consortibus eiusdem litis ubi nulla de defendendo est obligatio. Nam unus sine altero agere & defendere se potest: sed nos loquimur de stipulatione de defendendo; & dicimus neminem posse inuito stipulatore pro parte defendere. Ratio differentię est, quia si sint plures consortes, unus potest iuri suo renūciare, atque adeò defensionem pro sua parte omittere. Sed nemo potest inuito stipulatore pro parte defendere; quia stipulatori non satisfit, nisi plena sit defensio.

Tertium argumentum est ex l. Si communes in fine, ff. de neg. gestis. ibi. *Quia potius partem meam, ita defenderem, vt socij partem defendere non cogerer.* Resp. nil mirum esse, quia ibi nulla est obligatio de defendendo. Cui enim dubiū est, si nulla sit obligatio alterum defendendi quin possit quis se tantum defendere, & non alium? Nostra quæstio est de eo, qui tenetur alium defendere; & dicimus non adimplere, nisi in totum defendat.

Quartum argumentum est ex l. 2. §. incertam. ff. de præto. stipula. vbi stipulatio iudicatum solui, quæ continet in se clausulam de defendendo, scinditur ex personis hæredum. Resp. Paulum ibi accipiēdum de stipulatione iudica-

iudicatum solui per se considerata, non autem quatenus continet etiam caput defensionis.

Quintum argumentum est ex l. vlt. ff. iud. solu. sed nil ad rem facit. Non enim dicit illa lex posse vnum ex hæredibus defendere pro parte, sed loquitur de pluribus hæredibus, quorum vnus rem defendit, alter nō; Vtrum in solidum defensio sit facienda, vel pro parte fieri possit, nihil ibi dicitur.

Sextum est ex l. Pœnales. §. Iulianus. ff. ad l. Falcid. illis verbis. *Nam constare ex iudicatum solui stipulatione siue à parte actoris, siue à parte rei plures extitissent, nō omnibus nec aduersus omnes actiones contingere, sed dumtaxat iis qui vicissent, & aduersus victos, iisq́, aduersus quos res defensa non esset, aduersus eos qui rem non defendissent.*

His enim verbis I. C. indicare videtur, obligationem defendendi inter hæredes eius, qui obligatus est, scindi; quia committitur tantùm contra eos, qui non defenderunt. Si enim esset indiuidua, vno contrauenietute, committeretur contra omnes. l. 4. de verb. obl.

Resp. non hanc esse causam; quia res pro parte defendi possit; sed quia si sint plures fideiussores iudicatū solui, & vnus non defendat, committitur stipulatio pro parte eius ad interesse, siue ad æstimationem rei in iudiciū deductæ. l. si ex duob. l. ex iudicatum. ff. iud. solui æstimatio autem rei diuiduæ est, vt patet: esset enim iniquum, alterum, qui defendit, hac stipulatione teneri: quæ aut is vicit, aut victus est: si vicit, iam ridiculum est eum teneri, si victus est, tenetur ex capite rei iudicatæ: quare opus non est, vt teneatur ex capite defensionis non factæ.

Septimum argumentum est, quia si obligatio defendendi esset indiuidua, quilibet hæres venditoris in solidum conueniri posset ad rem defendendam contra. l. In executione. §. in solidum. ff. de verb. obl. vbi dicitur omnes hæredes debere subsistere. Sed nihil obstat, quia tex. dicit omnes hæredes in solidum esse denunciādos, hoc est, quemlibet in solidum vt ibi.

Postremum argumentum est ex l. cum à matre. C. de rei vend. Nam si obligatio defendendi indiuidua esset, filius hæres matris teneretur in solidum emptorem defendere; ac proinde non posset rem vendicare, etiā pro ea parte pro qua hæres non esset: contrarium autem ibi dicitur, ergo, &c. Resp. obligationem istam esse quidem indiuiduam, veruntamen hæredes teneri pro portione hæreditaria de euictione, vt habetur, in dicta lege eum ex causa, & in dicta lege. In executione. §. in solidum, de verborum obligatione, quæ res facit, vt in dicta l. cum à matre, filius repellatur tantum pro ea portione, pro qua hæres matris est: non enim pro ea portione rē vendicare potest, qui de euictione tenetur, & regula iuris est. Quem de euictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio. l. vēdicantem. ff. de euiction. Scio in hac quæstione aliis distinctionibus nonnullos, in dicto. §. Cato vsos fuisse, præcipuè Ruinum, Alciatum, Bolognenī, & Socin. Iun. sed eas referre supersedeo; quia nec satis iure munitę sunt, & paucis veritatē mihi sufficit attigisse.

CAPVT LV.

Ad l. Cum à matre. C. de rei vend. vtrum filius hæres pro parte matris vendentis rem ipsius, eam vendicare possit.



Filius est hæres patris, vel matris, quæ rem suā vendidit, quæritur an eam vendicare possit, & clara extat decisio, in l. cum à matre. C. de rei vend. vendicare non posse pro ea portione pro qua est hæres: atque ita rectè docuerunt Soc. Sen. in l. 4. §. vlt. de verb. oblig. Socin. Iun. in §. Cato. d. l. 4. nu. 132. Ruinus, ibidem, nu. 69.

Sed contrarium docuerunt, in d. §. Cato Alciat. num. 178. & Lancellotus Galliaula; ea ratione, quia obligatio de

A defendendo est indiuidua; consequēter singuli hæredes tenētur insolidum defendere emptorem: ergo filius hæres pro parte matris suæ quæ rem vendidit, tenetur emptorem insolidum defendere: quo posito infertur, non posse rem vēdicare: quia quem de euictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio. l. vendicantem. ff. de euictio. Esse insolidum obligatos hæredes ad defendendum emptorem, planum est ex l. eum causa, & l. in executione. §. insolidum, de verb. oblig. Ad l. Cum à matre respondent emptorem in eo casu scienter comparasse rem alienam, & ideo non potuisse agere de euictione. l. si fundum sciens. C. de euictio.

Istis non obstantibus priori sententiæ magis consentio pro qua est decisio, in d. l. cum à matre. Nec quicquā valet allata respōsio, quia ratio legis est in eo posita quod filius sit hæres matris vel non sit. Posteriore casu dicit tex. filium posse vendicare, priore verò non posse pro ea parte qua hæres est. Non est vis in scientia, vel ignorantia emptoris: quid enim si promissa esset euictio, nonne agere posset emptor de euictione, scientię rei alienę non obstante. l. si fundum. C. de euictio.

B

Ad argumentum autem, quod defensionis obligatio indiuidua sit, omissis aliorum responsionibus aduertendum puto si filius hæres sit pro parte dimidia, vel pro tertia, vel quarta parte, & fundum venditum pro eadē parte vendicet, si emptor opponat eum obligatum esse ad ipsum defendendum. Replicabit ipse, id nequaquam esse verum, quia lis non intenditur, nisi pro parte, pro qua filius ipse actor hæres matris suæ non est. Pro ea parte loco extranei habetur; consequenter defendere emptorem non tenetur. Quod enim dicitur singulos hæredes insolidum teneri ad defendendum emptorem hunc habet sensum, non licere vni hæredi super lite emptori mota cum defendere pro parte tātum, omnes enim insolidum assistere debent, & emptorem defendere, sed in hac facti specie, non tenetur filius emptorem defendere, quia non est hæres matris, nisi pro parte, & pro ea parte fundum, non vendicat, sed pro alia parte. Si ab alio quam à filio lis emptori moueretur, & filius hæres, pro parte vellet eum pro parte defendere, non rectè faceret, quia teneretur in totū defendere propter indiuisam vēditionis naturam; vt in d. l. cum ex causa. Præterea potest responderi, licet filius teneatur emptorem defendere, tamē si nō defendat, actionem de euictione pro parte tātum aduersus eum competere, vt dicitur, in d. l. in executione. §. insolidum. Ergo filius non defendet, & ideo de euictione tenebitur pro parte; pro altera verò parte rem suam vendicare poterit.

C

CAPVT LVI.

In stipulationibus prætoriis vno ex hæredibus promissoris contraueniente, vtrum aduersus omnes pœna committatur?

D



Rectè Bart. in l. 4. §. Cato, in secunda quæstione, non committi docet, sed aduersus eum solum hæredem, qui contrauenit: secuti sunt eādem sententiam cæteri frequentioribus suffragiis teste Soc. Inn. ibi, nu. 135. Fundamentum est solidum, in l. a. §. Incertam. ff. de prætor. stip. ibi. *Respondetur scindi eas in personas hæredum*, & in l. Iulianus. §. Pœnales. ff. ad l. Falcidiam.

Contrarium, & malè, docuerunt Aretinus, Ruinus, Cumanus, in d. §. Cato, & de hac re latè disputat Ripa, ibi, nu. 78. 79. distinctione quadam adhibita minimè necessaria. Nam l. 5. §. vlt. de verb. obl l. cum ex causa. eod. tit. nihil iuuant eorum sententiam, sicut egregiè disputat Socin. Iun. loco adnotato.

Illud prorsus displicet, quod nonnulli dixerunt, & nouissimè etiam Cuiacius ad lib. 73. Pauli ad edictum, in d. §.

d.§.incertam hoc velle Iure Consultum committi stipulationem contra omnes hęredes pro portione hæreditaria vno contrauenıente, seu victo. Nam contrarium dicit nimirum scindi eas stipulationes in personas hæredũ licet regulariter ex persona hæredis obligationis conditio non mutetur. Quod autem tex. subdit. *At in contrariũ summa ratione fit vt vno ex hęredibus stipulatoris vincẽte, in partem eius committatur stipulatio* eo pertinet, vt indicet I. Cons. in hoc casu contratio nullam oriri difficultatem, atque adeo summa ratione id fieri, quia, scilicet nihil obstat, sicut in præcedenti casu obstat illa *ex persona hęrẻdis promissionis non posse descendentem à defuncto stipulatione diuersam conditionem cuiusq; facere vt in d.§. incertam.*

CAPVT LVII.

Si quis promiserit, non offendere Titium, nec hæredes eius, sub pœna, & vnus ex hæredibus fuerit offensus, an pęna insolidum committatur, hoc est an offensus eam insolidum petere possit?



BArtolus, in l.4.§. Cato, nu. 30. de verb. oblig. respondit soli offenso actionem ad pœnam competere insolidum. Eandem sentẽtiam, secuti fuere Angelus. Romanus, Soc. Bologniñ. Ias. nu. 54. Alciatus, num. 158. & seqq. Ripa, numero 99.

Sed contrarium docuerunt multi alij pœnam, scilicet insolidum committi, sed hæredem illum, stipulatoris, qui offensus fuit actionem tantum habere, pro sua parte. Ita post alios quos citat Alex. in d.§. Cato, nu. 52. Rui. nu. 85. Socin. Iun. alios citans ibidem, nu. 151. & hanc esse communiorem sententiam scribit Alciatus, nu. 158. quamuis alij quidam sententiam Bartoli communem dixerint, vt refert Soc. Iun. loco proximè citato.

Fundamentum prioris sententiæ est quia stipulatio de non offendendo est indiuidua, nec sui natura ad hæredes transitoria: ex eo quod sit indiuidua quilibet offensus habet insolidum actionem: ex eo autem, quod nõ sit ad hæredes transitoria in personã cuiusq; hæredis, censetur esse noua quædam promissio, & proinde cuilibet hæredi actio competit, perinde ac si quilibet stipulatus fuisset, quo casu proculdubio insolidum actio vnicuique cõpeteret ad pœnam.

Contrariæ sententiæ fundamentum est, in l.3 §. Item si in facto de verb. obl. in illis verbis. Cõtra autem si stipulator decesserit, qui stipulatus erat sibi hæredique suo iure agere licere, & vnus ex hæredibus eius prohibeatur interesse, dicemus vtrum insolidum stipulatio committatur, an pro parte eius, qui prohibitus est. Nam si pęna stipulationi adiecta sit insolidum committetur stipulatio, sed qui non sunt prohibiti doli mali exceptione submouebuntur. Resp. Bartolus ibi de stipulatione agi, quæ sui natura transit ad hæredes, promissionem autem istam non esse sui natura transitoriam ad hæredes.

Alij contra hanc responsionem adducunt. l. stipulatio ista. §. si quis, ita. ff. de verb. obl. Alex. verò aliter respõdet nimirum in proposita quæstione dato quod stipulatio de non offendendo, non trãsiret ad hęredes stipulatoris ex natura sua, tamen negari non posse, quin hæredibus competat actio ex contractu defuncti, & sic ex causa hæreditaria. Replicat Ripa licet hęc stipulatio sit hęreditaria, tamen multiplicari in personas singulorum hæredum atq; tot esse pœnales stipulationes, quos sunt personæ hæredum, ac propterea singulis insolidum competere actionẽ ad pœnam. Et licet stipulatio ire, agere licere, nõ trãseat ad hæredes, vt in §. si quis ita: tamen posse sui natura transire, & in hoc à stipulatione ista de non offendendo differre quæ omnino est personalis, nec sui natura est apta transire ad hæredes.

A Puto ego posteriorem sentẽtiam esse probabiliorem, quia pro se habet tex. in d.l.2.§. Item si in facto. His accedit ratio, nam è cõtrario si vnus ex hæredibus promissoris in re indiuidua contraueniat videmus pœnam committi pro portione hæreditaria contra omnes, iuxta decisionem. §. Cato, & in terminis propositæ quæstionis est communis sententia teste Ripa, ibi. nu. 100. Igitur & in quęstione nostra dicendum est, pœnam insolidum committi, hoc est vt actio competat omnibus hæredibus stipulatoris pro portione hæreditaria, verumtamen exceptione repellantur cæteri hæredes, qui prohibiti non fuere.

Male Alciatus, qui existimauit tex. in d.§. Item si in facto, probare sententiam Bartoli dum ait pœnam insolidum committi: istud enim non est ita accipiẽdum quasi committatur pœna omnibus stipulatoris hæredibus, sed illi tantum, qui prohibitus est. Non rectè quia tex. de-

B clarat quomodo pœna insolidum committatur, & satis apertè indicat singulis hæredibus ipso iure committi pro hæreditaria portione dum subdit. *Sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione submouebuntur.* Nam si soli prohibito insolidum actio competeret, & non alijs hæredib. non esset opus, vt exceptione repellerentor.

Non obstat, quod dicebatur stipulationem de non offendendo, sui natura non esse transitoriam ad hæredes, quia vt bene respondet Alexander, satis est in proposito nostro ex contractu defuncti trãsire, quia actio inter singulos hęredes diuiditur pro portione hæreditaria. l. ea quæ. C. fam. hercisc.

Non obstat replicatio Ripæ, scilicet multiplicari pœnales stipulationes ex personis singulorum hæredũ, quia id est verum, sed cum sua qualitate, nimirum, vt vno ex hæredibus offenso committatur stipulatio ad penam singulis hæredibus pro portione hæreditaria, sic & in d.§. Cato vno ex hæredibus promissoris cõtraueniente om-

C nes contrauenisse videntur, & propter indiuiduam naturam stipulationis *iter fieri*, quot sunt hæredes promissoris tot videntur esse promissiones, & tamen pœna committitur in singulos hæredes pro portione hæreditaria. Hic igitur nos contemplari oportet, nõ solum indiuiduã principalis stipulationis naturam, sed etiam pœnalẽ stipulationem, quæ diuidua est: Et licet non sit ad hęredes transitoria ipsa principalis promissio, transit tamẽ ex defuncti contractu, & cum sua natura, vt nimirum pro portione hæreditaria singulis hæredibus committatur. Atque ita sentio.

CAPVT LVIII.

Stàtuto stante vt homicida capite plectatur, nisi pacem habuerit ab hæredibus occisi, an sufficiat habere pacem à maiori parte hæredum?

D



AFfirmat Bart. sufficere, in l.4.§. Cato in vltima quæst. Castr. in l.2.§. Ex his, de ver obl. Aren. in l. Pro hærede. §. vlt. de acq. hęred. vbi dicit cõmunem esse: alios citat Socin. Iun. in d.§. Cato, nu. 155.

Negant autem Ias. Ripa. Alciatus, qui alios adducunt, in d.§. Cato, & Felin. in c. cum omnes, de constit. col. 10. vers. Septimò fallit vbi dicit sententiam Bart. communiter reprobari. Affirmantis sententiæ fundamentũ est, in l. Et suum cum l. seqq. ff. de pactis, & in l. vlt. C. qui bonis ced. poss. & in l. quod maior. ff. de mancip. Posterioris autem, in l. Per fundum. ff. de ser. rust. præd. in l Rescriptum. ff. communia præd. in l. in casu, de verb. sign & in regula, quod omnes tangit, de reg. iur. lib.6. l. si autem plures, de acq plu. arcenda.

Res sanè perquam obscura est, namque ex vna parte verba statuti omnium hęredum exigunt cõsensum, ex altera pugnat ęquitas vt liberetur à pœna mortis occisor.

for. Non videntur ad rem facere leges adductæ pro sententia posteriore, quia hic non agitur de hæredũ præiudicio, sicut quando seruitus prędio imponenda est, imò pacem inire laudabile, & Christianum est. Sed nec leges adductę pro sententia priore admodum vrgere videntur quia creditorum intererat, vt hæreditas adiretur vt quinquennalis dilatio cõcederetur, forsitan enim eis satisfieri aliter non poterat: quare vnius vel alterius dissensus maiori parti nocere non debet. Denique sic concludo. Aut hæredes occisi recusant pacem inire ne amittant actionẽ iniuriarum, & hoc nihil est, quia iniuriarum actio non transit ad hęredem. l. si etim. §. qui iniuriarum. ff. si quis cautio. aut recusant ne damna, & expensas atque actionem ex l. Aquilia amittant; & hoc etiam nihil valet; quia remittens iniuriam non videtur remittere damna, expẽsas, & interesse vt probat optimè Antonius Gomezius tit. de iniuria, nu. 13. Aut recusant, quia volunt necem vendicare, ne incidant in pœnam iux. l. vlt. ff. ad Syll. & l. 1. C. de his quibus vt indig. & istud nihil mouere potest, quia iam accusatio facta est vt occisor condemnetur ad mortem, nisi pacem habuerit ab hæredib. occisi. Itaque nullum isti hęredes periculum incurrunt amittendę hæreditatis. Aut denique pacem facere recusant, vt occisor capite plectatur, vel quia nolunt ei gratificari, & hoc ideo non obstat, quoniam nullum pręiudicium continet ipsorum hæredum, & consequenter nos versamur extra casum legum allegatarũ pro sententia posteriore, in quibus vnius dissensus impedit seruitutẽ constitui vel aliud ius acquiri, propterea quod res illa omnes hæredes tangit hoc est præiudicium singulorum continere videtur. Versamur autem in specie non dissimili ab ea quæ continenit in legibus adductis pro sententia priore: Nam hęredum qui consentiunt vt pax fiat, interesse videtur tolli prorsus inimicitiam ortam omnemq; odij ansam amoueri; & non impediri quominus occisorem pacem petẽtem à morte liberent.

Ex quibus palam esse potest Bartoli senrentiam quæ priori loco relata superiùs est, nisi aliquod adsit præiudicium hæredis recusantis pacem facere, iuri & æquitati magis consonam esse.

CAPVT LIX.

Vtrum creditor inuitus cogatur accipere particularem solutionem?



Vm partis solutio non minima adferat incommoda vt ait I. C in l. 3. ff fam. hercis. meritò cõmuni Doctorum sententia receptum est, creditorem inuitum non esse cogendum partis solutionem accipere, vt notant omnes Doctores, in l. quidã. ff. si cert pet. cum scilicet totum debitum est liquidum, ne obster. d. l. quidam. Et hæc sententia optime probatur ex lege Tutor. §. Lucius. ff. de vsuris vbi Modestinus. *Si non hac lege mutua pecunia data esset, vti liceret particulatim quod acceptum est exoluere, non retardari totius debiti vsurarum præstationem*, &c.

Sed contrarium sententiam habuerunt Alciatus & Corasius, in l. 2. §. & horum de ver. obl. Fulgosius, & Decius, in d. l. quidam quorum argumenta refutanda sunt.

Primum est ex d. §. & horum primo in illis verbis. Quædam partis præstationem recipiunt veluti cum decem dari stipulamur, nec enim id restringi debet ad eum casum quo creditor consentit; præsertim cum inferius dum agitur de stipulatione hominis dicat tex. *Nam etsi Stichi pars soluta sit, nõdum in vlla parte stipulationis liberatio nata est*: etenim hoc intelligendum est inuito creditore; volenti enim creditori aliud pro alio solui potest. l. 2. §. Mutui de reb. cred. si cert pet. Ergo & quod superius dictum est cum decem dari stipulamur partis præstationem id recipere, intelligendũ est etiam inuito creditore.

A Respondeo cum decem dari stipulamur, hanc stipulationem partis præstationem recipere sui natura, quia quantitas hæc diuidi potest, & hæc est mens I. C. Vtrum autẽ debitor possit partem soluere inuito creditore nec ne, id ex alijs locis petendum est. Quod autem inferius subdit si pars Stichi soluta sit liberationem nõ contingere, huc pertinet vt ostendat I. C. id quod paulò ante dixerat, nimirum, quędam sui natura partis præstationem recipere sed nisi tota dentur stipulationi nõ satisfieri. Fateor hoc posterius accipiendum esse inuito stipulatore seu creditore; sed nego ea quæ sui natura partis diuisionem recipiunt veluti cum decem dari stipulamur etiã inuito creditore, semper recipere. Aliquando enim inuito creditore solutio partis fit, veluti cum plures sunt hęredes debitoris, & vnus suam partem soluit. l. In executione. §. 1 ff. de verb. obl. l. si testamento. §. 1. ff. de fideiuss. aliquando non potest fieri, veluti cum ipse principalis debitor partem offert. d. l. Tutor §. Lucius. ff de vsuris.

B Secundum argumentum est creditor potest partẽ exigere inuito debitore, ergo & debitor partem soluere potest inuito creditore; vt correlatiuorum eadem sit natura. l. 1. C. de cupressis lib. 11. Respondeo negando antecedens: namque creditorem inuito debitore exigere posse partem debiti, iure non probatur. Non ad rem facit. l. Iã tamen. §. pen. ff. iud sol. sed contrarium probat. l. In commodato. ff. duobus. ff commod & est communis Doctorum sententia, non licere creditori, inuito debitore, partem crediti exigere; ne continentia causæ diuidatur, vel debitor distrahatur pluribus iudicijs: vide Mathesilan. sing. 115. Nota, quod si ex centum & ibi addentes Imolã Alex. & Aretin in l. 1. ff. de acq. hæred.

Tertium argumentum est quia in fisco locum habet particularis solutio. l. Placuit. C. de colla. fundo patri. lib. 11. ergo multò magis in priuato. Resp. illud esse specialiter constitutum in ijs qui obtinent res emphyteuticas, vel patrimoniales fisci ideo non est trahendum in consequentiam ad omnes alios debitores.

C Quartum argumentum est quia si plures sint hęredes promissoris certæ quantitatis pecuniæ, & vnus eorũ partem offerat pro portione hæreditaria, liberatur creditore inuito. l. In executione. §. 1. de verb. obl. l. si testamẽto. § 1. de fideiusso. Ergo idem est in ipso debitore principali, quia ex persona hæredis non variatur conditio obligationis. l 2. §. ex his, de verb. obl. Resp. negando consequẽtiam quia inter principalem debitorẽ, & ipsius hæredes maxima est ratio differentiæ. Principalis debitor totum soluere tenetur vt fidem suam liberet, & promissori satisfaciat; verum hæredes plures pro portione hæreditaria tenentur. l. 2. C. de hæred. act. quia lex. 12. tabularum diuidit inter eos obligationẽ; vt scilicet, non singuli teneantur totum soluere, sed partem pro portione hæreditaria.

Quintum argumentum est quia lex. 12. tabularum diuidens obligationem inter hæredes pro portionibus hęreditarijs, esset iniqua, & creditoribus damnosa. l. 3. ff. fam. hercis. Resp. nec iniquam esse, nec creditoribus dãnosam. Non est iniqua quia vt dixi cum sunt plures hęredes qui succedunt in ius defuncti necesse est, vt inter eos diuidantur commoda, & onera hæreditaria. Non est damnosa quia creditores habent actionem cõtra omnes hæredes. Quare si vnus soluerit partem suã, remanet eis actio contra alios, qua possunt simul totam debitã quantitatem consequi.

Porrò ad l. Tutor. §. Lucius, de vsuris respondent contrariæ sententiæ authores ibi agi de vsura quæ pœnę similis est. Pœna vero facit stipulationem indiuiduam. l 5. §. si sortem, de verb. obl. si certum peta. quare nec partis solutio admittitur. Nihil moror hanc respõsionem, quia si debitor solutione partis liberaretur inuito creditore, vsurę totius summę non deberentur. Et quod dicitur de comparatione pœnę ac vsurę, nihil est: quia quod attinet ad l. 5. §. si sortem illius ratio non est in eo posita. quod

de pœna

de pœna agatur, sed in eo quod aliter fieri non possit sine iniuria stipulatoris, vt ibi expressè dicit & alias quoque nos latius explicabimus.

CAPVT LX.

De regulis cognoscendi, an facta sint indiuidua.

NOn male Bart. in l. Stipul. non diuiduntur. de verb. oblig. in 2. quæst. & cum eo communis interpretum schola tres constituit regulas ad cognoscēdum, an facta sint indiuidua vel diuidua. Prima, si tale sit factum, quod pro parte, non afferat tantam vtilitatem respectu partis, quantam pro toto respectu totius, est indiuiduū, secus si adferat. Exemplū. si quis promittat opus fieri, puta insulam fabricari fossam fodi, Romam ire. Probatur argum. l. In executione. § 2. de verb. oblig ibi. *Quia operis effectus in partes scindi non potest*, & l. Stipul. nō diuiduntur. eod. tit. ibi. *Horum in diuisio corrumpit stipulationem.* l. Si is qui. §. Quædam. ff. ad l. Falcid. ait tex. sed opus mancipibus hæres facere iussus est, indiuiduum videtur legatum. Neq; enim vllum balneum, aut theatrum, aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam, quæ ex consummatione contingit non dederit. Quid enim est aliud, operis effectum in partes scindi non posse, diuisionem eius corrumpere stipulationem, neque balneum, neque theatrum fecisse videri, qui ei propriam formam non dederit; quid inquam aliud hæc sibi volunt, quàm partem factorum istorum, non adferre vtilitatem pro parte, sicut totum respectu totius adferre videtur: Si pars operis pro parte adferret vtilitatem, sicut pars pecuniæ promissæ respectu partis vtilitatem adfert eandem, quam tota respectu totius, certè opus rectè diceretur esse diuiduum ob eandem rationē, quæ est in pecunia.

Secūda regula illud factum dicitur indiuiduum quod si pro parte fiat, & pro parte interesse præstetur, in diuersis rebus fieret solutio. l. In executione. § Pro parte. ff. de verb. oblig. ibi. *Solui autem, nisi insolidum non potest; alioquin in diuersis hominibus rectè partes soluerentur.* Hic autem est notandum, non distinguere hoc in loco Bart. inter indiuiduum solutione tantum & indiuiduum obligatione & solutione: satis enim est regulam esse aptam ad constituendum factum indiuiduum, siue illud sit solutione tantum, siue obligatione & solutione. Aliàs autē differentia est vtrum solutione tantum, an verò solutione & obligatione aliquid sit indiuiduum.

Tertia regula: illud factum dicitur diuiduum in quo duo copulatiuè concurrunt. Primum, quod pro parte impleum adfert tantam vtilitatem respectu partis, quantā totum respectu totius. Secundum, quod si pro parte fiat, & pro parte interesse præstetur, contingit solutionē fieri in eadem re, vt si quis teneatur ad restituendum sacculum pecuniæ. Exemplum est in stipulatione, amplius nō agi, & rem ratam haberi, vt in l. 4. §. Cato, de verb. oblig. Male author tract. diuidui & indiuidui in 2. par. 2. partis nu. 262. reprehendit has regulas, nam quæ opponit friuola sunt.

Primam regulam ait nihil concludere, quia sequeretur dationē domus vel fundi, aut certi hominis, vel equi non esse diuiduam, sed indiuiduā obligatione & solutione, quoniam pars rei animatæ non adfert vtilitatē. Resp. potest, Bartolum non loqui de datione, sed de facto. Nā circa stipulationes quæ cōsistunt in dando, non sunt constitutę dictæ regulæ, sed ad eas spectant quæ in faciendo consistunt.

Secundò obijcit, stipulationem rem restitui diuiduam esse & tamen non adferre pro parte vtilitatem. Responderi potest, imò stipulationem rem restitui, indiuiduam esse solutione. l. Si duo. ff. depo. nec continere nudum factum, & proinde huc non pertinere. Nec enim Bart. in his regulis tradendis rationem habuit indiuiduæ stipu-

A lationis quoad obligationem vel quoad solutionem, sed satis illi fuit regulas tradere quibus cognoscatur aliquam obligationem facti indiuiduam esse. Nec superfluitatis argui potest, quia nihil nocet rem pluribus explicare, & quæ superabundant non solent vitiare scripturas.

Non etiam satisfacit regula, quam ipse tradit author dicti tractatus, diuiduas esse obligationes, quando debitum præstari potest pro parte: indiuiduas autem quando non potest, sed totum pręstari debet. Nam fateor id verissimè dictum & hanc esse naturam diuiduæ obligationis vel indiuiduæ. Illud autem quæro, an sit aliqua regula quibus intelligi possit totum præstari oportere, partem præstari non oportere. Author ille nullam eiusmodi regulam docet, ergo non tam audactèr alios accusare debuit: omni enim culpa carere debet, qui in alterum dicere paratus est. Male etiam Cumanus, licet habeat Duarenum protectorem, lib. 6. disput. cap. 59. Facta esse indiuidua quæ sunt visibilia, siue vt Duarenus loquitur, cor-

B poralia; diuidua autem, quæ sunt inuisibilia seu incorporalia. *Nam fossam fodere rem tradere & similia quæ vel à demente, & eo qui intellectu & iudicio caret, non minus quam a sano homine expediri possunt. Cum enim in hac executione nihil possit animus, sed corpore omnino opus sit, quonammodo potest ea diuisio locum habere quę intellectu tantum fiat, non etiam corpore? hac & similia Duarenus.* Non placent: quia responderi potest in rebus corporalibus animum & intellectum facile diuisionē facere posse, etsi res corpore non diuidatur; & hoc sufficere, vt res dicatur esse diuidua. Sed de his apicibus iam satis philosophati sumus.

CAPVT LXI.

Testator reliquit mille in constructionem ecclesiæ, & reliquis quatuor hæredes, vtrum obligatio sit indiuidua, vt singuli teneantur insolidum?

C AFfirmant esse indiuiduam Angelus, Imola, & Castr. in l. In executione. ff. de verb. oblig. Alex. in l. 2. §. Et harum, nu. 5. eod. tit. & ibidem Alciatus, nu. 6. & lib. 2. Parergon cap. 22. Iason in l. Stipulationes, non diuiduntur, num. 27. eod. Fundamentum est in l. Fideicommissa. §. pen. de leg. 3. Vlpianus. *Si in opere ciuitatis faciendo aliquid relictum sit, vnumquemq; hæredum in solidum teneri D. Marcus, & Lucius verus Procula rescripserunt.* Huc accedit quod dicitur dationem ordinatam ad factū pro facto reputari, ut nos in l. Naturalis. §. Quod si faciam. ff. de præscript. verbis.

Sed quod attinet ad tex. in d §. pen. ille loquitur quando hæredibus à testatore iniunctum est opus, vt scilicet ipsi illud fieri curent, non autem quando certa pecunia relicta est pro opere faciendo. Id patet ex verbis sequentibus eiusdem textus quę sic se habent. *Tempus autem coheredi pręstiterunt intra quod mittat ad opus faciendum,*

D *post quod solum Proculam voluerunt facere imputaturam cohæredi sumptum pro parte eius.* His enim verbis intelligitur hæredibus iniunctum opus hoc fuisse, vt opus faciendum curarent, & solam Proculam voluerunt facere, imputaturam cohæredi sumptum. Quod verò dicitur dationem ad factum ordinatam, facto comparari, hunc sensum habet, vt si quis seruum dederit vt manumittatur, is manumisisse videatur, sic loquitur Glos. in d. §. Qđ si faciam. Ex quo potest inferri hæredes qui pecuniam dederint vt opus fieret, videri fecisse ipsum opus; non autem inferri potest id quod infertur, testatorem aliquid legantem pro opere faciendo, eodem iure habendum, ac si opus illud faciendum iniungeretur hæredibus. Ratio enī differentiæ est, quia cum opus fieri mandat, omnes hęredes in solidum obligat, cum verò certam pecuniam legat pro construendo opere, non obligat hæredes ad faciendum opus, vel ad curandum illud fieri, sed ad certam pecuniæ

cuniæ quantitatem persoluendam; quæ diuisionem re- A cipit ex persona cuiuslibet hæredis, pro portione hæreditaria.

Contrariam igitur sententiam in proposita quęstione secuti sunt Dynus, Iacob. Rauenn. Alber. & Bart. in d. §. pen. Alex. in d. l. stipulationes non diuiduntur, col. 6. Socin & Ias. in d. §. Et harum, & hæc est verior. Adferri solet tex. pro hac sententia, in l. Mortuo. §. vlt. de leg. 2. qui reuera ad rem non facit, vt præclarè ostendit Alciatus, lib. 2. parergon. cap. 22. Probatur igitur hæc verissima sententia, ex generali regula, quæ docet omnem obligationem esse diuiduam inter hæredes, si agatur de re, quæ diuisionem recipit, veluti est, pecuniam præstari. l. 2. §. & harum, de verb. obl. l. Pro hæreditarijs. C. de hæred. act. l. Hæredes. §. Idem iuris. ff. fam. hercis. At in proposita facti specie, testator pecuniam præstari mandat; ergo est diuidua obligatio ipsorum hæredum pro hæreditaria portione. Quod enim opus faciendum sit ex pecunia illa, non hoc pertinet ad onus hæredum, sed ad alios quorum interest, vel iure incumbit opus fieri: hoc tantum B hæredibus onus iniungitur, vt soluant pecuniam. Quare si eam pro portionibus hæreditarijs inferre parati sint, nihil proponi video cur ad aliud teneantur.

CAPVT LXII.

Conciliatur. l. Et ideo, de verb oblig. cum l. Martius. ff. locati, & l. Mora. §. pen ff. de vsuris cum l. Penultima. ff. de duobus reis.



IN hac materia diuiduæ, & indiuiduæ obligationis occurrit antinomia quædam inter l. Et ideo, de verb. oblig. & l. Martius. ff. locati. Fateor antiquos Glossatores ac interpretes non tam acutè vidisse, sicut recentiores quidam viderunt. Nam in d. l. Martius de conductore C agi operis faciendi, patet ex verbis textus: ideo nihil mirum si periculum ex terræmotu, non vitio operis proueniens, ad eum non spectat. Quid enim aliud ei iniũctum est ex contractu locationis, quàm vt opus faciat; si fecerit illud, & sine culpa sua perierit, periculum est domini, nõ autem conductoris; quia res perit Domino non alteri l. Si creditor. C. de pign. act. & quæ fortuitis casibus eueniunt, in nullo bonæ fidei iudicio præstantur. l. Quæ fortuitis. C. eod. tit. l. Contractus, de reg. iur. At in l. Et ideo. non agitur de conductore operis, sed de eo qui erat obligatus ad id faciendum, vel ex promissione, vel tanquam hæres alterius: si partem operis fecit, vel fieri curauerit, quæ incendio consumpta sit, periculum ad eum spectat; quia suæ obligationi non satisfecit, donec opus absolutũ præstiterit. Rectè etiam idem monet. l. Mora. §. pen. ita conciliari posse cum l. pen. ff. de duob. reis: factum vnius rei debendi, alteri nocet correo; vt in d. l. pen. quantum D ad principalem obligationem; ideo si alter correus seruum debitum occidat, vel aliquid delinquat circa rẽ, quæ præstari debet, non ideirco alter correus liberatur. Mora autem vnius correi alteri non nocet, quantum ad hoc, vt obligatio principalis augeatur, ita vt & vsuras præstare teneatur, sicut in bonæ fidei iudicijs præstantur ex mora; vt in d. l. Mora: quæ lex de his vsuris cùm loquatur in principio, videtur etiam de eisdẽ loqui, & ad eas respicere inferius, dum agit de mora vnius rei, & ait alteri reo non nocere. Cæteræ expositiones veterum, non sunt ita perspicuę; diuinant, & ad scopum non collimant.

CAPVT LXIII.

Explicatur materia diuidui, & indiuidui, propositis conclusionibus breuiori & faciliori via.



SEd operepręcium duxi, istam materiã in aliquot veluti theses conijcere; quò facilius percipi possit, cùm difficillima sit. Sępe igitur repetita non displicebunt.

1 Ad cognoscendum quæ sit diuidua, vel indiuidua stipulatio, nullum Doctorem Paulo I. C. meliorem habemus: is enim. l. 2. §. 1. ff. de verb. obl. *Stipulationum*, inquit, *quædam in dãdo, quædam in faciendo consistunt; & harum omnium, quædam partium præstationem recipiunt, veluti cum decem dari stipulamur; quædam non recipiunt; vt in his quæ natura non admittunt diuisionem; veluti cum viam, iter, actum stipulamur*. Diuidua igitur B est obligatio, quæ diuisionem recipit: indiuidua, quę non recipit. Exempla adfert Paulus quæ vides.

2 Cui & Vlpianus consonat, in l. 72. eod tit. cum ait; *Stipulationes non diuiduntur, earum rerum quæ diuisionẽ non recipiunt, veluti via, itineris, actus, aquæductus, cæterarumq; seruitutum*.

3 *Sed quædam*, inquit Paulus, in d. l. 2. §. 1. *partis quidẽ præstationem natura sui recipiunt, sed nisi tota dentur, stipulationi satis non fit; veluti cum hominem generaliter stipulor, aut lancem, aut quodlibet aliud vas*.

4 Nec enim vt nostri monẽt interpretes, ea esse potest mens stipulantis, vt partẽ vasis, hominisue consequatur.

5 Et hoc est quod Vlpianus ait in d. l. 72. *Harum enim rerum diuisio, corrumpit stipulationem*.

6 Et loquit' ibi, exẽplumq; proponit, cũ quis *faciendum aliquid stipulatus est, vt puta fundũ tradi, vel fossam fodi, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid ijs simile*.

7 Vis rationem cognoscere huius rei? eã pete ex Caio, C in l. 79. §. Quædam. ff. ad l. Falcid. *Sed si opus*, inquit, *municipibus hæres facere iussus est, indiuiduum videtur legatum. Neque enim vllum balneum, aut theatrum, aut stadium fecisse intelligitur, qui ei propriam formam, quę ex consummatione contingit, non dederit*.

8 His cõgruit Vlpiani respõsum, in l. 11. §. pen. de leg. 3. *Si in opere ciuitatis faciendo aliquid relictum sit, vnumquemque hęredum insolidum teneri*, & paulò infra, *Ergo & in statua, & in seruitute, & in cæteris, quæ diuisionem non admittunt idem est dicendum*.

9 Non idem est dicendum si pecuniæ certa quantitas legata sit in opus aliquod faciendum; tunc enim inter hæredes obligatio diuiditur: vt rectè docuerunt Dyn. Iacob. Rauenn. Albericus, & Bart. in d. l. 11. §. pen. de leg. 3. & multi alij.

10 Non quidem ex responso Iureconsulti, in l. Mortuo. §. vlt de leg. 2. illud enim aliam habet interpretationem, quam Alciatus adfert, lib. 2. parergon. cap. 22.

D 11 Sed ob regulam generalem, quæ ex lege 12. tabularum descendit, & obligationem inter hæredes diuidit, si modo res diuisionem patiatur. l. 2. C. de hæred. act. pecuniæ verò quantitas diuisionem recipit.

12 Qui verò contrarium docuere, Angelus, Imola & Castr. in l. In executione, de verb. obl & alij, forsitan hallucinati sunt eam ob causam, quod l. 11. §. pen. de leg. 3. de istiusmodi facti specie loqueretur: Ait enim initio: *Si in opere ciuitatis faciẽdo aliquid relictum sit*: Sed vlteriora verba spectare oportuit, quibus apparet non certam pecuniam ad faciendum opus relictam fuisse, sed hæredibus iniunctum opus, ibi. *Tempus autem cohæredi præstituerunt intra quod mittat ad opus faciendum, post quod solam Proculam voluerunt facere*, &c.

13 Sed quid est, quod ait Pomponius, in l. 5. §. vlt de ver. oblig. *Si sortem promiseris, & si ea soluta non esset, pœnam; etiamsi vnus ex hęredibus tuis portionem suam ex parte soluerit, nihilominus pœna committetur, donec portio cohæ-*

redis soluatur? Hic agitur de pecunia quæ diuisionem recipit; cur ergo indiuiduæ obligationis naturā inuatur? A
14 An quia, vt dicebat Bar. in l. 4 §. Cato de verb. oblig. obligatio hæc in dando consistat? Et ideo si hęres nō soluat portionē cohęredis, sit in culpa: quia id potest facere, & postea repetere iudicio fam. hercisc. iux. l. 2. §. Ex his l. in executione. §. Quod si stipulatus, de verb. oblig. Secus vbi stipulatio consistit in faciendo; quia non est in potestate cohæredis efficere, vt cohæres faciat, vel nō faciat; ideo pœna committitur pro parte contrafacientis tantū, vt in d. l. 4. § Cato de verb. oblig.
15 Minimè gentium: nam sequeretur pœnam cessare si hæres id præstare non possit; quod repugnat. l. In executione. §. pen. de verb. oblig.
16 Nec enim placet quod Bart docet, quempiam rei alienæ dominium transferre posse pro solutione debiti sine consensu domini; id enim pugnat cum l. Id quod nostrā de reg. iur. cum l. 1. C. de comm. rerum aliena.
17 Nec si id faciat pro solutione æris alieni. l. 4 C. de rebus alien. non alienand. B
18 Non iuuat Bart. l. si procuratorem. §. si ignorantes. ff. mand quia nō dicit text. id fideiussori licuisse, sed narrat factū, & ideo intelligendus est in casibus iure permissis, vt puta si fideiussor potestatem habeat id faciendi ex consensu debitoris, qui rei est dominus.
19 Nil facit Auth. si captiui. C. de epis. & cleri. quia ius est singulare fauore captiuorum, quò faciliùs redimantur.
20 Nil suffragantur alia iuris loca. Auth. qua in prouincia. C. vbi de crim. ag. opor. Glos in l. venditor. de iudicijs l. Si cum vno. si ex noxa. cau agatur: quia non huc pertinet, vt legenti statim apparebit.
21 At dices, vtiliter gerenti negociū, cōsensum esse pręstandū. l. Pōponius. ff. de neg. gest. est autē vtile ad euitandam pœnā, vt hæres cohæredis sui rē stipulatori tradat.
22 Sed quid si magis vtile foret pœnam soluere?
23 Pręterea negocia aliena gerētis potestas nō vsque eò porrigit, vt alienare bona possit, pręsertim fundum, & alia immobilia: id tibi probat. l. 4. C. de reb. alien. nō alienan. C
24 An dicemus. l. In executione §. pen. de ver obl. nō loq de hæredibus, sed de principali promissore, qui fundum promisit sub pœna? Sic n dicebat Soc. Iun. in d. §. Cato.
25 Non acquiescit animus huic Socini Iunio. responsioni, quia tex. in §. pen. indefinitè loquitur, vt totus fundus det, nullo discrimine cōstituto inter pmissorē & hędes.
26 Ergo auscultemus Cuiaciū, perpendentem, in § Cato iniuriā stipulatoris, cuius meminit I. C. in d. l. 5. §. si fortè: dum ait, aliud nō posse fieri sine iniuria stipulatoris: nam cū solutio particularis, non modica habeat incommoda. l. 3. ff. fam. hercis. hinc oritur iniuria stipulatoris; quia ex solutione partis, incommodum sentit; ideoq; pęnā rectè petit; quia stipulationi satisfactum non videtur: hęc ratio iniuriæ stipulatoris locum non habet, in §. Cato; quia stipulatori nihil est præstandum, ibi, *sed amplius non agi ei permissum est; quare si pro parte agatur, ab vno ex heredibus, pœna tantum pro parte committitur; nec enim amplius stipulatoris interest.* D
27 Redeo ad Paulū, in d. l. 2. §. 1. de verb. oblig. is rectè quidem docet, diuiduam esse stipulationem præstationis pecuniæ; sed non rectè docent qui ex hoc putant inuito creditori solui posse partem debitæ pecuniæ.
28 In hūc scopulum incautè impegere Alciatus, & Corasius, in d. §. 1. quibus nec suffragatur tex. ibi, & maximè repugnat. l. tutor. §. Lucius. ff. de vsuris.
29 Si enim partis solutio rectè fieret inuito creditore, cur totius summæ vsuræ deberentur, deposita parte pecuniæ? Cur I. C. Ibi exigeret pactum expressum, quo particularis solutio fulciretur?
30 Nihil moror responsiones quæ adseruntur, vsuram esse similē pœnæ, ac proinde solutionē partis impedire; sicut & pœnæ stipulatio impedit; iux. l. 5. §. si sortem, de verb. obl. nam in § si sortem est ratio, quam iam ex Cuiacio satis indicaui. Nihil moror argumenta reliqua; ea

A enim confutaui lib. 12. controuers. cap. 6.
31 Cōcludo vna cum Paulo, diuiduas esse stipulationes earum rerum quę diuisionem recipiunt: Indiuiduas autem, quę non recipiunt. Hoc enim sufficit ad sciendum, quid sit diuidua, & indiuidua stipulatio.
32 Non quæras meliorem magistrū Vlpiano, in l. 85. de verb. oblig. *In executione obligationis quatuor esse causas: Nam interdum est aliquid, quod a singulis heredibus diuisim consequi possumus: aliud quod totum peti necesse est, nec diuisim præstari potest: aliud quod pro parte petitur, sed solui nisi totum non potest: aliud quod solidum petendū est, licet in solutione admittat sectionem.*
33 *Prima species pertinet ad promissorem pecunię. Secūda ad opus quod testator fieri iusserit. Pro parte autem peti, solui autem nisi totum non potest; veluti cum stipulatus sum hominem incertum. Insolidum verò agi oportet, & partis solutio affert liberationem, cum ex causa euictionis intendimus.* Sic Vlpianus vbi supra.
B 34 Pauló rudiùs, & crassiori filo Bart. in l. 4. §. Cato. Indiuiduum aliud esse contractu, obligatione, & solutione, veluti iter fieri: Aliud obligatione, & solutione: aliud solutione tantum.
35 Non malè etiam idem Bart. in l. stipulationes nō diuiduntur, nu. 18. res dici diuiduas vel sm naturā, vel sm iuris dispositionem. l. Non amplius. §. vlt. de leg. 1.
36 Itē diuiduū recipere partes multiplicatiuas, puta dimidiā, tertiam, quartā: quandoq; partes iuridicas, vt est vsusfructus, & proprietas rei: qnq; discretas partes, veluti sunt res mobiles, quæ in partes diuiduntur separatas.
37 Alij alia indiuiduorum genera comminiscuntur, sed quid opus est aurum cùm inueneris, illud cum ære permutare? Ex fontibus legum, & receptis Doctorum traditionibus hæc inspice signa ad intelligendum, quę sit diuidua vel indiuidua obligatio.
38 Aut in obligatione est rē dari, q̄ cōsistit in quātitate, vel in ijs rebus quę pōdere, numero, & mēsura cōsistūt,
C veluti pecunia, frumentū, oleū, & statuas esse diuiduam obligationem. l. 2. §. 1. l. In executione. §. 1. de verb. oblig.
39 Aut est certa species, puta, lances; & est diuidua petitione, & obligatione. l. si stipulatus §. 1. ff. de solution.
40 Aut in obligatione continetur species in genere, puta homo; vel alternatiuè, puta, homo vel leo; & tunc est diuidua obligatione, & petitione; solutione autem indiuidua, l. In executione. § Pro parte, de verb. oblig.
41 Aut seruitus deducitur in stipulationem, & dicas esse indiuiduam. l. 2. §. 1. l. stipulationes non diuiduntur, de verb. oblig.
42 Excipe vsumfructum, quia diuiduus est. l. 5. de vsufr.
43 Non idem est in vsu; est enim indiuiduus. l. Vsus pars, de vsu, & habi.
44 Vis causam scire? Vsusfructus est pars dominij. l. 4. de vsufructu: dominium est diuiduum; refertur enim ad fundum, & ad fructus fundi, qui sunt diuidui; ideo &
D ipse diuiduus est.
45 Vsus autem refertur ad personæ indigentiam, & necessitatem, quę res diuisionem non accipit; quis enim diuidet personæ cuiusdam indigentiam?
46 Aut conditio adijcitur obligationi, & facit eam indiuiduam l. Cui fundus, de cond. & dem.
47 Quandoq; etiam pœna adiecta facit, vt obligatio indiuidua sit, vt in l. 5 §. vlt. de verb. oblig. propter iniuriā stipulationis, vt dixi.
48 Quandoq; res natura sua diuisionem recipit, sed nisi totum detur, stipulatori non satisfit; vt in l. 2. §. 1. de ver. oblig. vbi exempla adseruntur.
49 Aut in obligatione sunt facta, veluti rē tradi, fossam fodi, insulā fabricari, & hęc indiuidua esse dubium non est. l. stipulationes non diuiduntur, de verb oblig.
50 Regulæ verò cognoscēdi facta indiuidua tres à Bart. constituuntur, in d. l. stipulationes nō diuiduntur. Prima si tale factū sit, quod pro parte non adferat tantam vtilitatem respectu partis, quantam totum, respectu totius.

51 Exem-

51 Exempla habes in l. In executione. §. 2. de verb. oblig. & in d. l. Stipulationes non diuiduntur, & in l. Si is qui. §. Quædam. ff. ad l. Falcid.

52 Altera est regula. Factum indiuiduum est, quando si pro parte fieret, & pro parte id quod interest præstaret, contingeret in diuersis rebus fieri solutionem. l. In executione. §. Pro parte. eod. id autem indiuiduum est, respectu solutionis, non autem obligationis, vel petitionis, vt ibi dicitur.

53 Factum dicitur diuiduũ, in quo duo copulatiuè concurrunt. Primum quod pro parte impletum adfert tantã vtilitatem respectu partis, quantã totum respectu totius: Secundum quod si pro parte adimpleatur, & pro parte interesse præstetur, adhuc contingit solutionem fieri in eadem, non autem in diuersis rebus: vt si quis teneatur restituere sacculum pecuniæ: si enim pro parte prestetur id quod promissum est, fiet solutio in pecunia. Si nõ prestetur tenditur promissor ad interesse, & illud in pecunia consistet: idem puto in promissore amplius non agi, & rem ratam haberi iux. l. 4. §. Cato. eodem.

54 Non placet Cumani doctrina licet ei Duarenus adstipuletur, lib. 1. disput. cap. 59. facta esse indiuidua, quæ sunt visibilia siue corporalia; diuidua autem quæ sunt inuisibilia, siue incorporalia.

55 Cur enim animus ac intellectus facta corporalia & visibilia diuidere non possit?

56 Primùm omnium satis constat, hoc operari indiuiduam obligationẽ, vt nec principalis promissor, nec hæredes satisfacere possint, nisi totum præstiterint. l. 2. §. Ex his de verb. oblig.

57 Secundò: si indiuidua sit stipulatio, vno ex hæredibus contraueniente, pena quoad omnes cõmittitur, quia omnes fecisse videntur id, quod nisi in solidum committi potest. l. 4. §. Cato de verb. oblig.

58 Tertiò: si res sit diuidua, vno ex hæredibus promissoris contrauenienti, pena committitur pro parte illius tantùm d. l. 4. §. Cato.

59 Respectu tamen ipsius principalis promissoris, etiãsi diuidua sit stipulatio, veluti rem ratam haberi, pœna in totum committitur, si pro parte ratum non habeat. d. l. 4. §. Cato in fine.

60 Hæc enim stipulatio rem ratam haberi, non diuiditur, nisi in personis hẽdum l. 2. § Incertam. ff. de pręt. stip.

61 Quartò: si obligatio sit indiuidua solutione tantum, & vnus hæredum totius rei restituendæ facultatem habeat, officio Iudicis compellitur ad totam restituendam, l. 3. §. Hæres. ff. commod.

62 Quintò: etiam hoc operatur indiuidua obligatio solutione, vt non contingat heredibus liberatio, nisi integræ rei præstatione. l. Si duo. ff. depos.

63 Ex facto tñ proprio, siue ex proprio delicto hẽs quilibet obligat insolidum, ipse solus licet ex parte hẽs sit. l. In deposit. ff. depo. l. In cõmodato. §. Si ex facto. ff. cõmod.

64 Et notandum est; si duo sint obligati ad rẽ restituendam, insolidum teneri ad pręstãdum dolum, et culpam. l. Si vt certo. §. Si duobus. ff. commod.

65 Hoc caput concludo cum Iuliani responso in l. 54. de verb. obl. *In stipulationibus aliàs species, alias genera deducũtur. Cum species stipulamur, necesse est inter dominos, & inter heredes ita diuidi stipulationem, vt partes corporũ cuiq; debeantur. Quoties aũt genera stipulamur, numero fit inter eos diuisio; veluti cũ Stichum & Pamphilum quis stipulatus, duos heredes æquis partibus reliquit, necesse est vtrique partem dimidiam Stichi & Pamphili deberi. Si autẽ idem duos homines stipulatus fuisset, singuli homines singulis heredibus eius deberentur.*

66 Prima quæstio est, an stipulatio rem tradi, sit indiuidua solutione & obligatione; dubitationem facit. l Stipulationes non diuiduntur. de verb. obl. illis verb. *Idem puto, etsi quis faciendum aliquid stipulatus sit, vtputa fundum tradi.* Comparatio. n. fit cum seruitutum stiplone, q̃ constat et obligatione, & solutione indiuiduam esse.

A 67 Sed cur absolutam in omnibus, & per omnia similitudinem exigimus? Ergo stipulatio rem tradi indiuidua erit, etiam contractu, sicut et seruitutum stipulatio; quod nemo dixerit, quia potest quis stipulari partem fundi tradi.

68 Expende verba sequentia. *Harum enim rerum diuisio corrumpit stipulationem.* Nam si totum non tradatur, si totum opus non perficiatur, stipulatio effectum non habet, non consummatur, non perficitur; quod ipsum ad solutionem pertinet, non ad obligationem.

69 Ergo stipulatio rem tradi, indiuidua est solutione, sicut seruitutes; non etiam obligatione: etenim fac plures hæredes esse eius, qui tradere promiserat, cur omnes dicimus obligatos insolidum esse ad tradendum, & non potius pro hæreditarijs portionibus? l. 2. C. de hęred. act.

70 Quid? quod insolidum teneri hæredes in his rebus, quæ natura diuisionem respiciunt, nihil aliud est, q̃ oẽs teneri pro portione hẽditaria. l. Adea in fine de reg. iur.

B 71 Nunquid lex obligat ad impossibile? Certè nõ, l. Impossibilium de reg. iur. cur igitur hæredes singuli totam rem tradere teneantur; si eam non habeant nisi pro portione hæreditaria?

72 Si opus aliquod hæredibus iniunctum foret, obligatio esset indiuidua; quia hæres quilibet, vel facere totum opus, vel vt fiat curare põt sumptibus suis, eosq; à cohæredibus repetere; vt in l. Fideicommissa. §. Si de opere. de leg. 3. Sed hic agit de tradendo fundo, qui nõ est in potestate singulorum hęredum sed pro portione hęreditaria?

73 Secunda quęstio est, de obligatione rem restitui, quo pacto sit indiuidua: & receptum est, indiuiduam esse solutione tantum: quę sententia probatur in l. 3. §. Hæres. ff. commod. iuncta. l. Si duo. ff. depo. Hic enim dicitur, liberationem non contingere, nisi restitutione integræ rei: ibi autem responsum est, hæredem teneri ad rem restituendam pro ea parte pro qua hęres est.

74 Sed quid est, quod ait Vlpianus in l. 1. §. *Si apud duos.*
C ff. depo. *Si apud duos sit deposita res, aduersus vnũquemq; eorum agi poterit, nec liberabitur alter, si cum altero agatur.* Existimo hoc Vlpianum velle, quod & in l. Si vt certè. §. Si duobus. ff. commod. *& dolum & culpam, & diligentiam à singulis præstandam esse in totũ; quare duo quodammodo rei habebuntur* Ad dolum igitur & culpam referenda hæc esse existimo, quam singuli depositarij pręstare debeant; non autem ad primariam obligationem rei restituendæ: hoc enim inter hæredes diuiditur. l. 3. §. Hæres. ff. commod. & verba sequẽtia Vlpiani in d. §. Si apud duos. nostram confirmant expositionem; ait enim. *Proinde si ambo dolo fecerint, &c.* & rursus. *Idemq; etsi alter dolo non fecerit & idcirco sit absolutus, nam ad alterum peruenietur.*

75 Excipe casum hunc cum vnus hæres totius restituendę facultatem habet, nam condemnandus est ad totam rem restituendam, quasi id boni iudicis officio cõueniat vt inquit I. C. in d. l. 3. §. Hæres. ff. commod.

D 76 Sed actio cõmodati est bonę fidei, meritò si vnus totius rei restituendę facultatẽ habeat, cõdemnat'. Nunqd sit idẽ in iudicijs siue contractibus quæ dñr stricti iuris? Bart. Affirmat idẽ esse dicendum, si cũ actione personali concurrat rei vendicatio §. Si plures. ff. de vi & vi arm.

77 Verùm toto errat cęlo. Nec enim ibi concurrit actio realis cum personali, nisi spoliatus sit dominus: frustraq; adducitur. l. Si quis emptionis C. de præscript. longiss. tẽporis; quia postea condita est, & multa alia requirit quæ non concurrunt in d. l. Si plures.

78 Ergo quod ait Paulus in d. l. Si plures. *Interdum, insolidum teneri eum hęredem ad quem tota res peruenerit, quamuis ex parte hęres sit*, Fundm̃ habet in regula iuris ex delicto defuncti hæredes obligari, inquantum ad eos peruenit. l. Vnica, C ex delict. defunctor. l. 2. C. vnde vi.

79 Quid ergo ad propositam quęstionẽ de contractibus stricti iuris respondebimus? Vrget ratio, quod omnis obligatio inter hęredes sit diuidua, l. 2. C. de hęred act.

l.2.C.si ex plu hæredib.nisi contrarium sit constitutum. Non est autem contrarium constitutum in contractibus stricti iuris ? Ergo.

80 Nec enim argumétari licet à contractibus bonę fidei ad stricti iuris, quia diuersam habent naturam.l.Mora §. In bonę fidei.ff de vsuris.l.cum fundus ff.si cert.pet.

81 Sed cum æquitate suadente sic decisum sit in cótractu commoditati, vt hęres qui totius rei restituendæ facultatem habet insolidum condemnetur, quasi id boni iudicis officio conueniat vt inquit I C.in d.l.3.§.Hęres. ff.commod. cur nos id non porrigimus etiam ad cótractus stricti iuris eandem æquitatis rationem secuti ?

82 Placuit.n. in omnib. iudicijs, æquitatis magis, quàm stricti iuris rationem habendam.l.Placuit.C.de iud.l.In omnib.quidem,de reg.iur.l.si me & Titium ff si cer.pet. l.si seruum.§.sequitur, de verb.oblig.quę duæ leges vltimæ de contractibus stricti iuris loquuntur.

83 Differentiæ verò inter contractus bonæ fidei,& stricti iuris aliò spectant, s.ad fructus, & accessiones quæ in bonæ fidei contractibus veniunt ex natura contractus.l. quia tantundem.iuncto §.vlt. legis præced. ff.de reg.gegis. Vide Menoch. de arbitr.iud.q.3. Albertũ Bolognet. de lege iure,& ęquitate cap.33.

84 Tertia quæstio est an in contractibus bonę fidei vno ex hæredibus contra promissionem defuncti faciēte, teneatur ipse solus insolidum ad pœnam.Non puto,sed pęnam cómitti existimo aduersus omnes hęredes pro portione hæreditaria.l 4.§ Cato,de verb.obl.

85 Licet enim de stipulatione loquatur ibi I.C.quæ stricti iuris est,tamen stipulatio plerumq; interponi solet ex aliqua causa ; vnde dicitur pendere ex negocio cõtracto, in l.5.§ Conuentionales eod tit.

86 Ergo potest interponi tam super cõtractu bonę fidei quàm stricti iuris,cùm non distinguat I.C.inter contractus bonæ fidei,& stricti iuris,rectè inferri potest pœnã cómitti aduersus omnes hęredes vno contrafaciente, siue agatur de contractibus stricti iuris, siue bonę fidei.

87 Obijcitur.l.In depositi.ff.depo.quę nihil obstat; loquitur enim de hęrede,qui delinquit,& sic in proprio delicto obligatur. Audi verba eius. *In depositi actione si ex facto defuncti agam aduersus vnum ex pluribus hæredibus, pro parte hæreditaria agere debeo.* Vides hic primariam obligationem ex facto siue promissione defuncti in hæredes descēdere pro portione hęreditaria: sed pergit tex. de secundaria obligatione oriente ex facto proprio hęredũ. *Si verò ex suo delicto, pro parte non agam: meritò, quia æstimatio refertur ad dolũ quē insolidũ ipse hæres admisit.*

88 Quarta quęstio: quid si vnus ex hęredib. emphyteutę non soluerit canonem pro sua parte, an incidant omnes hęredes in pœnam caducitatis ? Placet eum solum incidere,qui non soluit:ne factum,& culpa vnius alteri noceat.l De pupillo.§.si plurium. ff.de ope.nou.nunc.l.vlt. ff. ad Syllan. Facit ad rem l. Fraudati. ff.de publicanis l. Supra iter.§.apud ferocem de aq.plu.arcen.

89 Confirmatur hęc snia quia canonis solutio diuisioně recipit:in his autem quæ diuisionem recipiunt, pęna cõmittitur aduersus eum solum hæredem, qui contra promissionem facit.l.4. §.Cato.

90 Alij in contrariam sententiam abiere: alij distinguere solent aliter atque aliter, sed nullum video fundamentum prętersquam,in l.5 §.si fortem, de ver.oblig. vbi vno hęrede cessante, committitur pœna contra omnes hęredes,sed suam habet singularé rationem illud responsum sicut supra annotauimus concl.26.

91 Addo nunc Cumanum lib.6. cap.2. in fine circa d.§. si fortem. *In his stipulationibus pœnalibus* inquit, *aliter si cõstituatur, iniuria fit stipulatori qui vel ob eam causam maximè sibi cauit promissione pęna, vt non necesse habeat à singulis hæredibus quod sibi debetur per partes petere, & persequi, sed vt ab his, sicut à debitore totum suum debitum consequeretur.*

92 Non sic durè agitur cum emphyteuta, qui non soluendo per trienniũ cadit à iure suo.l.2.C.de iure emphy. vel si res ecclesiastica sit, per biēniũ c. potuit de locato: idq; procedit ex dispositione legis, nõ ex pęnali stipulatione. Mitior est igitur lex quã homo. l. Celsus.ff.de arbitr.

93 Quinta quæstio: vtrũ in contractib.stricti iuris si plures sint promissores, & agatur de re indiuidua omnibus contrafacientibus, pęna contra oēs insolidũ cõmittatur. quidni? Nam in contractibus bonæ fidei oēs insolidum teneri receptũ est ex l.1.§.si apud duos, & l.si duo.ff.depo.l.si vt certo.§.si duob ff.commod.non est ratio differentiæ inter hos, & contractus stricti iuris.

94 Adde cum stipulatio indiuidua est,omnes teneri ad rem principalem, insolidum l.2.§. Ex his,de verb.oblig. Ergo,& ad pœnam insolidum omnes tenentur,quia pęnalis stipulatio est accessoria principalis stipulationis, & eius naturam sequitur vt docet Bart. in l.vlt.in 2.quæst. ff.de duob.reis.

95 Sexta quęstio: si pœna rei indiuiduę adijciatur facto indiuiduo,vel diuiduo vno ex hęredibus contrauenien te,quomodo committatur? Respondetur,pœnam indiuiduam adiectam rei indiuiduæ aduersus omnes hæredes insolidum committi vno contrafaciente. Bart.in §.Cato, in 1.quæst.Rip.Ias.Alciatus,& alij.

96 Ea enim quæ in partes diuidi non possunt, solida à singulis hęredibus debētur,lege. Ea quæ,de reg.iur.Huc spectat.l.2.§.Ex his,de verb.obl.& l.Hæredes §.In illa.ff. fam.hercisc.

97 Si verò pœna facti indiuidui adijciatur promissioni rei diuiduæ. Responderunt Ang. Imola, Paulus Castr.& Ias.in §.Cato.pœnam committi aduersus eum hæredem solum, qui contrauenit, argum.l.In commodato.§. Si ex facto. ff. commod. & l.In depositi. ff.depo.& quia pœna ipsa diuisionem non recipit.

98 Malè isti: quia leges adductæ, non loquuntur de cõtractu defuncti,hoc est de obligatione primaria defuncti quæ in hæredes transit,sed de secũdaria, quæ ex proprio delicto,seu facto hęredum proficiscitur.

99 Magis placet communis sententia,quæ sic statuit stipulatorem agere posse insolidum aduersus hęredem qui contrafecit, sed offerre oportere cæteris cohæredib.æstimationě partis cuiusque; ita dicebat Petr. vt refert Bart. in d.§.Cato.q.1.Aret. Alex.Soc.Iun.num.130. Probatur ex d.§.Cato ibi. At si de eo cautũ sit quod diuisioně recipiat veluti amplius non agi, tunc eũ hęredě qui aduersus ea fecerit pro portione sua solum pœnam committere.

100 At dices, pœna indiuidua esse supponitur, ergo nõ potest pro parte tantum committi. Respondeo quoties vnus ex pluribus hæredibus solus tenetur aliquid præstare quod sit indiuiduum, agētem offerre oportet æstimationem pro parte aliorum hæredum,ni fecerit exceptione repellitur. l.Cum filius,de leg.2.l.si is qui quadringenta.§.quædam.ff.ad l.Falcid.

101 Septima quæstio: vtrum stipulatio de defendendo sit diuidua vel indiuidua? Existimo indiuiduam esse Authoritate.l 4.§.vlt. de verborum obligatione ibi. *Ipsi autem promissori pro parte neque restitutio neque defensio contingere potest*, & l.In executione. § Insolidum eod.tit. & l.Cum ex causa.eod. & l.Si cum vno. ff.si ex nox.cau. aga.ibi *nec auditur si pro parte paratus sit defendere*, & l.loci corpus.§.Si fundus.ff.si serui vend.ibi. *Quisquis defendit solidum, debet restituere, quia diuisionem hæc res non recipit*, & l.Hæres.§.si vnus.ff fam.hercisc.& lege, si rem.62.§.si ei.ff.de euict.& lege. Ex clausula ff.iud.solut, ibi.Non enim videbitur defensa res boni viri arbitratu, quæ non insolidum defensa sit, & l. Iam tamen. §.si tamen.ff.eodem.

102 Et hæc est communis sententia teste Alciato, in §. Cato, numero 132. sed contrarium docuerunt ibi Cumanus Ruinus, numero 68. Socinus Iunior, numero 132. Hormanotus Detus, numero 436. Butigella, num. 158. Cronis, num. 112. tumitum hanc obligationem diuiduam esse.

103 Pri-

103 Primum, quia agere, & defendere sunt correlatiua, sed stipulatio amplius non agi, diuidua est. l. 4. §. Cato. Ergo & stipulatio de defendendo est diuidua, quia correlatiuorum eadem est natura. l. vlt. C. de indi. vidui rollen. l. 1. C. de cupressis lib. 11.

104 Respondeo si pro parte agatur, pro parte quoq; defensionem dari, & tunc eandem esse naturam actionis, & defensionis. Sed re in abstracto considerata non rectè infertur. Vnus ea hæredibus potest agere pro parte, ergo & qui defendere tenetur potest pro parte defendere. Nã licet actio inter heredes diuidatur, defensio tamẽ indiuidua esse dr, quia is qui plenè non defendit non videtur defendere. l. si defensor, de interrog. actio.

105 Secũdò, quia potest quis pro parte defendere. l. 1. C. de consortib. eiusdem litis.

105 Non valet argum. quia sermo hic fit de stipulatione de defendendo quę indiuidua est; ibi agitur de pluribus consortibus eiusdem litis quorum vnus sine altero agere ac se defendere potest, quia nulla præcessit defendendi obligatio; ibi quilibet suæ defensioni potest renunciare, iux. l. pen. C. de pactis, hic non potest inuito stipulatore suscipere pro parte tantum defensionem, quia nisi integra, & plena defensio sit, stipulatori non satisfit.

107 Tertium argum. est ex l. si cõmunes, in fi ff. de neg. gest. ibi. *Quia potius partem meã ita defendere, vt socij partem defendere non cogerer.*

108 Nil mirum, quia ibi nulla de defendendo est obligatio, & nulla præcessit stipulatio.

109 Quartum est ex. l. 7. §. Incertam. ff. de præto. stip. vbi stipulatio iudicatum solui quę clausulam defensionis cõtinet, diuiditur ex personis hæredum.

110 Responderi potest Paulum ibi accipiẽdum de stipulatione iud. solui per se considerata, non autem quatenus continet etiam clausulam defensionis.

111 Quintum est ea l. vlt. ff. iudicatũ solui. Sed nihil ad rem facit: non enim dicit illa lex, posse vnum ex hæredibus defendere pro parte de pluribus hæredibus loquitur quorum alter defendit, alter non defendit.

112 Sextum est ex l. Pœnales. §. Iulianus. ff. ad l. Falcid. illis verbis. *Nam constare ex iudicatum solui stipulatione siue à parte actoris siue à parte rei plures extitissent, non omnibus nec aduersus omnes, actiones cõtingere, sed dumtaxat ijs qui vicissent, & aduersus victos ijsq; aduersus quos res defensa non esset, aduersus eos qui rem non defendissent.*

113 His etiam verbis I. C. Indicare videtur obligationem defendendi inter hæredes eius qui defendere obligatus est, scindi: quia committitur tantum contra eos qui non defenderunt: si enim esset indiuidua, vno cõtraueniẽte, contra omnes committeretur l. 4. §. Cato.

114 Respondeo non hanc esse causam, quia res pro parte defendi possit, sed quia si plures sint fideiussores iudicatum solui, & vnus non defendat committitur stipulatio pro parte eius ad interesse siue ad æstimationem rei in iudicium deductæ. l. si ex duobus. l. ex iudicatum. ff. iud. solui æstimatio autem rei, diuidua est; vt patet: esset enim iniquum, alterũ, qui defendit, hac stipulatione teneri: quia aut is vicit, aut victus est: si vicit, iã ridiculũ est eũ teneri: si vict⁹ est, tenet' ex capite rei iudicatæ: quare opus nõ est vt teneat' ea capite defensionis non factæ.

115 Septimum argumentum est quia si obligatio defendendi esset indiuidua, quilibet hæres venditoris insolidũ conueniri posset ad rem defendendam, quod pugnat cũ l. In executione. §. Insolidum, de verb. oblig. vbi dicitur omnes hęredes debere subsistere.

116 Respondeo tex. dicit omnes hæredes insolidum esse denunciandos, hoc est quemlibet insolidum, vt ibi.

117 Postremum argumentum sumi potest ea l. Cum à matre. C. de rei vend. Nam si obligatio defendendi indiuidua esset, filius hæres matris ibi teneretur insolidum defendere emptorem, & consequenter vendicare non posset rem venditam, etiam pro ea parte pro qua hæres non esset, cuius contrarium ibi dicitur.

118 Respondeo obligationem istam esse quidem indiuiduam verumtamen hæredes teneri de euictione pro hæreditarijs portionibus. lege. Cum ex causa. lege. In executione §. solidum, de verborum obligatione, quæ res facit, vt in dicta lege. Cum à matre filius repellatur tantum pro ea portione pro qua hæres matris est, non enim pro ea portione rem vendicare potest, quia de euictione tenetur. l. vendicantem, de euictione.

119 Septima quęstio an in stipulationibus pretorijs vno ex hæredibus promissoris contrauenientе aduersus omnes pœna committatur? Respond. non committi, sed aduersus eum solum hæredem, qui contrauenit, ita Bartolus, in dicto §. Cato, in 13. quæstione quem secuti sunt alij frequentioribus suffragijs teste Socino Iun. nu. 135.

120 Fundamentum est, in l. 2. §. Incertam, de ver. oblig. illis verbis. *Respondetur scindi eas in personas hæredum*, & in l. Iulianus. §. Pœnales ad l. Falcid.

121 Contrarium, & malè docuerunt Aretin. Ruin. Cuman. in d. §. Cato. Ripa distinguente, nu. 78. 79.

122 Nam l. 5. §. vlt. & l. Cum ea causa, de verb. obl. quas adducunt nil eorum sententiam iuuant, vt Soc. Iun ostẽdit loco adnotato.

123 Illud prorsus displicet, quod nonnulli dixerunt, & nouissimè etiam Cuiacius ad lib. 73. Pauli ad edictum, in d. §. Incertam hoc velle Iurisconsultum, committi stipulationem contra omnes hæredes pro portione hæreditaria vno contrauẽiẽte, seu victo. Nam contrarium dicit, nimirum scindi eas stipulationes in personas hæredũ, licet regulariter ea persona hæredis conditio stipulatoris non mutetur. l. 2. §. ea his. ff. eod.

124 Quod autem tex. ibi subdit. At in contrarium summa ratione fit vt vno ex hæredibus stipulatoris vincente in partem eius committatur stipulatio; eò spectat vt indicet I. C. in hoc casu cõtrario nullam oriri difficultatem atque adeo summa ratione id fieri, quia scilicet nihil obstat sicut in præcedenti casu obstabat illa ratio. *Ex persona heredum promissoris non posse descendentem à defuncto stipulationem, diuersam cõditionem cuiusque facere:* vt in d. §. Incertam.

125 Octaua quæstio: si quis promiserit non offendere Titium, nec hæredes eius sub pœna, & vnus ex hæredib. fuerit offensus, an pœna insolidum committatur? hoc est an offensus eam insolidum petere possit? Bart. in §. Cato, nu. 30. respondit soli offenso actionem ad pœnam dari in solidum. Idem responderunt. Angelus, Roman. Bologn. Ias. nu. 54. Alciatus, nu. 158. Ripa, nu 99.

126 Quia stipulatio de non offendẽdo, indiuidua est, nec sui natura ad hęredes transitoria. Ex eo quod sit indiuidua quilibet offensus habet actionem insolidum. Ea eo autem quod ad hæredes transitoria non sit, in persona cuiusque hæredis censetur esse noua quædam promissio, ac proinde cuilibet hęredi actio competit, perinde ac si quilibet stipulatus fuisset; quo casu insolidum actionem vnicuique insolidum ad pœnam competere certum est.

127 Sed contrarium docuerunt multi alij, pœnam, scilicet insolidum committi, sed hęredem illum stipulatoris qui offensus fuit actionem tantum pro sua parte habere Alexan. in §. Cato, num. 52. Ruinus, numero 85. Socinus Iunior, numero 151. & hanc esse communem sententiam Alciatus scribit, numero 158. quamuis alij quidam sententiam Bartoli communem dixerint, vt refert Sol. Iun. loco proximè citato.

128 Fundamentum est in l. 2. §. Item si in facto, de verb. obl. illis verbis. *Cõtra autem si stipulator decesserit, qui stipulatus erat sibi hæredisq; suo ire, agere licere, & vnus ex hęredibus eius prohibeatur, interesse dicemus vtrum insolidũ stipulatio committatur an pro parte eius qui prohibitus est. Nam si pœna stipulationi adiecta sit insolidum, committetur stipulatio; sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione submonebuntur.*

129 Rñdet Bart. ibi de stipulatione agi quę sui natura

transit ad hæredes; promissionem autem istam non esse sui naturâ ad hæredes transitoriam.

130 Alij aduersus hanc responsionem adducunt, l. stipulatio ista. §. si quis ita, de verb. obl.

131 Alexander verò aliter resp. dato quod stipulatio de non offendendo non transiret ad hęredes stipulatoris ex natura sua, tamen hæredibus actionem cõpetere ex contractu defuncti, & sic ex causa hæreditaria.

132 Replicat Ripa licet hæc stipulatio hæreditaria sit multiplicari tamen in personas singulorum hęredum atque adeo tot esse pœnales stipulationes, quot sunt personæ hæredum ac propterea singulis insolidum competere actionem ad pœnam.

133 Et licet stipulatio ire, agere licere, non trãseat ad hæredes vt in d. §. si quis ita, posse tamen sui natura transire & in hoc à stipulatione ista de non offendendo differre, quæ omninò personalis est nec sui natura apta est transire ad hæredes.

134 Puto ego posteriorem sententiam esse probabiliorẽ, quia pro se habet tex. in d. l. 2. §. Item si in facto. His accedit ratio nam è contrario si vnus ex hæredibus promissoris in re indiuidua contrauenіat, pœna committitur pro portione hæreditaria contra omnes iuxta § Cato, & cõmunem Doctorum sententiam teste Ripa, ibi. num. 100.

135 Igitur & in quæstione nostra dicendum est pœnã insolidum committi hoc est ita, vt actio detur omnibus hæredibus stipulatoribus pro portione hæreditaria verũtamen exceptio eis obstet qui offensi non fuerunt sicut in d. §. Item si in facto exceptio obstat cęteris hæredibus qui prohibiti non fuere.

136 Malè Alciatus dum putauit tex. in d. §. Item si in facto probare Bartoli sententiam cum ait pœnam insolidũ committi; id enim non sic accipiendum esse quasi pœna committatur omnibus stipulatoris hæredibus, verum ei dumtaxat qui prohibitus est.

137 Non rectè quia tex. declarat quomodo pœna insolidum committatur, & satis apertè indicat singulis hæredibus ipso iure committi pro hæreditaria portione dum subdit. *Sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione submouebuntur.* Nam si soli prohibito insolidum actio competit, & non alijs hæredibus, non opus esset vt exceptione repellerentur, quia nulla actio eis competeret.

138 Non obstat quod dicebatur stipulationẽ de nonoffendendo sui natura non esse transitoriam ad hæredes, quia vt bene resp. Alexan. satis est in proposito nostro ex contractu defuncti transire, nam actio diuiditur inter singulos hæredes pro portione hæreditaria l. ea quæ. C. fam. hercisc.

139 Non obstat replicatio Ripæ, scilicet multiplicari pęnales stipulationes ex personis singulorum hæredum, quia id est verum, sed intelligendum est cum sua qualitate nimirum vt vno ex hæredibus offenso committatur stipulatio ad pœnam singulis hæredibus pro portione hæreditaria.

140 Sic & in §. Cato vno ex hæredibus contrauenіente omnes contrauenisse videntur, & propter indiuiduam naturam stipulationis *Iter fieri* quot sunt hæredes promissoris, tot videntur esse promissores, & tantum pœna committitur in singulos hæredes pro portione hæreditaria.

141 Hic igitur nos contemplari oportet nõ solum indiuiduam principalis stipulationis naturam, sed etiam pęnalem stipulationem quę diuidua est, & licet non sit ad hæredes transitoria ipsa principalis promissio, transit tamen ex defuncti contractu, & cum sua natura vt nimirum pro portione hæreditaria singulis hæredibus committatur.

142 Nona quæstio. Statuto stante vt homicida capite plectatur, nisi pacem habuerit ab hæredibus occisi an sufficiat pacem habere à maiori parte hæredum. Affirmat Bart. in §. Cato, in vlt. quæst. Castr. in l. 2. §. Ex his, de verb. oblig. Aretin. in l. Pro hærede. §. vlt. de acq. hæred. vbi dicit communem esse: alios adducit Soc. Iun. in d. §. Cato, num. 155.

143 Fundamentum est, in l. Et sium cum l. seq. ff. de pactis, in l. vlt. C. qui bon. ced. poss. & in l. quod maior ad municipalem.

144 Negant autem Iason Ripa Alciatus qui & alios adferunt, in d. § Cato, & Felin. in c. cum omnes, de constit. col. 10. vers. septimò fallit, vbi dicit Bartoli sententiã cõmuniter reprobari.

145 Fundamentum est in l. Per fundum. ff. de seru. rust. pręd. in l. Rescriptum. ff. commu. præd. in l. In vsu, de ver. signi. in l. Si autem plures. ff. de aq. plu. arc. & in reg. quod omnes tangit, de reg. iu. lib. 6.

146 Res sanè obscura est. Namque ex vna parte statuti verba omnium hæredum exigunt consensum, ex altera pugnat ęquitas vt liberetur à pœna mortis occisor.

147 Non videntur ad rem facere leges adductæ pro sententia posteriore, quia hic non agitur de hæredum præiudicio sicut quando seruitus prædio imponenda est, imò pacem inire laudabile, & pium est.

148 Sed nec leges adductæ pro sentẽtia priore admodũ urgere videntur, quia creditorum intererat vt hæreditas adiretur, & vt quinquennalis dilatio debitori concederetur: forsitan enim eis aliter satisfieri non poterat: quare vnius vel alterius dissensus maiori parti nocere non debet.

149 Denique sic concludo. Aut hæredes occisi recusant pacem inire ne amittant actionem iniuriarum, & hoc nihil est, quia actio iniuriarum non transit ad hæredes. l. si eum § qui iniuriarum. ff. si quis cau.

150 Aut recusant ne damna & expensas atq; adeo actionem ex l. Aquilia amittant, & hoc etiam nihil valet, quia remittens iniuriam non videtur damna remittere, expẽsas, & interesse vt bene docet Ant. Gomezius tit. de iniuria, num. 13.

151 Aut recusant, quia necem vindicare volunt ne incidant in pœnam. Senatuscõsulti, lege vltima. ff ad Syllan. lege prima C. de his quibus, vt indign. & istud quoque nihil mouere potest, quia iam accusatio facta est & occisor cõdemnatus ad mortem, nisi pacem habuerit ab hęredibus occisi. Itaque nullum hæredes periculum incurrunt amittendæ hęreditatis.

152 Aut denique pacem facere recusant vt occisor capite plectatur vel quia volunt ei gratificari, & hoc ideo nõ obstat quia nullum præiudicium continet istorum hæredum: consequẽter nos versamur extra casum legum allegatarum pro sententia posteriore, in quibus vnius dissensus impedit seruitutem constitui vel aliud ius acquiri, propterea, quod illa res omnes hęredes tãgit, hoc est, singulorum præiudicium respicere videtur.

153 Versamur verò in specie non absimili ab ea quę cõtinetur in legibus pro priore sententia relatis. Nam hæredum, qui consentiunt vt pax fiat, interesse videtur tolli prorsus omnem inimicitiam, & occasionem odij.

154 Sic denique volo, sic statuo, rigorem verborum posteriori sententiæ adstipulari, priori autem iustitiam æquitatisq; rationem verbis statuti præferendam. Inter leges obscuras in hac materia diuiduæ atque indiuiduæ obligationis principem sibi locum vendicat. l. 4 §. Cato: sed eam latè in publicis lectionibus explicaui, ęcutus communem intellectum; Cui & Zasius, & Iacob. Cuiacius adstipulantur; & nihil moror quę nouissimè dixerunt Connanus, & Ant Faber, & aliàs in eis refellendis opera mea non desiderabitur.

155 Post hanc sequitur. lex, si seruus. §. si plurium. ff. si quis cautio. quo loci Vlpianus sic ait. *Si plurium seruorum nomine iudicio sistendi causa vna stipulatione promittatur, pœnam quidem integram committi, licet vnus status non sit Labeo ait quia verum sit omnes statos non esse. Verum si pro rata portione vnius offeratur pœnę, exceptione doli vsurum eum qui ex hac stipulatione conuenitur.*

156 Pu-

156 Pugnare videtur primò cum. §. Cato in fine vbi promissor pro parte ratum habere non potest quin scilicet pœna committatur.

157 Deinde pugnat cum l. Si is qui ducenta. §. Cum ita. ff. de reb. dub. vbi Iulianus. *Vel vt proprius accedamus, fingamus ita stipulationem factam si Stichum & Damam, & Erotem non steteris decem dari: neque enim dubitamus quin æquè omnes sisti oporteat.*

158 Non placet Martini responsio, volentis ex §. Si plurium semper pœnam quidem committi, sed obstare exceptionem.

159 Nam verisimile non est eo responso, quod loquitur de iudicialibus stipulationibus normam accipere cætera responsa quæ de contractibus loquuntur.

160 Non satisfacit solutio Bart. in § Cato licet communis sit teste Socinn. ibi, nu. 120. illud responsum habere locum in iudicijs: aliter esse constitutum in contractibus in ijs enim pœna cum effectu committitur argum. d. §. Cum ita.

161 Nam. §. Cum ita. non potest ad contractus restringi, quoniam stipulationes de sistendo plerumque in iudicijs interponuntur.

162 Aliter Ruinus & Alciatus soluunt Soc. iun. reluctante. Sed mihi sententia Petri magis placet, quam secuti fuere Ias. in d. §. Cato et Albericus in d. §. Si plurium.

163 Hæc est solutio: cum vnum factum in stipulationē deducitur, pœnam integram committi, nisi promissa fecerit, vt in d. §. Cato: si plura sunt facta, committi pœnā ex iuris rigore, vt in §. Cum ita. Sed obstare tamen exceptionem ex æquitate, vt in § Si plurium.

164 Nam quot sunt facta in stipulationem deducta, tot videntur esse stipulationes. l. Scire debemus. de verbor. obligat.

165 Secundum hanc regulam non videretur pœnā cōmitti in §. Si plurium, respectu eorum qui stati fuere in iudicio.

166 Verum ipso iure committitur, quia vnica stipulatione quis promisit omnes sistere, quæ offenditur simul atque ûnus vel alter status non est, *Quia significatio quæ sumitur ex vniuerso in quo aliquid falsum est, totam orationem falsam efficit.* l. Si is qui ducenta §. Vtrum. ff. de rebus dubijs.

167 Obstat tamen exceptio pro parte eorum seruorum qui stati sunt, quia promissio vniuersalis de sistendo seruos omnes, resoluitur verborū rigore posthabito in plures promissiones quasi si vnus seruus tantum non sistatur, meritò eius solius nomine pœna rectè exigeretur, non aliorum qui stati fuere.

168 Tertio loco offert se. l. In executione. §. 2. de verb. oblig. vbi Vlpianus ait, operis effectum in partes scindi non posse, & in l Stipulationes, non diuiduntur vbi dicitur operarum stipulationem esse indiuiduam, & in l. Libertus, qui post. de oper. libertor.

169 At contra, videtur recipere diuisionem, vt in l. In stipulationibus. §. Operarum eod. tit.

170 Sed quis non videt nullam esse antinomiam: cum §. Operarū loquatur de numerali diuisione operarū ibi. *Non in partes operarum, sed in numerum cedit:* diuiduntur enim operę numero, l. Libertus, qui post. de oper. liberto. non diuiditur autem opera in partes, vt in d. §. Operarum, & in l. Stipulationes non diuiduntur, & in d. l. Libertas, vbi ait. *Et neque promitti, neque solui, nec deberi, nec peti pro parte poterit opera.*

171 Quid igitur est, quod ait Vlpianus in d. §. Operarū de parte operę? Respond. cum Bartolo in l. Stipulationes non diuiduntur, nu. 11. de verb. oblig. illum tex. explicari debere ex l. Si quando duobus. ff. de oper. liber. ubi Pomponius. *Si quando duobus patronis iurauerit libertus operas se daturum, Labeoni placet & debere & peti posse partē operæ, cum semper præterita opera quę iam dari non possit petatur.*

172 Diuiditur ergo hęc stipulatio operarum quoad ęstimationem, non quoad ipsam operæ præsentationem: illa enim pro parte peti non potest, at æstimatio operæ iam præteritæ, & quæ iam amplius præstari non potest rectè diuidetur.

173 Rectè enim Celsus refert Tuberonem existimasse, vbi quid fieri stipulemur si non fuerit factum, pecuniam dari oportere l. Stipulationes non diuiduntur verl. Celsus de verb. oblig.

174 Quartò videtur esse quædā antinomia inter l. pen. de duobus reis & l. Mora ff. de vsuris.

175 Sed rectè monent, qui dicunt l pen. loqui de principali obligatione; l. Mora. loqui quantum ad vsuras: itaque factum vnius rei debendi nocet correo quoad principalem obligationem.

176 Non nocet mora vnius rei alteri correo quantum ad hoc, vt obligatio principalis augeatur vsuræque debeantur.

177 Quintò videtur pugnare l. Et ideo. de verb. oblig. cū l. Martius ff. locati.

178 Non pugnant. Nam in l. Martius agitur de conductore operis faciendi; merito periculum ad eum non spectat.

179 At l. Et ideo loquitur de eo, qui obligatus erat ad faciendum opus, vel ex propria obligatione, vel tanquam hæres alterius: is si partem operis fecerit, vel fieri curauerit quæ incendio consumpta sit periculum meritò præstat, quia donec opus præstiterit absolutum suæ non satisfacit obligationi.

180 Sextò pugnare videtur c. suam de pœnis cum legibus Cæsareis: sed non pugnat: siquidem ex visceribus iuris Cæsarei sumptus videtur, id est ex l. Celsus ff. de arbitris, vt docet Ripa in §. Cato numero 68. vt ego aliàs latè disserui.

181 Plura de stipulationibus diuiduis, vel indiuiduis qui scire cupit præter Cabalini, qui circumfertur tractatum adeat Anto. Gomez. tit. de diuid. & indiuid. Connanum lib. 6. c 2. Gregorium Tholozanum Syntagm. lib. 5. c. 3. & noui ac veteres interpretes in §. Cato, & in l. Stipulationes non diuiduntur, videri poterunt.

CAPVT LXIII.

Vtrum Auth Hoc nisi C. de solution locum habeat in debitore qui iurauit.

NOn habere locum eam Cæsaris constitutionem, cuius summariū habetur in Auth. Hoc nisi C. de solution in debitore qui iuramento obstrictus sit, authores sunt multi: Gozadin. cons 32. num. 9 Brunus de cessione bonor. q. 34. & alij vt per Serafinum de priuileg. iuramenti Priuil. 74 nu. 207. Fundamentum est, quia iuramentum obligat præcisè ad factum: Glos. in l. Si pecuniam vers. quia iurasti. de cond. ob caus.

Sed contrarium docuerunt Rota Bononien. decis. 28. & Iosephus. Lud. decis. Perusinar. 64. parte 2. qui alios citat: nouissimè Hondedeus cons. 18. num. 39. & seq. lib. 1. quib. & ego assentior. Nam etsi iuramentum pręcisè obliget ad factum, id tamen intelligitur, quando id seruari potest, secus si non possit seruari: tunc enim per æquipollēs ei satisfit c. ex literis 2. vbi Gloss. & Abb. desponsalibus. Berous cons. 137. nu. 5. & nume. 14. lib. 1. Nec enim iuramentum referri potest ad impossibile: Rimi. Iun. consilio 268. nu. 47. lib. 3. Sic etsi controuersia est, an debitor qui iurauit, obijcere valeat compensationem, in debitore tamen in paupere compensatio facile admittitur Parisius cons. 121. nu. 41. lib. 1. Grat. cons. 121. nu. 4. lib. 1. Afflict. decis. 163. nu. 3. 4. Gabriel. tit. de iureiu. concl. 7. num. 11. Cum igitur constitutio ista supponat, debitorem satisfacere non posse in pecunia: non video quo pacto cogi præcisè possit, propter iuramentum. His tollitur fundamentum cōtrariæ opinionis, quia iuramentum obligare præ-

cisè

cisè ad factum tunc intelligitur, quando id fieri potest; alias secus: Crau. cons. 12. nu. 1. Gabriel comm. concl. tit. de iureiurando concl. 8. in fine.

CAPVT LXIV.

Singularis quædam obseruatio, de fideiussore adhibito in contractu censuali.



Olent, qui emunt annuos cēsus, pro cautione, præter rem, in qua census fundatur, & obligationem vendinotis, accipere fideiussorem, qui se obliget principaliter & insolidum pro solutione annui census: Sciant nullius esse momendi eiusmodi obligationem fideiussoris, vti principalis & insolidum: licet valere possit, vt accessoria obligationis, principali obligationi accedens: in qua locum non habet impedimentum, quod subijciam: quapropter fideiussor obligans vti principalis & insolidum, B conueniri non poterit, nisi facta excussione principalis debitoris, & prout regulariter fideiussor conueniri potest: iux. not. in Auth. Præsente C. de fideiuss. Ratio superioris dicti posita est in Constitutione Pij V. super annuis censibus; illa enim, vt omnibus notum est, requirit, vt super certa re fundetur census, immobili &c. Ergo fideiussor qui principalis esse vult, seque vti principalem insolidum obligare, debet & ipse fundum aliamve rem idoneam supponere: si non supponit, non potest obligari, vt principalis, licet maximè velit; quia constitutio illa id vetat: ita latè deducit Ioan. Petrus Surdus consi. 318. lib. 3. Huic doctrinæ locum esse non puto, cum in instrumento fideiussoriæ obligationis adest clausula, omni meliori modo, cum iuramento & renunciationibus, beneficijs competentibus. Potest renunciari per fideiussorem simplicem beneficio excussionis, & clausula omni meliori modo operatur, vt si non valet obligatio eo modo quo facta fuit, valeat eo modo quo potest valere; & sic C operabitur, vt si non potest fideiussor conueniri, vt principalis & correus, poterit conueniri vt fideiussor. Renunciatio autem iurata operabitur, vt licet fideiussor sit, non tamen habeat beneficium excussionis, quia ei renunciauit. Vide Natt. conf. 426. num. 21. Crau. conf. 263. num. 6. Tessaur. decis. 166. nume. 4. De clausula autem illa, plena sunt omnium scripta. Bald. in l. Vinum ff. si cert. pet. Idem Surdus cons. 303. nu. 13. & 305. nu 49. lib. 3.

CAPVT LXV.

Ad l. Vsura C. de Vsuris.



Artolus ita dicit. Quod dicitur, vsuras non debere excedere duplum, intelligitur de vsuris vnius anni. Idem scribit Paul. Castr. Bald. verò sic. Computatio vsurarum fit in fine cuiuslibet anni. Salic. ita, licet plures D præstationes vsurarum per plures annos factæ in vnum collectæ excedant duplum veræ sortis, non propterea iudicantur illegitimæ, quia non coaceruatio, sed singulorum annorum præstatio debet considerari.

Sensus est secundum Surdum consilio 302. tunc vsuras excedere duplum, & consequenter non deberi, cum excedunt sortem habito respectu ad vnum annum. Vtputa creditor centum dedit; si vno anno recipiat vltra centum pro vsuris, dicitur excedere duplum: quo nihil est absurdi*. Qui enim fieri poterit à quouis immani creditore, vt tantum vsurarum nomine vnius anni exigat, quantum sors ipsa debita valet? Centum pro centum? Nisi istos fefellerit vsura centesima; quæ est duodecim pro centum: ipsi autem putarunt, centum esse pro centum: de quo errore aliàs dixi. Sed & inhæc interpretatio repugnat verbis literæ, quæ sic habent. *Vsuræ per tempora soluta non proficiunt reo ad dupli computationem:* A *Tunc enim vltra sortis summam vsuræ exiguntur, quoties tempore solutionis summa vsurarum excedit eam computationem.* Quis non videt sensum esse manifestum, quem Budæus in notis ad Pand. in l. 1. ff. ad l. Iul. Maiest. Alciat. libro primo. Parergon, cap. 33. Duaren ad Tit. C. de vsuris, c. 3. indicāt: vt videlicet vsurarum solutiones, quæ fiunt per partes diuersas tēporis, non coaceruentur, nec in duplum computentur? Igitur lex quę vetat vltra duplum vsuras exigi, intelligenda est cum tempore solutionis summa, quę exigitur excedit eam cōputationem: vt bene isti docent.

At inquit Surdus loco annotato, est eadem ratio tā respectu vsurarum solutarum, quàm soluēdarum; ergo idē ius. Cōcedo, & idcirco abrogata est hæc lex, vt patet &c. Nouella 121. vt ibi notat Cuiaci. & ante eum Alciat. loco suprà citato, quæ sunt notatu digna pro Antonini legis vera cognitione.

CAPVT LXVI.

De omittente scienter ponere in Inuentario, omnia bona defuncti, & de legitimato per rescriptum, an excludat substitutum: & ad cap. l. 1. lib. 9. & ad cap. 36. lib. 3.



Ixi de his aliàs: Addo pro confirmatione opinionis meæ, quod is qui sciēter omisit aliqua in inuentario apponere, amittat beneficium inuentarij: quæ latissimè disputant Hondedeus conf. 34. lib. 1 & Turretus conf. 47 lib. 2.

Quod attinet ad legitimatum per rescriptum, an excludat substitutum, vide nouissimè & adde doctiss. Laderchium conf. 23. Dixi lib. 9. c. 51. in quæstione illa distinguendum esse inter deportatum & relegatum. Pro qua distinctione adduxi Cuiacium: Reperi tex. expressè ita distinguentem in l. Cum ratio. §. vlt. de bonis damnat. Circa c. 36. lib. 3. adde Petrum de Ledesma tract. de matrimonio in add. ad 3. partem, q. 47. art. 5. vers. Est secundum dubium.

CAPVT LXVII.

Consensus Pontificis Maximi in alienationibus rerum Ecclesiasticarum necessarius, an præsumendus sit intercessisse spatio triginta vel quadraginta annorum.



Emper respondi, & non semel iudicaui spatio longiss. temporis triginta vel quadraginta annorum non esse præsumendum Summi Pontificis consensum, qui de iure est adhibendus in alienatione rerum ecclesiasticarum, iuxta Pauli 2. cōstitutionem. Extrau. Ambitiosæ. de reb. eccl. non alie. & alias recentiores constitutiones: quia facta non præsumuntur, sed probanda sunt; secundum regulas vulgatas. Et quia solennitas extrinseca non præsumitur, sed probanda est l. Quæcunque. §. vlt. de Publicia. Et denique quia S. Pontifex non præsumitur notitiam habere harum alienationum quæ fiunt in partibus remotis: Approbatio autem et confirmatio notitiam præsupponunt, vt omnes norunt: cum ignorans non possit dici consentire, & ita docuerunt Alex. conf. 9. nu. 7. lib. 3. Afflict. decis. 107. Feli. in c. Sicut, nu. 33. de re iud. Soc. iun. conf. 5. 6. nu. 24. lib. 2. cum plurimis alijs nouissimè adductis per Menoch. de Præsumpt. lib. 3. Præsumpt. 132. nu. 70. 71. & seq.

Sed nouissimè opponebatur Hiero. Gabriel. conf. 82. nu. 31. 32. lib. 2. vbi post Aret. Dec. Ias. Grat. scribit præsumi etiam consensum Papæ ex lapsu 30. annorum: pp communem illam conclusionem, quæ docet solennitatē extrin-

A extrinsecam præsumi ex lapsu temporis. cap. Peruenit de empt. & vend. Nec refert, inquit, quod consensus nō possit considerari sine scientia, quia sicut præsumitur consensus, ita per necessarium antecedens præsumitur scientia: siquidem scientia inducitur ex postulatione gratiæ, si in euidentem, & eius impetratione: quæ cùm necessaria sit, ad actum præsumitur Impetrata, quia facile conceditur.

Sed hæc iure nō probantur, nec iuris regulis sunt consentanea: Fateor scientiam induci ex postulatione gratię. Sed quomodo probatur isthæc gratiæ postulatio? Facile conceditur si in euidentem. Facile concedo: sed facta nō præsumo: At solennitates extrinsecæ præsumuntur ex lapsu triginta annorum c. Peruenit de empt. & vend. Fateor, data scientia, sicut ibi; mulier enim consensum præstiterat: debuit iterum consentire, Ius pręsumit secundū hunc consensum; quia post primum interpositum, passa est emptorem 30. annos possidere. Scientia & patientia inducit nouum consensum. Vbi scientia cessat, nō B potest induci consensus. l. Mater. de inoff. testa. cum vulgatis alijs textibus. Si tollas tex. d. c. Peruenit, vix habet fundamentum in quo cōsistat illud axioma, Solennitas extrinseca lapsu triginta annorum præsumitur, in re graui & præiudicium inferente.

CAPVT LXVIII.

De emphyteuta, an possit donare irrequisito domino.

Dixi non posse, lib. 3. c. 97. & confirmaui meā sententiam; refutaui contrariam lib. 6. cap. 98. Nunc addo quæ pro eadem sententia inueni apud doctissimum Laderchiū cons. 16. Et mirum est, inquit, quomodo doctores tam supinè errauerint hac in re; qui ideo putant, non oportere denunciare, quia cessat arbitrium offerendi, quasi verò Imper. in ea lege adigat emphyteutas, vt interrogent dominos, an sibi donari uelint, non etiam vt C diligenter conditionem nominati emphyteutæ explorent. Certum sit itaque, necessariò præcedere debere interpellationem in quacunque alienatione; quidquid male scripserint multi in d. l. Et Aret. cons. 41. Id enim tam apertè exprimitur in dicta constitutione, vt nihil apertiùs. Tertiò ex his consulitur domino ipsi, ne cogatur litigare de canone cum secundo emphyteuta, nec de laudanio: ille enim non aliter consentiet alienationi, quàm soluta quinquagesima, & re à secundo emphyteuta in in emphyteusim accepta: alioqui actio personalis, quæ primum constringebat, secundum non teneret: & ita dominus tam quoad canonis obligationem, quàm quoad cęteras quæ instrumento comprehensæ essent, periclitaretur: vt tradunt omnes post Bart. in d. l. fi. & Aretin. d. cons. 41. & passim.

Huic rei vt doctores occurrant, nam & ipsi magnum domini periculum hac in re uersari fatent, dicunt, quod non inducetur acquisitor in possessionem post contra- D ctum, nisi priùs denuncietur domino. Fulgos. d. l. fin. vbi & Salic nu. 5. & Iason, nu. 69. Imola in l. Si domus. §. fin. de leg. 1. Anan. in cap. Potuit, num. 5. de locato: & est de mente omnium qui exigunt traditionem rei, vt locus sit pœnæ d. l. fi. Sed profectò hoc non facile admitti debet. Nam denunciatio hæc secunda nunquam poterit extorqueri ex verbis dictæ constitutionis: in qua Imper. sub eadem clausula definit, denunciari debere domino venditionem meliorationum, & iuris translationem: & inde in ver. necessitatem compellit eum, consentire venditioni, aut translationi: Mox in vers. Sin autem nouum: lapsis duobus mensibus, concedit emphyteutæ, vt vel vendat, vel transferat: semper autem agit Iustinianus de eadem denunciatione, quæ præcedit, non quæ subsequitur contractum. Præterea fragile est remedium hoc doctorum, & domini rationes conturbari poterunt. Namque post ipsam puta venditionem, so-

A luto precio statim nouus emptor, authoritate sua rem inuadet: quod per iuris dispositionem, secundum multos, ei permissum est. Abb. Imol. Castrens in l. si ex stipulatione de acq. poss. Angel. in l. eum qui de fur. Quod tamen plerique alij in d. l. si ex stipulatione negant: vel saltem ob clausulam vsitatam; scilicet dedit, & vendidit; in qua re omnes consentiunt. Alber. in d l. si ex stipul. vbi & Comen. nu. 2. & Ias. nu. 4. Bald. in l. Nec ex vera nu. 4. C. de acq. possess. Quæ tamen clausula venditorem non facit incidere in pęnam, vt per Areti. d. cons. 41. vel præcedēti titulo nixus iniustè etiam occupabit. Quod si euenerit, quomodo consuletur domino? Non poterit agere contra emphyteutam, qui non inducit in possessionem, quique omni dolo carere potest: nouus autem possessor non facile poterit deijci; quia omnes difficultates occurrent, quas doct. ipsi considerant, vbi possessio à venditore tradita esset.

Plana ergo & facilis via est, quæ ab ipso Iustin. com- B monstrata est: vt denunciatio ipsa omnem alienationis contractum præcedat: quare nisi hęc obseruata sint, emphyteuta iure suo decidet; vt in postrema parte eius constitutionis disertè expressum est. Et cautelæ illæ quæ adhiberi solent, obtenta licentia, & non aliter, ac similes, parum ponderis habent, & repugnant verbis apertissimis dictæ constitutionis: Sin autem, inquit Imperator, fuerit versatus, iure emphyteutico cadat: Et hæc mea declaratio est tam vera, quàm quæ verissima: sed & quorundam doctorum magni nominis authoritate communita est, qui quod ad hanc rem attinet, dictā constitutionē rectè intellexerunt. Cynus ibi ad finem; qui, inquit, etiam in donatione debere præcedere denunciationem, quia lex vult vt secundus approbetur à domino, non ab emphyteuta; quod Iustin. ipse explicauit illis verbis, nō contradicere, sed nouum. Hoc etiam tradit Alberic. ibidem nu. 2. dum ait non cessare rationem requirendi consensus in donatione. Ita etiam voluit Butr. in d. cap. Potuit C nu. 14. qui in ea quæstione, an Emphyteuta donare possit, ita commodè opiniones conciliat, vt si agatur de denunciatione, an dominus sibi donari velit; ea non sit necessaria: si vt consentiat, secus: & idem probat Imola sub nu. 11. qui & Zabarell. ibi nu. 12. ita sensisse putat: quin & Iason ipse in d. l. fi. nu. 66. qui particulas dictę legis accommodat donationi, exigit, vt dominus ab initio interpelletur, vt cognoscat an idoneus sit donatarius: mirumque in modum in sua interpretatione sibi placet: & num. 67. & 69. concludit, hoc esse ex mente omnium doctorum, quamuis paulò infra in vers. Bene; parum memor, aut potius imprudenter exigat denunciationem post ipsum cōtractum, antequam tradatur possessio. Hactenus ille.

CAPVT LXIX.

Ius accrescendi an transeat in emptorem.

Quæritur vtrum ius accrescendi transeat ad D emptorem, vel venditorem hæreditatis. In qua quidem quæstione varię sunt DD. sententiæ, quas ordine referam, & post amplectar quæ mihi verior videbitur.

Prima est opinio Bartolus in l. re coniuncti in §. q. p. q. princ. de leg. 3. quæ communis fuit vsq; ad tempora Decij, vt testatur ipse in l. vni. in vlt. nota. C. quādo non pet. par. Ius accrescendi transire ad emptorem.

Primò per text. in l. 2. in princ. ff. de hær. vel act. vend. vbi dicitur emptorem hæreditatis non minus iuris habere, quàm ipse hæres habiturus esset. Sed vt animaduertit Rim. Iun. in d. l. vni. nu. 137. & seq. loquitur ille tex. respectu partis venditæ, quod ex eo paret, quia d. l. ibi quærit an venditor teneatur cauere de euictione, quod necessariò intelligitur respectu partis venditæ.

Secundò per tex. in d. l. 2. § illud. à contrario sensu; dū enim ibi dicitur, vendita hæreditate paterna, non censeri ven-

ri venditam hæreditatem pupilli, quoniam alia hæreditas est; Inferri posse videtur in proposito nostro, vendita parte hæreditatis, contineri in venditione aliam partem, quæ per ius accrescendi aduenit, cum eadem sit hæreditas & non diuersa. Sed responderi potest satis diuersam esse ab illa parte quæ vendita est, cum ad venditorem nõ pertinuerit tempore venditionis; & consequẽter actum videri non possit inter contrahentes, de huiusmodi partis venditione.

Tertiò adducitur tex in d.l.2 § sicuti: vbi dicitur, omne lucrum ad emptorem pertinere. Sed tollitur facillimè, quia debet intelligi de lucro proueniente ex portione vendita.

Quartò inducitur tex. in d.l.2.§.cum quis: dum ibi dicitur, emptorem sustinere vicem hæredis. Sed rectè occurrit Rim. Iun. in d.l.vni.num.135.quia tex.ibi non dicit absolutè vicem hæredis sustinere, verum respectiuè tantum quantum, scilicet, ad hunc effectum, vt ipsi venditori satisfaciat.

Quintò adducitur tex.in l.Sen tio ff. de vsufr vbi dicitur ius accrescendi naturam alluuionis imitari, & ideo portionem sequi, non personam: At portio vendita est apud emptorem. Ergo portio deficiens illam sequitur, & emptoris lucro cedit, sicut & alluuio l.id quod ff.de peri. & cõm. rei vend. Sed facile respondetur, sequi naturam alluuionis istud ius accrescendi, hoc modo, vt excepto vsufructu, portio deficiens accrescat personæ quæ suam portionem agnouerit, non autem personæ simpliciter, nec portioni simpliciter; sed personæ coniunctę, quæ suã portionem acceptauerit; qualis certè emptor non est: etsi enim habeat portionem emptam, non tamen est persona coniuncta cui propterea deficiens portio accrescere debeat secũdum mentem legis vel testatoris. Adde quod venditor videtur habere suam portionem vẽditam, cum habeat precium l.si & rem & precium. de pet.hær.l.quia qui precio ff.de vsufru. Non obstat quod dicebat Polit.in repet. d.l.re coniuncti: istud non militare in hærede qui suam portionem donauit; omissa enim responsione Ripę ibi considerantis antidoralem obligationẽ contra quam obstat tex.in l.sed etsi lege §.consuluit de pet. hær.vt bene deducit Rim.Iun. vbi supra; videtur respondendum esse in hærede donante per tex.in l.si pignore ff.de furt. quatenus ibi dicitur speciem esse lucri, cum quis habet beneficij debitorem. Postremò pro hac sententia adducitur tex.in l.si totum. ff. de acq.hær. in illis verbis, *quia rem habere videtur:* considerando id verificari, etiam in venditore, quia rem vendidit, & sic rem non habet.

Sed istud nihil est; quoniam ut dixi, uerius est uideri rem habere propter pretium quod habet; & quia tex.in d.l.si totam: tollitur ex responsione Dec. Ias. & aliorum in d.l.vni.sub num.20.quoniam loquitur de eo, qui tacitè rogatus fuit restituere incapaci, & propterea amisit portionem suam: Confiscatur enim hoc in casu l.si quilibet ff. de his quibus ut indig.l.ex facto §. Iulius ff.de vulg.meritò est perinde ac si non fuisset hæres institutus: & absurdum esset, ut qui ob delictum suam partem amittit, alterius partem lucrifaciat, argumento l.itaque falso.ff.de furt. Igitur hæc sententia Bart.mihi non satisfacit.

Minus satisfacit sententia Dec. in d. l. vni in vlt.not. portionem accrescere venditori, sed obligatum esse, eam restituere emptori, quod & Alc. docuit lib.4. parad.c.9. & quidam alij. Namq; mouentur primum ex d.l.2.§.nõ tantum ff.de hæred.& act.vend. Secundò ex l.hæredem ff.mandati. Tertiò ex doctrina Bart. in l.qui hæredi §.cũ hęreditas in fin. ff.de cond. & dem. Sed quod attinet ad tex in d. §. non tantum; loquitur de eo quod peruenit ad venditorem ex hęreditate uendita, non autem aliunde. Quod verò attinet ad tex. in d. l.hęredem; uenditor ibi actionẽ mandati meritò cedit emptori hęreditatis, quoniam emptor est qui debet soluere id quod creditoribus solutum fuit. Ad doctrinam Bart.respondeo, id quod datum est hęredi causa conditionis implendæ, meritò spe-

A ctare ad emptorem hęreditatis, cum immediatè proueniat ex ipsa hęreditate. Alia distinctione utitur Ripa in d.l.re coniuncti nu.100.& Bolog. in d.l.vni.num.24.aut quis uendidit partem suam hęreditatis simpliciter, & tũc portio accrescit uenditori: aut uendidit cum omnibus iuribus ad eam spectantibus, & ad ipsum uenditorem occasione illius rei, & tunc accrescit emptori, ex doctrina Bar.in l.si pro te §.vlt. ff.de euict. Sed quod attinet ad ultimum hoc membrũ distinctionis, res videtur satis perspicua, nisi obstaret illud quod infra dicam. Quod uerò attinet ad primũ membrum distinctionis, ueritas illius pendet ex ijs quæ statim subijciam.

Communior igitur sententia est, ius accrescendi transire ad uenditorem, ut testantur Rim.Iun. in d.l.vni.nu. 93.& ego aliàs dixi lib.5. contro. iur. cap.101. Sed illius argumenta facile euitari possent.

Primò enim adducitur tex. in d. l. ex facto §.Iulius ff. de vulg. ubi is qui amisit suam portionem, nihilominus

B consequitur alterius portionem ex substitutione: ius autem accrescendi est quædam tacita substitutio l. si Titio §.1.de leg.2. Sed responderi potest, in substitutione aliud esse, quia personam respicit, non autem portionem.

Secundò adducitur pro hac sententia illa ratio, quod venditor repręsentat personã defuncti, & directas actiones habet l.2. C.de hęr. uel act.& vend. Quæ ratio nihil mouet; quia potest dici etiam emptorem habere utiles actiones, & ex persona uenditoris repręsentare personã defuncti: quia subrogatum sapit naturam eius, in cuius locum subrogatur l.si eum §.qui iniuriarum ff.si quis caut.

Tertiò adducitur, quia cessante ratione legis, cessat lex.l.adigere § quamuis.de iure patro. Sed ratio legis quę induxit ius accrescendi cessat in emptore, cum ipse nequaquam sit coniunctus, ex qua coniunctione oritur ius accrescendi.l vni.§.vbi autem C.de cad. toll.l.re coniuncti.de leg.3. Nam respondetur, non uenire emptorem ex persona sua, sed ex persona uenditoris, qui cõiunctus est.

C Quartò adfertur ratio, quia in emptorem hęreditatis non transeunt actiones, quę non erant tempore uenditionis l.hęredem.ff.mandati. Sed tollitur hęc ratio, quia potest dici ad portionem deficientem ius competijsse tẽpore uenditionis; quoniam retrotrahitur repudiatio facta ad diẽ mortis testatoris l.1. §.uti ũ ff.si quid in fraud. patro.l.si tibi homo §.cum seruus de leg. 1. tex. notabilis à contrario sensu in l. hęres quandocunq; ff. de acq. hęr.

Quintò adfertur tex.in l.Papinianus ff. ad Treb.quatenus. ibi deciditur, portionẽ accrescere fideicommissario; quia hęres grauatus fuit coactus adire: videtur enim dicendum à contrario sensu, non accrescere fideicommissario, sed ipsi hęredi grauato, si sponte adierit. Sed aliud est in hęrede grauato, aliud in vẽditore: quia apud hęredem grauatum remanet quarta pars ex Trebelliano §.restituta in Instit.de fideic.hęred. quę meritò ad se trahit partem deficientem.

Sextò adducitur text. in l.si in testamento ff. de vulg.

D & ibi Bart. ubi dicit ius accrescendi immediatè ex lege induci, & ex uoluntate quandam testatoris tacita; quæ quidem uoluntas testatoris, aut legis dispositio, nequaquam militare uidetur in emptore hęreditatis, sed tantũ in uenditore. Sed responderi potest, id quidem uerum esse simpliciter, considerando personam emptoris; secus autem considerando eam quatenus in locum uenditoris succedit.

Postremò adducitur ista ratio: Inter succedentes diuerso iure, non habet locum ius accrescẽdi l.sed cum patrono de bon. poss. Sed emptor succedit diuerso iure ab eo cuius portio deficit, ut patet ergo &c. Respõderi etiam potest, succedere eodem iure, considerando personam uenditoris in cuius locum successit emptor, quod satis est ut dicatur eodem iure succedere, cum & ipsum accrescendi ius transmittatur ad hęredem l. si ex pluribus. de suis & legit. qui quidem hęres diuerso iure succedit, ut patet:

Sed licet hæc argumenta refutari possint, mihi tamen

magis

magis placet communior ſententia pro qua confirmanda, Primò, facit doctrina Bartol. in d.l. Si à te. § vlt. ff. de euict. quam adducit Ripa in d. l. Re commenti, nu. 100. ſcilicet ad emptorem non transire ius proueniens occaſione rei venditæ, niſi expreſsè dicatur: nam iſtud ius accreſcendi prouenit occaſione rei, & ipſi venditori tanquam coniuncto acquiritur. Ergo non tranſit in emptorem, niſi fuerit dictum.

Secundò, quia cum quæritur quid veniat in venditione hæreditatis, inſpicitur primò quod actum eſt inter contrahentes, etſi hoc non appareat, attenditur tempus venditionis factæ. l. 2. § 1. ff. de hæred. & act. vend. Sed tempore vẽditionis factæ portio nondum defecerat, ergo non poteſt videri in venditione comprehenſa. Non obſtat ſi dicatur, imò portionem defeciſſe eo tempore, propter retrotractionem: quia iſtud venditor diuinare non poterat, nec emptor; ignorabant enim contrahentes, an cohęres repudiaturus eſſet ſuam portionẽ. Quamobrem contractus non extenditur ad ignorata, nec poteſt videri venditor ceſſiſſe ius emptori, quod ignorabat ſibi competere l. Mater. ff. de inoff. teſt.

Tertiò, quia in dubio, nunquam intelligitur vẽditum ius futurum, ſed tantummodo quod de præſenti competit, vt notat Bart. in l. 3. circa fi. C. de pact.

Quartò, quoniam venditor hæreditatis ipſam hæreditatem poſſidere dicitur l. 4. § vlt. ff. ſi quis om. cau. teſt. Ergo nihil prohibet, quominus portio ipſi accreſcat; cũ nõ obſtante venditione dicatur adhuc habere ſuam portionem.

Quintò, quia negari non poteſt, quin hæc res ſit dubia: in dubio autem fit interpretatio contra emptorem circa acceſſiones rei venditæ. l. Si in emptione. ff. de contrah. empt. quamuis vbi quęſtio oritur ambigua circa rẽ ipſam venditam, interpretatio fiat contra venditorem, l. Labeo. l. Cum de lege. ff. eod. tit.

Sextò, nam conſideranda eſt natura venditionis hoc in caſu, quæ facta eſt de portione certa hæreditatis, & certo precio; Vnde iniquum videtur, vt emptor aliã portionem conſequatur, minimè venditam, nullo precio ſoluto: ſemper autẽ illa facienda eſt interpretatio in dubio, per quam abſurditas & iniuſtitia euitari poteſt, l. nã abſurdũ. de bon. libert. & illa quæ neutri partium eſt captioſa, latè Menoch. de arbit. iud. caſu. 199.

Septimò conſiderandum eſt, iuris accreſcendi naturã & proprietatem, non iſtam eſſe, vt portio ſequatur portionem abſolutè, ſed vt ſequatur portionem perſonæ cõiunctæ; ſic enim loquitur. l. Si Titio. ff. de vſufr. Cum igitur venditor ſit perſona illa coniuncta; emptor autẽ minimè; iuſtius eſt vt portio venditori accreſcat, nõ autem emptori.

Vltimò, ego puto attentari poſſe & hanc concluſionẽ rectè defendi, quod portio proueniens ex iure accreſcendi antequam deficeret, nõ poſſit vendi vel donari, etiam expreſsè, quia non valet pactum de hęreditate viuentis; cum ſit cõtra bonos mores. l. vlt. C. de pact. & dicitur eſſe improbus, qui eſt ſolicitus de hęreditate viuẽtis, l. Quidam. § 1. ff. de donat. & hoc procedit etiam ante ius quęſitum viuenti l. 2. § Interdum. ff. de vulgar. Nemo igitur præſumitur facere voluiſſe, id quod iuſtè facere non poteſt. l. meritò. ff. pro ſocio.

Nõ obſtat ſi dicatur vendi poſſe ius ſubſtitutionis pupillaris, etiam viuẽte pupillo. l. 2. § Illud. ff. de hęr. & act. vend. Quia reſpõderi poteſt in illo tex. abundare dictionem maximè, vt notat ibi gl. Vel illud eſſe ſpecialiter cõſtitutum in pupillari ſubſtitutione, quia eſt ſequela hęreditas paternę, vt notat Dec. i l. vlt. nu. 21. C. de pact. Quæ quidem ratio ſpecialitatis non militat in propoſito noſtro, cum nullo iure probari poſſit, vnam partem hęreditatis, alterius partis ſequelã eſſe, & acceſſoriam; partes n. accedunt toti, & illud ſequuntur l. Malum. de verb. ſign. non autem vna alteri parti accedere dicitur. Nõ obſtat ſi dicatur vnam partem accedere alteri per ius accreſcẽdi; quia iſtud eſt verum, poſtea quam defecit, non autem ante; ſed in caſu noſtro pars deficiens non conſideratur poſtquam defecit, ſed antequam deficiat; quia tempore venditionis nondum defecit.

Quæ omnia his addẽda erunt quæ aliàs ſcripſi de hac eadem quæſtione.

CAPVT LXX.

An in præteritione paterna filij in poteſtate, locum habeat Auth. Ex cauſa C. de lib. præter. & in corpore vnde ſumitur.



TRactaui aliàs hanc quæſtionem; ſed nunc pleniùs iuuat retractare. Communis eſt ſententia locum habere etiam in præteritione paterna vt teſtantur in d. Authen. ex cauſa C. de lib. præte. Cagnol. numero decimoquarto, Bologn. numero 27.

Primò ex § Aliud quoque Capitulum in Auth. Vt cũ de app. cogn. verſ. ſin autem hæc obſeruata non fuerint: conſiderando verbum *exhæredans* quod eſt ibi poſitum, largè continere præteritionem l. ſi patronus. de bonis libert. l. Non putauit § Non quæuis de bono. poſſ. contra tab. Reſpondes Bolog. vbi ſupra nu. 24. id non eſſe verũ; quia hoc modo præteritio eſſet ſpecies exhæredationis; at id ſtare non poteſt: quia ſpecies eſt in genere ſuo l. Si quid eatum § Inter emptum de leg. 3. Sed præteritio excludit exhæredationem, tantum abeſt vt in exhæredatione inſit, tanquam in ſuo genere § Eadem inſt. de hæred. quæ ab inteſt. Ad textus adductos reſpondet, non probare: quia dicunt præteritionem haberi pro exhæredatione. Aliud eſt eſſe tale, aliud haberi pro tali: Glo. in l. Mercis de verb. ſig.

Secundum arg. eſt, quia ratio conſtitutionis locum habet etiam in præteritione paterna. Illa eſt ratio: ne *filij falſis accuſationibus damnentur* verſ. ſine autem hæc obſeruata non fuerint. Hæc ratio locum habet etiã in præteritione paterna: Ergo fit extẽſio etiam in correctorijs, cum ratio ſit expreſſa in lege corrigente Iaſ. in Authen. quas actiones nu. 22. C. de Sacroſanct. Eccl. Ripa in l. Si conſtante nu 66. ſol. matr. Reſpondet Cagnol. vbi ſupra nu. 14. extenſionem non poſſe fieri quando lex eſt correctoria, & pęnalis ſimul, Dec. in c. Tranſlato num. 3. in 1. lect. de conſtit. Iaſon d. Auth. quas actiones numero 22. Quod ſit pęnalis videtur probari ex § Sin autem hæc omnia non fuerint obſeruata ibi. *Et hæc quidem exhæredationis & præteritionis ſit pœna.*

Tertium argum. ſumitur ex § Sin autem hæc omnia, vbi dicit Imperator, ipſius intẽtionem eſſe iniuriam exhæredationis & præteritionis auferre. Reſpon. verbum præteritionis referri ad lineam maternam; exhæredationis autem verbum ad lineam paternam: Gloſ. in eadem Nouella in § Sancimus in ver. præterit.

Quartum arg. eſt ex initio dictæ conſtitutionis, quod eſt generale: ideò licet referat poſtea caſum ſpecialem, nihilominus generaliter lex eſt accipienda l. Regula § Ex his cer. de iu. & fa. ig. Reſpondet Cagnol. nu. 24. initium conſtitutionis non eſſe generale; quia verbum præteritionis refertur ad lineam maternam, vt ſupra dictum eſt.

Quintum argum. eſt, loquitur hæc conſtitutio de filio exhæredato ſine iuſta cauſa; & ita inter omnes conuenit. Sed iſtiuſmodi exhæredatio, eſt præteritio. l. Non putauit § Non quæuis. de bono. poſſeſſ. contra tab. § Eadem inſt. de hæred. quæ ab inteſt. Ergo loquitur etiam de præteritione. Reſpondetur negando minorem: quia tex. allegati loquuntur de exhæredatione non ritè facta, id eſt, non ſolenniter, vt cõuenit fieri: Non autem loquitur de exhæredatione ſine cauſæ inſertione: quia illa ſolemnitas cauſæ inſerendæ, olim nõ erat neceſſaria, ſed hac conſtitutione inducta fuit.

Sextò

Sextò pro hac sentẽtia Cagnol.adducit tex. in §. Sinautem hæc omnia.vbi tex.dicit ea quæ supra dicta sunt esse de exhæredatione & præteritione. Respon. loqui ibi de pręteritione patris, quę pro exhęredatione habetur Glo. in l.1.de inoff.testam.

Septimum argum.est Bologn.dicentis,cõstitutionem sane non loqui de præteritione patris, sed tamen ad eam extendi,quia ratio est in ea expressa,quæ conuenit etiam præteritioni: Et in correctorijs fit extensio, vbi ratio est in lege expressa,vt p Ias.in d.Auth. quas actiones nu 22. Sed responderi potest vt supra, extẽsionem non fieri vbi lex est correctoria & pęnalis simul.

Contrariam sententiam amplexus est Fulgos.Oldrad. cons.138.& Bologn.dicit esse veriorẽ vbi supra:quia tex. loquitur de exhæredatis liberis vt patet ibi in §.Sinautẽ: hæc *nullum exhæredatis liberis fieri præiudicium*.Confirmari potest,quia verba strictè sunt accipienda in materia odiosa, sicut est exhæredatio c.Rodulphus de rescrip.& sic verbum exhæredatis strictè videtur accipiendum pro exhæredatione,non autem pro prętensione.Rursus quia Imperator hac constitutione voluit fauere filijs, ne circumscriptionem patiantur: Sed vbi filius est præteritus non indiget fauore Imperatoris: quia tunc testamentum est nullũ, & legata corruunt l. Filio præterin.de iniusto rup. testa. & ideo potius in odium filij retorqueretur hæc constitutio,si de pręteritione paterna sit accipienda:quia sic filius præteritus legata præstare tenetur.Ego puto cõmunem sententiam esse probabilem.

Primò ex §.Sancimus d.const.dum ait *Non licere patri vel matri filium exhæredare, vel præterire*. Hæc verba sunt clara, & verbum præterirẽ refertur tam ad patrem quam ad matrem.

Secundò quia si nullum potest fieri præiudicium exhęredatis vt habetur in §.Sinautem hæc, ergo nec præteritis: quia in tota illa constitutione æquiparantur exhæretio & præteritio: ergo dispositum in vno, locum habet etiam in alio Glos.in l.Si quis seruo C.de furtis, etiam in materia correctoria Ripa in l. Si cõstãte nu.69. sol.matr.

Tertiò quia ratio in lege expressa locum habet etiam in præteritione,ergo fit extensio,etiam in materia correctoria Ias.d.Auth.quas actiones nu. 22. & Ripa in d.l.Si constante.nu.72.Nec est verum, quod sit correctoria & pęnalis simul sicut loquitur Glos. in clem. 2. de ætate & qual.in ver.Eisdem.vnde sumitur dicta limitatio: loquitur enim de pęna propriè quę est coercitio delicti, vt per doct.in rub.de pęnis.

Quartò quia hęc opinio fauet testamento; vt,scilicet, valeat quantum ad alia,excepta institutione:igitur est sequenda in dubio l.Si pars de inoff.testa.Menoch.de Pręsump.lib.2.Præsump.71.nu.30. Non ob.verbum exhæredatis, quia iã patet ex responsis.Non ob.pręiudiciũ liberorum in soluendis legatis;quia Imp.non tam voluit liberis fauere,quàm testamento; vt ipse declarat: licet ex eo iura antiqua remaneant correcta.

Nouissimè Anton. Faber de erronib. pragmaticorum Decade 20. Errore 4. Scribit eam constitutionem loqui de testamentis, quę rescinduntur per querelam: & ideò non pertinere ad testamenium, nullum ex causa pręteritionis:quia quod nullum est, rescindi non potest.l.Nam etsi.de iniusto rup.irr.test.Nec obstare uerbum pręteritionis,quo frequenter Imperator est vsus in illa constitutione,quia intelligitur de pręteritione, quę pro exhęredatione habetur. Respondeo dictam constitutionem loqui etiam de pręteritione,vt verba ipsa sonant; consequẽter loqui etiam,vbi testamẽtum est nullum. Et quod verbum pręteritionis accipiatur pro ea,quæ vim habet exhęredationis, diuinationem continet. At pręteritioni non conuenit illud quod de insertione causę dicitur.Respon. imò cõuenire, quia si dicit, Filium meum prętereo absq; causa,vel quia me verberauit;est pręteritio,& non exhęredatio,vt docet Bart.in d.Auth. Ex causa num.10.C.de lib.pręter.

CAPVT LXXI.

Legitimati per subsequens matrimonium,an excludant substitutum sub conditione,si institutus decesserit absque filijs de legitimo matrimonio natis.

DE hac quæstione dixi lib.4.cap.54. postea plenius inueni tractatam à Peregrino de fideic. art.24.nu.14. Nunc argumenta mihi soluenda esse vidẽtur,quibus nouissimè doctissimus Laderchius cons.24. contra substitutum mouetur. His enim omnibus simul coniunctis, vix aliud in hac quæstione desiderari poterit.

Primò is mouetur ex l.Cum quis,in fi. C.de natu.lib. in illis verbis. *Sed qui ex eisdẽ matrimonijs procreati sint, simili perfruantur fortuna. Ecce(inquit)hic Imperator appellat hos legitimatos,procreatos ex matrimonio*;idem probatur in §.fin.de nupt. Sed certè illa verba referuntur ad alios filios,qui post matrimonium nati sunt, non autem ad eos qui ante: illa dictio *eisdem* non includit natos ante, quasi eadem sint matrimonia & ijs & illis qui ante sunt nati: Neque enim potest esse matrimonium,respectu eorum qui antea sunt nati: quia tunc non erat contractum,& tex.paulò post eos appellat natos *ante dotem:* si ante dotem,igitur & ante matrimonium,quia illo iure absque dotalibus instrumentis non erat. Si ante matrimonium sunt nati,ergo non ex matrimonio:Non igitur merum commẽtum est, sed valde probabilis expositio. Vtitur autem Imperator phrasi qua vti solemus, cum semel fecimus mentionem alicuius rei: quasi dicat ex *eisdem* matrimonijs,id est,illis de quibus proximè facta est mentio, ex illismet quę secuta sunt, postquam natus erat filius.

Secundò mouetur ex c. Tanta: qui filij sint legitimi: coniungendo rubeum cum nigro,& illa verba: *Post contractum matrimonium legitimi habeãtur:* denotant veritatem ex doctrina Bart.in l.Si is qui pro emptore,nu.29. de vsucap. Resp.ponderanda esse verba illa, *Post contractum matrimonium:* Ergo non ante:Nec tex.dicit retrotrahi, nec id iure probatur, pręsertim cum de tertij pręiudicio agitur Alciat.lib.5.Paradorum,cap.12. Peregrin. d.art 24.num.34.

Tertiò mouetur vigore exęquationis factę inter legitimè natos & hos legitimatos d.l. Cum quis. C. de nat. lib §.Reliqui in Auth.quib.mo.ad off.leg. Resp. exęquationem,quę fit iuris interpretatione,cessare, quando verba requirunt veritatem, & non fictionem.l.vlt.C.de his qui ven.ęta.impet.Et ita exęquatio locum habere potest in dispositione legis: secus autem in dispositione hominis, in qua sonus verborũ attendi debet; ut in proposito ex pluribus demonstrat Peregrin.d.art.24.nu.42.

Quartò adducit tex.in c. Cum in cunctis, & in c. Innotuit cum ibi not. per doctores de elect.ubi admittitur ad Episcopalem dignitatẽ legitimatus per subsequẽs matrimonium; licet Pontifex Max. requirat, ut sint nati de legitimo matrimonio.Monstrum igitur esset,non haberi pro legitimo, quãtum ad actus seculares, qui pro legitimo habetur, quantum ad dignitates ecclesiasticas, ut inquit tex.in c.Per venerabilem.qui filij sint legiti.Resp. omissis aliorum responsionibus,text.allegatos non dicere, quòd legitimati per subsequens matrimonium admittantur ad Episcopatus:sed est Glos. quæ hoc dixit in d.c. Innotuit,per tex.in d.c.Tanta. Igitur negari potest id uerum esse,quia tex.in d. c.Tanta id non probat;sed tantũ probat,legitimatum per subsequens matrimonium pro legitimo haberi.At nos legitimè natum requirimus,non autem legitimatum.Et authoritas doctorum euitari potest, quia ijdem sunt, qui & in quęstione nostra sunt pro legitimato: Pręterquam quod, ut sępedixi, non authoritatibus, sed rationibus agendum est in disputando.

CAPVT

A

CAPVT LXXII.

Ad Auth. Praeterea. C. Vnde vir & vxor.



Non placet quod respondit Natta in consil. 605. vxori inopi vsumfructum quartæ partis deberi, si mortuus sit vir, filijs superstitibus, qui desuncti postea sint. Fundamentum enim ipsius in eo consistit, quòd scilicet filijs ius dominij quæsitum fuerit, & sic ad hæredes transmissum; ex quorū persona non debeat obligationis qualitas immutari.

Nego ius quæsitum esse. Nullo iure id probatur. Non est bonum argumentum de vsufructuaria muliere relicta, quod legatum in alimenta resoluitur ex consuetudine *Bulgari*; & sic remanet etiam defunctis liberis, nisi plura sint legata: veluti cum dictum est, donec vixerit, ad trad. per Bart. in l. Titia. §. Titia. de leg. 2. Quia mulier B à principio habet dominium, non autem vsumfructum tantum: licet illud liberis, si extiterint, reseruare teneatur. Verba Irnerij, quem in hoc nullus interpretum accusat malæ traiectionis ex authentico, sunt ista. *Vt tamē eiusdem matrimonij liberis proprietatem seruet, si extiterint. His verò non extantibus, vel si nullos habuerit, potetur etiam dominio:* quomodo cōseruabit liberis proprietatem, si ipsa vxor eam non habet, sed liberi? Est planè simile exemplum de muliere transeunte ad secundas nuptias, quia conseruat proprietatem bonorum liberis primi matrimonij: verùm si moriantur, eam ipsa habet, nō autem hæredes filiorum defunctorum. l. Fœminæ. §. Illud. in fine. C. de secun. nupt. Ripa ibi, num. 5. Bald. consil. 153. lib. 5. latè Gabriel. tit. de secun. nupt. concl. 1. nu. 23. Quod simile exemplum non labefactatur ea responsione, quod ibi sit ita constitutum. Nam similiter & hic constituendum videtur à nobis interpretatione iuxta. l. Nō possunt de legibus. Nec valet illa interpretatio, *his verò* C *non extantibus, vel si multos habuerit, potietur etiam dominio, non extantibus tempore mortis patris.* Quia intelligo illa verba absolutè, quandocunque non extent: quia iam dixit text. vxorem inopem succedere vnà cum liberis in quartam. *Succedit*, inquit tex. *vnà cum liberis communibus in quartam.* Si iam successit vxor in quartam, etiam stantibus liberis, & successit simul cum liberis; ergo mortuis liberis liberata est ab onere conseruandi eisdem proprietatem dictæ quartæ, de quo onere statim fit mentio: ergo supponendum est, liberos extare tempore mortis patris, & nihilominus vxorem succedere in proprietate quartæ vnà cum liberis: Ergo illa verba, *non extantibus*, referenda non sunt ad tempus mortis vxoris: quæ proprietatem non tenetur conseruare eisdem liberis, si non extent: prius enim ipsa mulier succedit pleno iure cum eis; sed postmodum conseruare tenetur filijs extantibus, scilicet postquam ipsa vxor bonis erit fruita toto vitæ suæ tempore. His accedit quod Imperator in D Auth. Vt liceat matri & auiæ. §. Quia verò legem, ait vxorem habere quartam partem substantiæ viri vnà cum filijs: deinde iubet, ut dominium ipsis filijs seruetur, quos ex illis nuptijs habuerit: Ergo priùs ipsa debet frui; vt illa verba indicant, *ita quippe vt ipsa vxor vsum solùm habeat*: Ergo reseruatio dominij, de qua statim loquitur, debet referri ad tempus, quo vxoris finitus est vsusfructus; eo igitur tempore filijs reseruabit vsumfructum, si extiterint. Si non extiterint, pleno potietur dominio, vt interpretatur Imerius: cuius authoritatem cæteris anteponere iustum mihi videtur: Atque ita sentio, meliori iudicio saluo.

CAPVT LXXIII.

De pacto legis commissoriæ in pignoribus, an iuramento firmetur?



Pactum legis commissoriæ in pignoribus iuramento firmatur, ex iuris canonici regulis; quibus declaratur, omne iuramentum seruandum, quod seruari potest sine dispendio salutis æternæ, licet iure ciuili reijciatur ac improbetur. cap. cum contingat de iureiur. cap. quamuis de pact. in 6. Vsque adeò, vt locum istud habeat etiam in debitore, qui iurauit se soluturum vsuras. cap. Debitores. de iureiu. Et hæc est verissima & receptissima doctorum sententia. Gloss. & doct. in c. cum contingat de iureiu. in c. significante. de pigno. & alibi. Latè Serafinus de priuileg. iuramenti Priuilegio 131.

Contrarium docet nouissimè Antonius Faber de erroribus Pragmaticor. decade 21. errore 8.

Cuius fundamentum est in eo positum, quod iuramentum non possit efficere id, quod per rerum naturam fieri nequit: Fieri autem nequit vt eiusdem rei pignus & venditio simul contrahatur, aut contracta esse intelligatur.

Sed pace doctissimi I. C. non est hoc impossibile: quia venditio fit sub conditione, si non soluant pecunia tempore conuento: quod venditionis genus receptum est, eius rei quæ oppignerata fuit; nisi odium creditoris obstaret, qui minùs iusto precio rem acciperet ob legem commissoriam. *Potest ita fieri pignoris datio hypothecave, vt si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptionis possideas rem, iusto precio tunc æstimandam. Hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio* l. Si fundus 16. §. vltim. ff. de pignoribus. At vbi non est adiecta iusti precij mentio, non valet pactum, odio creditoris. Sic enim ait Constantinus in l. vlt. C. de pact. pignor. *Quoniam* (inquit) *inter alias captiones, præcipue commissoriæ pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam, & in posterum omnem eius memoriam aboleri.*

Nam cum res pignori obligari soleant longè superualentes debito, nolebant creditores mutuam dare pecuniam, nisi sub lege & pacto expresso commissi pignoris, nisi pecunia in termino conuento solueretur. Huic legi facilè debitores pecunia egentes se subijciebant, sperantes interim rebus suis consulere, & tempore constituto pecuniam restituere: quod cum præstare non possent, res proprias amittebant, easque creditores acquirebant: sic doctores nostri, & rectè: Bartolus in Lege prima, & vltima C. de pactis pignoris & ibidem Cuiacius in Paratitlis Neguzan. de pign. 4. parte prin. in prin. Modernus Parisiensis de Vsuris numero 364 quæstione 52. Didacus Couuar. Variar. resol. libro 3. cap. secundo, numero octauo, Syluester in Summa ver. Pactum quæstione decimaquarta, Connanus libro 4. Comment. iuris cap. decimooctauo numero 8. Non igitur male S. Pontifex in cap. significante. de pigno. existimauit, hanc pactionem, odio creditoris improbatam esse: quia hæc est vera ratio; non illa, *quòd sit de re impossibili, & implicante contradictionem.*

CAPVT LXXIIII.

De argumento, à Cessante ratione legis, *quædam non vulgaria.*

OMnes sciunt regulam, *Cessante ratione legis cessat lex.* l. Quod dictum. ff. de pactis. lege. Adigere. §. quamuis, de iure patrona. cum alijs quæ tradit Euerard. in Cẽt. legali, loco *à Cessatione rationis.* Sed non omnes notíit, (nisi fallor) quo pacto sit intelligéda; quoniam Euerard. vbi supra non sat plenè rem attingit. Reperio hanc regulam sic esse accipiendam, vt procedat, quando cessat ratio legis generaliter; secus autem si cesset in casu particulari: ita Arenn in l. 2. col. 5. vers. Tu autem aduerte. ff. de vulg. Tiraquell. tract. cessante causa. Limita. 32. Couuaru. in c. cum esses, nu. 9 de testam. & in Epith. de sponsalib. par. 2. cap. 6. §. 9. nu 8. Fundamentum est in Clem. Ad nostram, de hæret & in l. 1. in fi. de minorib. Sed difficultas est in eo, quòd tex in l. Quod dictum. de pact. in lege. Adigere. § Quamuis de iure patronat. ex quibus sumitur dicta regula, & alij textus concordantes, loqui videntur in particulari casu; Si ergo cessaret ratione legis in illis casibus particularibus, cessaret legis dispositio; qui fieri potest, vt declaratio subsistat, qua sic cautum est, vt cessante ratione legis in vno actu particulari, non cesset lex?

Hæc sanè difficultas sæpe me torsit. Cæterum cùm rem Perillustri Comiti Nicolæ Clericato Vicentino auditori meo, iuueni certè omni virtutum genere prædito, & ad omnem gloriam nato declarassem, is mihi luculẽtam attulit huius rei enodationem. Quod dicitur, in d. l. 1. in fi. de mino. res minorum committi solere aliorũ administrationi, licet rem suam bene gerant; id pertinet ad particularem vnius vel alterius minoris personam: Ideoque, licet sciret legumlator aliquos fore minores industrios atque sagaces, voluit tamen res minorum ab alijs gubernari, quia plerumque fragile est minoris cõsilium, & multis captionibus expositũ, vt dicit I. C. in d. l. 1. Licet ergo in Titio, puta, cesset ratio ista, vel in Caio minoribus, propter sagacitatem eorum; non cessabit legis dispositio, quia cessat ratio in casu particulari, non autẽ generaliter in omnibus: At in l. Adigere §. Quamuis. de iure patro. ratio legis non cessat in vno vel altero particulari, sed in omnibus Castratis: nullus enim est, qui possit generare: meritò in eis cessat legis dispositio, generaliter in omnibus, non autem in vno vel altero tantũ. Idem & de alijs textibus meum discurrebat, egregiè sanè, vt mihi visum est: quamobrem totam hanc explicationem nobilissimo viro acceptá ferre debent studiosi, ad quos nostra hæc scripta peruenient.

CAPVT LXXV.

Ad l. 4. §. Cato, de verborum obligatione.

DVæ sunt facti species proponendæ, ex quibus sententia clarissima huius. §. apparebit. Prima: Titius Caio vẽdidit prædium Sempronianum, promisitque ei ire, agere licere per aliud prędium; neque per se neque per hæredes factum iri, quominus ei ire, agere liceret: si aduersus ea factum esset, pœnam Caio stipulanti promisit.

Moritur Titius venditor relictis pluribus hæredibus: vnus hæredum prohibet emptorem, quò minus eat ad fundum emptum. Quæritur an pęna sit commissa aduersus illum solum, an verò etiam aduersus alios cohęredes, pro portione hæreditaria, qui non prohibuerunt. Respõdit Paulus ex sententia Marci Porij Catonis, cuius meminit Pompon. in l. 2. de orig. iur. pœnam committi aduersus omnes hæredes, pro portione hæreditaria. Ratio dubitãdi est: quia factum vnius, nõ debet alteri nocere.

A l. De pupillo. §. Si plurium, de ope. no. nunc. Pœna enim suos tenet auctores. l. Sancimus. C. de pœnis. cap. Si compromissarios. §. Porrò, de elect. lib. 6. Nec alteri per alterum debet iniqua conditio inserri. l. Non debet, de reg. iur. Ratio decidendi est; quia quod ab vno ex hæredibus fit, ab omnibus factum videtur; hoc est, idem est, ac si ab omnibus factum esset: quia stipulator non in partẽ prohibetur ire, agere; sed in totum, vt ait idem Paulus, in l. In executione. §. Quod si stipulatus. eod. tit. Tanti igitur interest stipulatoris ab vno prohiberi, quanti si ab omnibus prohiberetur: quia ire, agere, est indiuiduum. l. 2. §. vlt. supra eod. tit. In summa, est idem, ac si promissor dixisset, si vllus hæredum prohibuisset ire, agere, pœnã solutum iri: quo casu si vnus prohiberet, sine dubio pœna contra omnes committeretur, pro portione hęreditaria; quia lex 12. tab. diuidit obligationem inter hæredes pro portione hæreditaria. l. Hæredes §. Idẽ iuris. ff. fam. herc. l. Pro hæreditarijs C. de hæred. act. l. 1. C. si cert. pet.

B Non obstat ratio dubitandi; quia licet pœna committatur contra omnes hæredes; tamen ipsi, qui non prohibuerunt, actionem habent pro indemnitate. l. In executione. §. Quod si stipulatus. l. 2. §. Item si in facto. eod. tit. de verb. oblig.

Sed contra: quia nemo ideò obligatur, quod recepturus sit ab alio id, quod ipse præstiterit. l. Nemo ideo, de reg. iur. quia posset fieri nõ soluendo. l. Supra iter. §. Apud feroceni, de aq. plu. arc. Aliqui dicunt alios hæredes, qui non prohibuerunt, cedẽdo actionem liberari, secundũ reg. l. Quod debetur, de pecul. l. quod si possessor de pet. hæred. cum similibus. Sed refellit hanc sententiam Soc. Iun. in d. §. Cato, nu. 28. tum quia tex. dicit pœnam exigi posse; tum quia hæres non habet actionem antequam soluat. Nec ideò tenẽtur cohæredes, quod actionem habent, sed quia stipulatio est indiuidua: & ideo ab omnib. factum videtur, quod vnus fecit: ideo nõ est locus regulæ. l. Quod debetur, de pecul. Responderi potest, legem

C aliter prouidere non potuisse; quoniam defuncti obligatio est indiuidua; quamobrem hæredes non possunt cõqueri de lege sic eos obligante, sed de ipso defuncto, qui sic eos obligauit.

CAPVT LXXVI.

Ad eundem. §. Cato l. 4. de verborum obligatione.

ALtera facti species est ista. Promisit Sempronius se amplius non acturum: si amplius ageret, pœnæ nomine cẽtum. Mortuo Sẽpronio vnus ex hæredibus cõtrauenit. Quęritur, an pœna sit commissa contra omnes cohæredes? Respondetur in tex. commissam esse contra eum hæredem solum qui contrauenit. Ratio dubitandi

D est ex l. 5. §. vlt. infra eod. Ratio decidendi est, quia stipulatio est rei diuiduæ, vt in tex. Ad d. l. 5. §. vlt. respondebat olim Ioãnes ibi agi de stipulatione, quæ consistit in dando; hic de ea quæ consistit in faciendo. Male: quia ibi pœna incurritur ex eo, quod arbitri sententiæ non paretur; quæ tamen potest consistere, etiam in faciendo; id est, iubere vt aliquid fiat. Melior est responsio, in d. §. vlt. pęnam in totum committi: quia aliud statui non potest in huiusmodi stipulationibus sine iniuria stipulatoris: & hoc est, quod ait I. C. in l. 3. fam. hercis. solutionem partis non minima incommoda habere. Ideoque creditor inuitus, non cogitur partem summæ accipere l. Tutor. §. Lucius. ff. de vsuris.

CAPVT

CAPVT LXXVII.

Ad eundem, §. Cato l. 4. de verb. obl.

VEnio ad vers. *Sed videamus* Glo. ibi scribit sensum esse, his verbis quæri, an idem sit in stipulatione per te non fieri, quo minus mihi ire, agere, liceat, quod in stipulatione iter fieri: an verò magis idē, quod in stipulatione, Titium hæredemque ratum habiturum: & respōdet Paulus non idem esse. Non placet; quia *Iter fieri, & per te non fieri* &c. non sunt duæ distinctæ stipulationes, sed vnica stipulatio est, continēs affirmationem & negationem: hoc modo. Iter fieri licere: & per te non fieri, quo minus mihi ire, agere, liceat; vt patet ex l. 2. §. pen. & vlt. supra eod. tit. Huc accedat, quod si stipulatio, *Iter fieri*, quam initio pro exemplo posuit I. C. indiuiduæ stipulationis, non esset eadem cum stipulatione per te nō fieri, inepta esset ratio, quæ in tex. habetur: cum scilicet tex. dicit, in stipulatione iter fieri pœnam committi contra omnes hæredes; quia nisi insolidum peccari potest, & ab omnibus factum videtur in illa stipulatione, *per te non fieri*. Quid enim hoc ad rem facit, si stipulatio per te non fieri, diuersa est à stipulatione iter fieri? Quæ causa est, vt nec mihi probetur Alciati expositio, hoc in loco ab eo tradita, & in commentarijs de diuisionibus stipulationū, Paulum dubitate, an stipulatio, per te non fieri, eadem sit cum stipulatione, iter fieri, vel amplius non agi: quoniam & hęc interpretatio differentiam constituit inter stipulationem, iter fieri, & per te non fieri, quæ constituenda non est; vt dixi.

Doctissimus Tautellus dicebat hic quæri, vtrum stipulatio, *dolum malum abesse*, cuius fit mentio in principio legis, sit eiusdem naturæ cum stipulatione, per te non fieri? an vna potius eum stipulatione, rem ratam haberi? Et hanc sententiā Pauli esse, eandem esse cū stipulatione, *rem ratam haberi*; vt probatur in l. In stipulatione ff. rem rat. hab. & quia prætoriæ stipulationes sunt eiusdem naturæ l. Pœnales §. Iulianus ff. ad l. Falcid. Non placet, quia non est verisimile, hunc versiculum esse referendum ad principium legis tam remotū, & de quo Paulus iam separatim dixerat. Deinde, quia stipulatio, rem ratam haberi, est diuidua; vt hic probatur & in l. Inter §. Siquis ita stipulatus. fam. hercisc. At stipulatio, dolū malum abesse, indiuidua est, vt hic in principio legis probatur, & in d. l. Inter. §. quod si ex facto ff. fa. hercisc. Nō obst. l. Pœnales §. Iulianus quia non habet locum in stipulationibus indiuiduis, vt in l. 2. ff. de præto. stipul. Non obstat l. In stipulatione, quia hoc tantum dicit, in stipulationem, rem ratam haberi, venire id quod interest, & idem iuris esse in stipulatione, siue in clausula, Dolum malum abesse.

Communis igitur expositio (nam quæ recentiores dicunt omitto) mihi verissima videtur, quā attulerunt antiqui Glossatores, Iason, Ripa, Socinus Senior, ac Iunior, nouissimè Zasius & Cuiacius; Paulum quærere, ac dubitare, an idem sit iuris in stipulatione, amplius non agi, quod in stipulatione, per te non fieri; an verò magis idē, quod in stipulatione, Titium hæredemque ratum habiturum, & concludere, idem esse, quod in hac stipulatione de rato; quoniam stipulatio rati diuidua est, sicut & stipulatio, amplius non agi. Ista expositio verbis text. est consentanea Ait enim Paulus. *Videamus an non idem hic sit*, id est, in dicta stipulatione, amplius non agi, *quod in stipulatione, per te non fieri: an verò magis idem quod in stipulatione, Titium hæredemque ratum habiturum.* Nam stipulatio de *rato, recipit diuisionem, quia is solus tenetur, qui ratum non habuit, & is solus agit, a quo fuerit petitum* quasi dicat; stipulatio de rato eiusdem est naturæ, cuius est stipulatio amplius non agi. Illa enim verba, *& Paulus respondit, non idem esse*, non sunt agnoscēda, quia non extant in Pandectijs Florentinis: Cōfirmatur hæc sententia. Nam Paulus vnam ex stipulationibus istis confert

A cum stipulatione, Titium hæredemque ratum habiturum. Non est dicēdum eum conferre stipulationem, iter fieri vel per te non fieri, quia sunt indiuiduæ: illa verò diuidua est. Ergo cōferre videtur stipulationem, amplius non agi, quæ similiter est diuidua, sicut stipulatio, Titium hæredemque ratum habiturum. Ratio dubitandi erat, quia Dominus pro parte ratum habere non potest; igitur nec hæres: quia ex persona hæredis non mutatur conditio obligationis l. 2. §. Ex his. eod. tit. Ratio decidendi est, quia vtraque stipulatio, idest, amplius non agi & rem ratam haberi, diuisionē recipit, vt in tex. dicitur. Nō obstat reg. d. l. 2. §. Ex his, quia locum nō habet in stipulatione, rem ratam haberi, vt docet idem Paulus in l. 2. §. Incertam. de prætor. stipul.

CAPVT LXXVIII.

B ### *Vt pœnalis promissio sit, an oporteat esse promissum expressim, nomine pœna.*

NOtat Areti. ex l. 4. §. Cato de verborum oblig. pœnalem promissionem seu stipulationē non dici, nisi fuerit expresse dictum, nomine pœnæ aliquid dari vel fieri. Nam text. dicit *pœna certa pecuniæ promissa*. Idem voluit ibidem Crot. Io. And. in c. Bona fides de depo. Roman. in l. stipul. ista §. Alteri. de verborum oblig. Cæterum illud argumentum facile potest euitari. Licet enim text. dicat pœnam certæ pecuniæ stipulationi adiectam; non tamen negat esse pœnalem promissionem, si non fiat mentio pœnæ. Pro eadem sentētia adfertur tex. in §. Non solum inst. de eod. tit. ibi. *nisi feceris, dabis centum nomine pœnæ?* Verum eodē modo potest responderi, non negare Imperatorem, quin pœnalis stipulatio sit, licet nō fuerit dictum nomine pœnæ. Tertiò adducimt l. Qui res §. qui stipulatur. de solution.
C vbi requiritur pœnæ nomine promitti decem, nisi quinque dentur Titio. Sed ibi necessarium est exprimere, ad tollendam obscuritatem: cum enim dicitur, *Dabis mihi decem, aut Titio quinque*; potest esse sensus, vt in totum decem dentur, quinque Titio, & quinque stipulatori; ideo necesse fuit adijcere, nomine pœnæ.

Quartò adfertur l. Si ita stipulatio de oper. libert. vbi 20. obligationi adiecta sunt loco operarū promissarum; quasi operas tanti stipulator æstimauerit. Sed non propterea inferri potest, quantitatem promissam in alijs casibus, pro pœna intelligi non posse.

Contrariam igitur sententiam amplexi sunt Iason in d. §. Cato num. 3. Ripa nume. 8. Soc. Iun. num. 12. quibus & ipse assentior.

Probatur in l. vlt. & ibi not. Bartolus de prætorijs stip. & in l. In executione §. Quod si stipulatus & ibi Gloss. in ver. dati. eod. tit. de verborum oblig. & in §. pen. eiusdem l. Et in l. vlt. ff. de eo per quē factum fuerit, & in l. Nouis-
D simè. ff. iud. sol.

Et ratio est, quia pœna est, quicquid est supra rem debitam l. Si seruus ea lege. de ser. expor.

CAPVT LXXIX.

De verbo, conuenit, in scriptis redacto, an importet stipulationem.

VErbum, conuenit, in instrumēto appositum non importat stipulationem secundū Bart. in l. Lecta colum. 4. si cert. pet. quem secuti sunt Bald. Angel. Salic. & alij communiter, teste Ripa in rub. de verborum obligatione numero decimosexto, quibus & ego consentio. Fundamentum est, quia de verbo *promisit*, quod stipulationem importet, testimonium habemus in §. si scriptum instit. de inut. stip. De verbo autem *conuenit*, nulla est lex tale quid dicens. Verbum enim *conuenit*, commune erat om-

nibus pactis & contractibus. At verbum promitto stipulanonis proprium est §.2.inst.de verborum obligatione: dicimur enim promittere rogati, vt ex latinis authoribus ostẽdit Duarenus in § Adeo.l. Iurisg.ff. de pact.quan quam verborum solennitas Leonina constitutione sublata est l. Omnes C.de contrah.& comm.stip.

Contrarium docuerunt in d. l. Lecta Fulgo. Roman. Castr.& Iason in 3.not. & quidam alij in rub. de verborum oblig.

Primum, quia verbum *conuenit* tacitè includit promissionem. Taciti autem & expressi, par est virtus l. Cum quid.si cert. pet. Nihil est; quia stipulatio requirit verba l. 1. de verborum oblig. ex quibus colligantr interrogationem præcessisse, & responsionem subsecutam esse l. Obligamur §. Verbis de act.& oblig.

Secundum est, quia eadem est ratio circa verbum *conuenit*, quæ est de verbo promisit, vt videantur omnia solenniter acta l. Sciendum de verborum oblig. Respondetur, imo esse diuersam rationem; quia verbum *conuenit* est generale; at verbum *promisit*, speciale & proprium stipulationis.

Tertium est ex l. 1. C.de vsur. Resp. non loqui de promissione facta in instrumento; itaque non facit ad rem: eadem ratione nec ad rem facit l. 1. C. de dot. promiss. quæ solet allegari.

Quartum est ex l. Si extraneus ff.de cond cau. dot. & ibi Glos.in ver. *conuenit*, quæ dicit, scilicet per stipulationem. Respond. loqui de conuentione facta à patre, quæ non valet sine stipulatione l. Auia C. de iure dot.ideo vt actus valeat, intelligitur, per stipulationem.

Quintum est ex l. Si seruus ff. de ser. expor. quatenus ibi dicitur, *conuenit citra stipulationem*: Ergo ipsum verbum conuenit importat stipulationem: quia si non importatet stipulationem, nõ erat opus adijcere, citra stipulationem. Respond. ad maiorem claritatem adiecta fuisse, ne quis existimaret stipulationem subiectam fuisse; sicut olim moris fuisse indicat l. Iurisgen. §. Quod fere.de C pact.l. Lecta.si cert.pet.& l. Qui Romæ §. Chrysogonus. de verborum oblig.

CAPVT LXXX.

Exceptio rei iudicatæ in iudicio summario, an obstet in ordinario.



Vod est cognitũ & decisum in iudicio summario, potest iterum deduci in ordinario l. A Diuo Pio §. Si sup.de re iud.l.pen. de his qui sui vel alie. iu. sunt. l. Si quis à liberis §. Si vel parens.de lib. agnosc.l.3 §. Causæ cognitio de Carbon.edi.l. Si autem §. Si quocunque.de neg. gest. Et ideò probationes factæ in iudicio summario, nõ nocent in ordinario.c. Venlens 2.de testib.

Sed controuersia est, an idem sit dicendum vbi probationes factæ in summario sunt plenæ: Negant idem esse D dicendum Alex. in d.§. si super rebus nu.6. Dec cons.96. Panormit cons.50.lib.1. Ripa in l Qui Romæ §. Duo fratres. de verb.obl.nu.21. Socin. Iun.nu.60.

Primò quia ideò sententia lata in summario, non præiudicat in ordinario, quia in summario sufficit semiplena probatio. l.3.§. Causæ cognitio de Carbon.edi. Hæc ratio cessat, vbi probationes factæ in iudicio summario sunt plenæ; ergo cessare videtur legis dispositio. Responderi potest, non cessare prorsus rationem legis, quia potuisset pars esse diligentior, si ordinarium fuisset iudicium, vt dicebat Areti.in c. causam quæ nu.29. de testib.& attest.

Secundò, quia sententia lata super principali, nocet etiam super incidenti, quando plenè fuit cognitum super incidenti Glos.in l.2.C.de ord cog. Sed hoc nihil ad rem facit, quia non agimus hic de incidenti quæstione.

Tertiò ex l. Sin autem. §. vlt.de neg.gest.& l. Quod in diem. §. 1. de compensation. Sed ibi non agitur de iudi-A cio ordinario & summario; agitur de exceptione semel cognita in vno iudicio, quæ non potest in alio iterum deduci.

Contrariam sententiam amplexi sunt Aret. in d. cap. Causam quæ, nu.29.de testib. Bald.in l.2.in fi.C.de eden. Crot.in d.§. Duo fratres.

Primò, quia litigator non præsumitur tam diligens in iudicio summario, sicut in ordinario fuisse. Resp. Soci. iun. imò de diligentia satis constare, quia probationes sunt plenæ.

Secundò, quia probatio non necessaria non releuat, l. vlt.& ibi Glos.C qui leg. perso. stare in iudic. Sed plenæ probationes in summario iudicio non sunt necessariæ; ergo factæ nihil releuant. Resp.d. Glos. loqui de probatione impertinenti: sed nos loquimur de pertinenti, licet non sit necessaria.

Tertiò, quia iudicium summarium caret forma veri iudicij; ergo sententia in eo lata non nocet in alio iudicio. B Nihil est; quia quęstio pręsupponit probationes factas esse secundum formam iudicij ordinarij, id est, post litem contestatam iux.tit. Vt lit. non contest.

Breuiter mihi magis placet Aretini sententia: tum quia leges non distinguunt, quibus cautum est sententiam latam in summario iudicio, non præiudicare in ordinario, non distinguunt vtrum probationes sint plenæ vel non: tum quia sententia quę lata non est secundum ordinem iudiciorum, non habet vim rei iudicatæ, l. Prolatam. C. de sent. & interl. om.iud. Talis est sentẽtia quæ fertur in iudicio summario: ergo non habet vim rei iudicatæ; & ideo bene dicebat Bald.in l.2.in fi.C.de eden. processum summarium non fieri secundum formam iuris. Forma autem iuris non in hoc solum est posita, vt probationes fiant post litem contestatã, sed vt libellus detur, litis contestatio fiat, & seruetur forma iudicij, de qua Glo. loquitur in d.l. Prolatam.

CAPVT LXXXI.

Sententia lata in iudicio ordinario, an possit in alio iudicio retractari?



X traditis per Bart. in 4. opp. in l. Qui Romæ. §. Duo fratres de verb.oblig. colligitur hęc conclusio: Sentẽtia lata in iudicio ordinario contra actorem pro excipiente, nõ potest retractari in alio iudicio, in quo agitur ad rem accessoriam, veluti ad pœnam vel ad fructus. Probatur in d §. Duo fratres. Confirmatur ex reg. Accessorium de reg.iur in vi. Adducit Ripa tex. in l. Ex diuerso. § 1. de rei vend. sed loquitur quando pronunciatum est pro actore contra excipientem.

Altera conclusio est ex dictis Bartoli; Quod est decisum in iudicio ordinario, sed incidẽter, potest in alio iudicio retractari, principaliter agendo. Egi cõfessoria pro D seruitute debita fundo meo; debui incidenter probare me dominum fundi. l. Sicuti. §. Sed si quæratur. ff. si seru. vend. & ibi Glos. l. Vnisrui. §. 1. ff. si vsufr pet. Victus sum, quia non probaui; Possum in alio iudicio fundum vendicare. l. Sed si ante. ff. de except. Iason Rip. Soc. iun. & omnes in d. §. Duo fratres in 4. opp. Bart. Secus esset, si prius fundum vendicassem, & fuissem victus, quia non possem seruitutem vendicare. l. Fundum. ff. eodem tit. de except.

Tertia cõclusio: Quod est decisum incidenter in iudicio plenario siue ordinario cõtra excipientem pro actore, non potest in alio iudicio principaliter deduci, si concernat causam status: ita Bart. in d. 4. opp. cum quo omnes transeunt arg. l. 1. C. de ord. cog. voluit allegare notata per Glos. in l. 2. in vlt. glo. Ratio est, quia intelligitur pronunciatum super incidenti. l. 1. C. de ord. iud.

Quarta cõclusio: Quod est decisum in iudicio ordinario pro actore contra excipientem, non potest in alio iudicio

dicio æquè principali deduci, & in dubiū reuocari, quando agitur ad eundem finem Bart. & omnes in d. §. Duo fratres in 4. opp. arg. l. Quod in diem. §. 1. De compensat. Et dicitur agi ad eandem finem, quando agitur de eodem facto, licet per diuersa media. l. Duobus de except. rei iud. Secus si agatur ad diuersum finem, vt per Bart. & alios comm teste Ripa, nu. 27. arg. l. Vendicantem cum. l. seq. de euict.

CAPVT LXXXII.

De eadem materia & ad l. Vendicantem cum l. seq. de euict.



Sed obijcitur l. Vendicantem cum l. seq. ff. de euict. vbi probatur, quod est in iudicio decisum & cognitum per modum exceptionis, posse in alio iudicio deduci atque cognosci. Respondet Bart. in l. Qui Romæ. §. Duo fratres de verb. obligat. in 4 opp. illum tex. loqui de sententia lata contra excipientem, in cuius potestate nō erat agere. l. Purè. §. vlt. de doli mali except. Non placet Alciato ibi, quia non est ratio diuersitatis inter actorem & reum. l. 1. de edict. l. vlt. C. de fruct. & lit. expen.

Secundò igitur loco dicebat Iason in d. §. Duo fratres, num. 49. loqui, quando res diuersa in iudicio deducitur, & ad aliam finem agitur. Nō placet Alciato, quia potest reus dicere, Aut dicis me vendidisse, aut non: non potes dicere, me vendidisse, quia si vendidissem, non potuissem rem euincere: aut dicis me non vendidisse, & tunc frustrà de euictione agis. Respondet igitur Alciatus, ibi agentem in alio iudicio, non impugnasse sententiam directò latam in priori iudicio; quia fieri potest, ut contra eum pronunciatum fuerit, non quia aduersarius nō vendidisset, sed quia id non probasset arg. l. Quod in diem. §. 1. de compensa. & l. Si autem. §. vlt. de neg. gest. Non satisfacit; quia in illa specie emptor probauit venditorem fuisse, qui rem vendicabat, & reiectam fuisse istam exceptionem.

Ergo vera est interpretatio, ibi non fuisse rationem habitam exceptionis oppositæ; quo casu idem in alio iudicio peti posse clarum est; quando iudex reiecit exceptionem, non quia vera non esset, sed quia non obstaret in illo iudicio d. l. Si autem. §. vlt. de neg. gest. d. l. Quod in diem. §. 1. de compensat.

CAPVT LXXXIII.

Sententia lata ex falsa causa, an sit nulla?



Bart. in l. Qui Romæ. §. Duo fratres in 6. oppo. dicit sententiam latam ex falsa causa dolo aduersarij, esse nullam; aliàs secus. Alexan. autem, & post eum Iason ibidem, num. 52. dicunt esse nullam, si error fuerit expressus in sententia. Cum Bartolo transeunt alij communiter, teste Socino iun. nu. 68.

Cæterùm, quod sententia ex falsa causa lata, sit nulla si de falsitate causæ constet ex actis, docuit Iason in l. 1. num. 11. C. de err. calculi Felin. in cap. Inter cæteras in 2. concl. de re iud. Rota. decis. 347. Nota quod licet in antiquis. Crau. conf. 134. in fi.

Pro sententia Bar. & sequacium adducuntur. 1. l. Si iudex. §. Marcellus de iud. 2. l. 2. C. quando prouo. non est necesse. 3. l. Præses. de re iud. 4. l. Si expressit. de app. 5. l. 1. ff. quę sent. sine app. rescin. h6. Doctr. Bart. in l. 1. C. de erro. calc. quę comm. est & ibi per Dec. sententiam valere, licet error ex actis appareat, nisi referat se ad acta. Idem tradunt Abb. & Felin. in 1. not. in cap. Inter cæteras de re iudic. 7. l. prima, C. si sæpius in integ. rest. fuerit postul. 8. quia causa non est exprimenda in sententia, cap. Sicut nobis. de re iudic. Alexander in dicto §. Duo fratres num. 37. ergo si exprimatur & falsa sit, non vitiatur sententia, arg. l. Vni. C. de rei vx. act. 9. l. Ciues C. de appell.

Pro contraria autem sententia adducuntur. 1. l. Qui testamento de excus. tuto. 2. l. Cum verò. §. subuentum de fideic. libert. 3. Clem. Pastoralis de sent. & re iud. 4. cap. solicitudinem ad fi. de appel. 5. cap. Inter cæteras de sent & re iud. 6. l. Si pars. de inoff. testa. 7. cap. cum ad quorundam. de excess. prælato. 8. Quia ex falsitate causæ apparet adhibitam non fuisse causæ cognitionem, ergo nulla: l. 2. C. de sent ex breui. recitan. l vltim. C. Commina. Episto. & l. Ex stipulatione C. de senten. & interl. om. Iud. 9. Quia transactio ex falsa causa corruit. Menoch. consilio 91. numero quadragesimo, ergo & sententia; quia æquiparantur transactioni l. Non minorem C. de Transact. 10 Adducitur l. Seiæ. ff. de mto. & cura. dat. ab his. 11. Quia sententia notoriè iniusta ex actis, nulla est. Vant. de null. ex def. process. num. 127. Gabriel. tit. de sent. concl. 10. nu. 5.

Ego vt breuiter me expediam, distinguendum puto. Aut falsa causa fuit expressa in sententia; aut non. Primo casu est nulla; secundo verò casu, valet.

Ratio est, quantum ad primum casum, quia apparet iudicem non adhibuisse causæ cognitionem sicut oportet dicta l. 2. C. de sent. ex breui. recit. & cessat illa bona præsumptio, quæ est pro iudice. Confert tex. in l. Qui testamento. de excu. tuto. vbi consideratur vitium in pronunciatione.

Ratio secundi casus est, quia si talis sententia esset nulla; omnes sententiæ iniustæ essent nullæ, quod falsum est. Semper enim iudex mouetur ex aliqua causa, vera vel falsa Confert text. in l. 1. & 2. C. si ex fals instr. quatenus ibi rescinditur sententia lata ex falsis instrumētis per in integrum restitutionem.

Non obstat doct. Bar. in l. Prolatam numero octauo, C. de sent. & interd. om. iud. dum ait causæ cognitionem in hoc consistere, vt partes sint præsentes vel citatæ; quia consistit etiam in multis alijs. l. Iti causæ cognitione §. Causa cognita de mino. dicta l. 2. C. de senten. ex breui. reci. l. ex stipulatione C. de sent. & interl. om. Iud. c. Iudicantem 30. quæst. 5.

Non obstat l. Vn. C. de rei vx. act. quia ibi lex fingit stipulationem ex omni parte perfectam; hic autem lex non fingit sententiam latam ex vera causa.

Non obstat l. Si iudex §. Marcellus, quia ibi locus est querelæ, quod intelligo per restitutionem in integrum, sicut in l. 2. C. si ex fals. instr.

CAPVT LXXXIV.

Conciliatur l. Qui Romæ §. Duo fratres de verb. oblig. cum l. Rescriptum §. Si pacto de pactis.



Prima conciliatio est, pœnam peti posse, sed compensandam cum exceptione; & exigi posse id, quod est plus in pœna argumen. l. Prædia ff. de act. empt. l. Si quis à socio ff. pro socio Iason in dicto §. Duo fratres numero 54. Alexan. numero 36. Soc. Iun. nu. 78. Non placet Alciato; quia videtur esse contra mentem Scæuolæ in d. §. Duo fratres; volens pœnam committi, & consequenter cum effectu.

Secunda solutio est Baldi in Tit. Impera. Lotharius Eugenio Papæ. in vsibus feudorum, pœnam committi, quia de facto, & non de iure sententiam obtinuit argum. l. Debitor §. vltim. ad Trebel. Non placet Alexan. quia is qui sententiam obtinet iniquam, non potest eius iniquitatem allegare, ad sui commodum l. Si seruus plurium §. t. de legat. 2.

Tertia solutio est Bartoli in d. §. Duo fratres in 7. opp. in d. §. Si pacto. petitum fuisse, & non obtentum, at in §. Duo fratres, promissum fuisse, nihil contra diuisionē fieri, & factum fuisse contra diuisionē, petendo hæreditatē, tanquam

tanquam ex fideicommisso. Non placet Alex. quia stante hac solutione non posset peti id, quod est plus in pœna, in d. §. Si pacto.

Quarta solutio est, in d. §. Duo fratres. adiectam fuisse in diuisione clausulam, *Rato manente pacto*, vt in Glos. iuxta. l. Qui fidem de Transact. Non placet Alciato, quia continet diuinationem: nulla enim mētio fit in d §. Duo fratres adhibitam fuisse dictam clausulam.

Quinta solutio Alciati est in d. cap. Duo fratres. partes promisisse, nil facturas contra diuisionem, ideoque sublatum fideicommissum. l. Si vnus §. Pactus de pact. Pœnam verò adiectam fuisse, ne de facto agerent in contemptum: quo casu res & pœna peti potest. l. Siquis rem de arb. quæ ratio cessat in d. §. Si pacto. Non placet Socino iun. quia repugnat communi sententiæ doct. in d. §. Duo fratres, quæ habet, sententiam ibi fuisse iniustam: quo stante non fuit per diuisionem sublatum fideicommissum. Secundò, quia non ipso iure fuisset sublatum, sed ope exceptionis, vt patet ex illis verbis. *Quasi de fideicommisso quoque transactum esset.* Adde quod nihil interest, an ipso iure actio non competat, vel obstet exceptio. l. Nihil interest de reg. iur.

Puto ego solutionem esse probabiliorem, si dicamus multa concurrere in §. Duo fratres, quæ non concurrunt in §. Si pacto: primò, diuisio facta fuit: secundò promissum non contrauenire: tertiò de fideicommisso transactum: quartò pęna promissa. Ergo est perinde ac si fuisset pœna promissa cum clausula. *Rato manente pacto.* Hic enim partes promiserunt se nil facturas contra diuisionem; & insuper pęnam promiserunt. Ergo vtrunque actum est; vt contractus seruaretur; & pęna committeretur, si fieret contra diuisionem.

Vel dicendum est priorem sententiam quam retuli supra, amplectendam esse, quam & Cuiacius sequitur d. §. Duo fratres. ibi responsum Scæuolæ hoc tantum velle, quod pœna sit commissa; de quo erat interrogatus: quod est intelligendum secundum formam aliarum legum; & sic secundū tex. in d. §. Si pacto. Scæuola erat solitus breuiter & ad rem respondere; vt patet ex l. Qui Romæ. §. Augerius. l. Lucius. §. Collegio de leg. 3. l. Taberna de fund. instr. l. Imperatores de probat. & alibi ut iam diu Duarenus in Scęuola docet.

CAPVT LXXXV.

Ad §. Aequè inst. de act.



Væ sunt difficultates huius loci. Vna, circa illa verba. *Veluti si quis agat, ius sibi esse altius ædes suas tollendi, &c.* Altera in illis verbis. *Sanè vno casu, &c.* Piget aliorum sententias, absque vllo operæ precio commemorare. Dicam igitur quid sentiam. Circa primum difficultas oritur ex eo, quòd cuique ius est altiùs ædes suas tollere. l. Altius. C. de seru. l. Cuius. de ser. vrb. præd. Ergo superflua videtur actio, ob hoc ipsum iure prodita. Omitto quid Faber, quid Homez, Iason, Cuiac. Balduinus, & alij omnes dixerint. Tolli videtur hęc difficultas ex interpretatione Glossæ dicentis, cum me ius habere dico ædes meas altiùs tollendi, verbis quidem hanc esse confessoriam actionem, at reipsa negatoriam, quia inclusam habet negationem, hoc est, meas ędes seruitutem quo minus altius tollantur, non debere, sed liberas esse. Cum autem ago ius non esse aduersario ædes suas altiùs tollendi; etsi verbis negatiua sit actio, vi tamen ipsa confessoriam esse; quia hoc ego contendo, ædes tuas hanc mihi debere seruitutem, vt altiùs tollere eas non possis.

Quòd attinet ad secundum, mitto aliorum expositiones, & textus emendationes. Sunt enim qui legant, *Sanè in hoc casu.* Alij *Sanè non vno casu.* Alij aliter. Ego non discedo à verbis textus & pondero illa verba. *Sanè vno casu is qui possidet, nihilominus is actoris partes obtinet.* Non dici actorem esse, sed actoris partes obtinere. Exemplū ergo erit secundum Glos. quando reus possidet, & excipit contra actorem qui dominium probauit: Etenim hoc in casu actoris partes obtinet, quia suam probare tenetur exceptionē l. 1. de except. Exemplum est in exceptione rei iudicatæ opposita vendicationi l. In exceptionibus §. vlt. de proba. & in alijs exceptionibus de quibus in l. Veriùs eod. tit. l. Eum qui eod. l. Siue possidetis C. eod. & in alijs quæ latiùs in Pandectarum libris habentur: Vnus autem casus est, non plures, & in hoc consistit, vt is qui possidet, nihilominus actoris partes sustineat, quatenus suscipit in se onus probandi exceptionem oppositam, alioqui succumberet, nisi suā probaret exceptionem l. 1. de excep. Regulariter reus qui possidet, non tenetur probare. §. commodum instit. de interd. l. 1. §. Interdictum ff. Vti possid. vbi vides Vlpianum dicere, actionem nunquā dari *vltrò* possessori. Quod verbum *vltrò* non est in §. æquè, quia non loquitur de *vltrò* agente, id est, de ipso qui sponte & non inuitus actionem mouet; sed loquitur de eo, qui obtinet partes actoris, & ita sensit hic Glos. Vel si de ipso actore exemplum velis, non displicet quod est in l. Officium de rei vend. vbi dominus rei & possessor vendicat rem suam à depositario, commodatario, & similibus, qui habent rei restituendæ facultatem.

CAPVT LXXXVI.

Conclusiones ex Bartoli combinationibus ad l. Naturaliter §. Nihil commune. de acq. possess.

1 

I actor intētat petitorium, & postea transeat ad possessorium retinendæ, & reus fateatur ipsum actorem possidere, debet absolui ab obseruatione iudicij petitorij. Comm. est: Ripa numero 119. Probat ex §. vlt. instit. de perpet. & tempor. action. & quia implicat repugnantiam, quod actor possideat, & possit exercere petitorium §. æque instit. de actio. Sed intellige cum Soc. Iun. numero 208. quando agitur de vna & eadem possessione, tam in petitorio, quam in possessorio: secus si de diuersa, vtputa si actor ciuiliter possideret, reus autem naturaliter.

2 Confessio facta in iudicio possessorio, probat in petitorio inter easdem personas: est comm. Ripa nu. 120.

3 Nemo potest se fundare in confessione aduersarij, quā impugnauit: Ripa numero 121. & probatur in c. ex eo de reg. iu nu. 6.

4 Actor dicens contraria, repellitur l. 1. C. de fur. fallit quando reus negauit vnum ex contrarijs. Ripa nu. 125. Probatur ex doctrina Bald. in l. Si quis testibus C. de testibus. vbi potest quis aduersari suæ confessioni iam factę quando aduersarius eam impugnauit, & ex alijs de quibus ibi per Ripam.

5 Agens petitorio, videtur renunciare possessioni quam habet; & per consequens possessorio, quando scit se possidere, secus si ignoret. Comm. est. Ripa nume. 126. Probatur quia supponitur vna tantum possessio, nec distinguitur inter ciuilem & naturalem; Ideo si petitorio agā, dico aduersarium meum possidere non me, per consequens renuncio possessorio; facit l. De pup. §. Meminisse de ope. no. nune.

6 Obliuione perditur possessio rei immobilis Glos. in l. Si id quod ff. de acquir. poss. Non autem mobilis l. 3. §. Nerua eod. tit.

7 Statur declarationi libellantis, pro qua possessione intentauerit petitorium, & pro qua possessorium l. Inter stipulantem §. Si Stichum de verborum oblig. l. Si quis intentione de iud.

8 Hanc tamen declarationem ad hæredes non transmittunt l. Pomponius scribit si frumentum §. vlt. de rei vend. l. Inter stipulantem §. 1. de verb. obl.

9 Petitorium & possessorium adipiscēdæ possunt cumulari,

lari,niſi ſit concluſum in cauſa petitorij cap. Paſtoralis de cauſa poſſeſſ. & propriet. vel ſimus in caſu l. vltimę, C. de codicill.

10 Petitorium & poſſeſſorium recuperandæ cumulari poſſunt l.Cum fundum §.vlt.ff.de vi.& vi.arm.

11 Petitoriũ proponens poteſt illud ſuſpendere, & proponere poſſeſſorium recuperandæ; & hoc in odium ſpoliatoris: clem.1.de cauſa poſſ. & propriet.

12 Qui propoſuit petitorium & poſſeſſorium ſimul,ſi vicit in poſſeſſorio recuperandæ, tunc vincit etiam in petitorio;licet non probet ſe dominum, quia onus probandi pertinet ad aduerſarium l.Liberis §.vlt.ff.de lib.cau.l.Vis eius C.de proba.

13 Petitorium & poſſeſſorium retinendæ poſſunt cumulari pro iuribus incorporalibus §. æquè inſtitutione de actione.

14 Petitorium & poſſeſſorium retinendę pro rebus corporalibus non poſſunt cumulari reſpectu eiuſdem poſſeſſionis, quam tempore moto petitorij habebat actor, & ſciebat ſe habere; & hoc propter contrarietatem. l.1. C.de fur.

15 Nullum poſſeſſorium habẽs admixtam cauſam proprietatis,poteſt cumulari cum petitorio;obſtãte regula l. Fundum & l.Fundi ff.de excep.

16 Poſſeſſorium retinendæ datur ei, qui litis conteſtatæ tempore poſſidebat l. 1. ff. Vtrubi §. Sed hodie inſtitut. de interd.

17 Poſſeſſorium recuperandæ facit ſilere petitoriũ prius ab altero intentatum,propter priuilegium ſpoliati,vt ante omnia reſtituatur: iux.cap.1. de reſtit.ſpol.& l.Si quis ad ſe fundum C. ad l. Iul. de vi.pub. l.1. C.ſi per vim vel alio modo.

18 Niſi ſpolium factum fuerit lite pendente ſuper petitorio; tunc enim ſuper vtroque procedi poteſt; arg.l.Si conſtiterit C.fin.regund.

19 Niſi ſpoliatus petat reuocari per modum attentati id, quòd eſt factum lite pendente:tunc enim reuocari debet ante omnia: c.pen.& fi.vt lite pend.

20 Fallit etiam ſupradicta concluſio, quando poſſeſſorium proponitur reſpectu diuerſæ poſſeſſionis arg. cap. cum dilectorum de ord.cognit.

21 Fallit etiam quando reus intentat poſſeſſorium recuperandæ poſt litem conteſtatam in petitorio: quia tunc proceditur ſuper vtroq;. Nam exceptio ſpolij debet proponi ante litem conteſtatam cum ſit dilatoria l.fin. C.de excep.l.expoſitionem C.de probat.

22 Sed cõmuniter reprobatur per tex.in clem.1.de cauſa poſſeſſ.& propriet.

23 Poſſeſſorium adipiſcendæ propoſitum à reo, nõ concurrit cum petitorio propoſito ab actore, niſi fiat reſpectu diuerſæ poſſeſſionis: quia dum reus proponit poſſeſſorium adipiſcendæ, negat ſe poſſidere; ergo non poteſt conueniri petitorio l.fin.de rei vend.

24 Cum vtraque pars proponit petitorium & poſſeſſorium,non poteſt procedi ſuper vtroque,ſed prius de poſſeſſorio cognoſcendum. l. Incerti C.de interd. l.1. §.quoties ff.vti poſſid.

25 Proceſſus ualet parte non opponente, in caſibus in quibus cumulatur petitorium & poſſeſſorium contra iuris diſpoſitionem c.cum dilectus de ord.cog.l.Si mancipium §.1.de euict.

26 Niſi cumuletur in caſibus in quibus vnius electione, alterum ipſo iure tollitur iux.l.vlt.C.de codi.

27 Niſi obſtet regula contrarietatis; quia iudex poteſt recipere libellum ex officio continentem contraria; ſecundum Gloſ.in Lege prima,de off. aſſeſſ. cap.examinata de iud.

28 Si tamen iudex non reijciat, & actor unum tantum ex contrarijs proſequatur,valebit proceſſus,argum.l.1.§. quod autem ff.quorum legatorum.

29 Coram delegato tamen proceſſus erit nullus, ſi cumuletur petitorium & poſſeſſorium, cum ei mandatum A eſſet,ut prius de poſſeſſorio cognoſceret;quia forma mãdati non ſeruata,actus eſt nullus:l.Diligenter.Mand.cap. cum dilecta.de reſcrip.

30 Acta facta in uno iudicio non probant in alio, inter eaſdem partes, niſi producantur l.Cum antea §.vltim C. de arbitr.

31 Litis conteſtatio in poſſeſſorijs interdictis eſt neceſſaria c.2.vt lite non conteſt.

32 Niſi agatur contra incertam perſonam,quia tunc nõ eſt cum quo lis poſſit conteſtari l. fi. C.de edi. Diui Adr. tollendis.

33 Niſi periculum ſit in mora arg.l.De pupillo §.Si quis tuos de ope.no.nunc.

34 Niſi cauſa ſit coram delegato ad certum tempus, ne ſit in facultate rei, eludere iudicium. c.conſultationibus de off.deleg.

35 Niſi agatur per viam attentatorum lite pẽdente glo. B in clem.2.Vt lite pend.

36 Niſi agatur de reuocanda poſſeſſione data à iudice, iuris ordine non ſeruato.Nam quę de facto fiunt,debent de facto reuocari; ſecundum Gloſ. in l. Minor de euict. Felyn.in c.qualiter & quando in primo de accuſat.

37 Niſi ſit Epiſcopus,in cuius manibus beneficium ſit reſignatum. Poteſt enim abſque iuris ordine poſſeſſionem auferre renuncianti, ut per Innocen. in cap. 3. in fin.de reſtit.ſpol.

38 Niſi agatur de ſpolio notorio; quoniam in notorijs, ordo eſt, ordinem iuris non ſeruare cap. Ad noſtram de iureiur.

39 Poteſt tamen contra actorem perueniri ad definitiuam ſententiam abſque litis conteſtatione Auth. qui ſemel C.quomodo & quando iudex.

40 In cauſa tamen appellationis, altera parte contumace,valet,abſque litis conteſtatione ſententia,quia ſatis eſt quod fuerit lis conteſtata in prima inſtantia,cap.per tuas C de appell.l.vlt.§.Illud C.de tempo.appell. Aliàs eſt neceſſaria litis cõteſtatio, etiam in cauſa appoſitionis.l.Vn.C. ne liceat tertiò prouo.

41 Petitorium & poſſeſſorium una ſententia terminari debet,c.cum dilectus de cauſa poſſeſſ. & propriet. c.cum dilectus de ord.cog.

42 Iure ciuili,ſecus:l.non idcirco de iud. Gloſ. in c.2.de cauſa poſſeſſ.& propriet.

43 Iure canonico, ut dictum eſt,ſimul expediẽda,etiam quando tractata ſunt per modum conuentionis & reconuentionis c.1.& 2.de mutuis petition.

44 Sed in ſummarijs,in quibus lis non conteſtatur,non eſt locus reconuentioni: Bart. in l. Sed & hæ.§.Non ſolum de procur.Marian. Socin. in dicto cap.2. de mutuis pet.quæſt.6.

CAPVT LXXXVII.

D *Ad tit.de in ius vocando,quædam controuerſiæ.*

REctè Cuiac. lib.10. obſer.cap.10. notat olim ex lege 12.tab.permiſſam fuiſſe in ius vocationem vi adhibita: ex illis verbis *Si in ius vocat,ni eat,manus iniicito*: quam partem legis 12. tab. Feſtus nobis reſtituit in verbo *Struere*. Sed non rectè (aut ego fallor) ſubiecit,hodie edicto locum non eſſe, quo Prętor uetat parentes & patronos in ius vocari ſine permiſſu prætoris; quoniam iam ſublata ſit & abolita poteſtas illa,inuitum in ius ducendi;quia hodie non ducuntur,qui in ius uocantur: perſonas, quę ſine veniæ petitione & impetratione olim uocari non poterant, ut in ius uocemus,nihil hodie,inquit, nos indigere petitione venię:quaſi ſublata cauſa,& illud, quod cauſæ illi conſequens eſt, tolli neceſſe ſit. Neque enim ea in ius uocatione,qua utimur,reuerentia,uel pietas perſonis ſine uenia non uocandis debita lęditur, uiolenta manus iniectione ceſſante.

Non rectè, vt dicebam: primò, quia repugnat edictum Prætoris de quo fit mentio in tit. De in ius vocan. & omnes ferè leges illius tituli, quæ apertè vetant perſonas quibus debetur reuerentia in ius vocari ſine venia Prætoris.

Secundò, quia nulla fit mentio in toto illo titulo, de iſta violenta manus iniectione priuatim exerceri ſolita, nec ob eam cauſam edictum Prætoris emanauit.

Tertiò, quia facile potuiſſent Compilatores iuris, & Iuſtinianus ſeparare ſimplicem in ius vocationem à violenta manuum iniectione; illamque permittere, hanc autem in his perſonis prohibere, ſicut factum legimus in l. Plerique cum ll. ſeqq. de in ius vocando.

Quartò, quia viget adhuc edictum illud, etiam in parentibus & patronis, In ius vocari vt eant, &c. vt patet ex l. 1. & 2. eodem tit. nulla tamen fit mentio iniectionis huius violentæ. Ex quibus inferri videtur poteſtatem illam veteris legis 12. tab. tempore Iuſtiniani fuiſſe obliteratam: Viguiſſe autem edictum de non vocandis in ius ſine venia, parentibus patronis & alijs.

At non læditur reuerentia his perſonis debita, ſola in ius vocatione. Imò læditur, & niſi læderetur, id non eſſet edicto prohibitum. Si ſola manus iniectio violenta tolleret iſtam reuerentiam, facile potuiſſet Imperator illam moderari, fauore perſonarum quibus reuerentia debetur & in ius vocationem ſolam permittere abſque venia. Sic moderatã eſſe videmus fauore harum perſonarum, qualitatem fideiuſſorum in d. l. 2. ff. In ius vocati, vt eant, &c.

CAPVT LXXXVIII.

Nouerca, an poſſit in ius abſque venia vocari.

Altera eſt Controuerſia circa Nouercam, an poſſit in ius vocari abſque venia. Multi enim affirmarunt vocari non poſſe; quia generaliter vocari prohibentur in ius omnes perſonę quibus reuerẽtia debetur. l. Generaliter. ff. De in ius vocan. Nouercæ autem debetur reuerentia, quia loco matris eſt. §. Socrum in inſt. de nup. Huc accedat tex. in l. 1. C. eod. tit. vbi reuerentia quæ debetur marito, debetur etiam vxori: Et hanc ſententiam communiorem eſſe ſcribit Curt. iun. in l. 1. C. de in ius vocan. & veriorem eſſe ſcribit Oſaſcus deciſion. 30. numero 5.

Cæterùm contrariam ſententiam multi ſunt ſecuti, quos refert, & ſequitur, dicens magis communem eſſe ſententiam Alciatus in d. l. 1. nu. 11. & Oſaſcus d. deciſ. 30. ſub num. 2. Horum fundamentum eſt in l. De his. C. de furtis. Vbi datur actio famoſa contra Nouercam. Et quia nulla eſt lex prohibens huiuſmodi vocationem Nouercæ. Huc accedat odium Nouercæ & iniuria quam filijs irrogare ſolet & damna. l. 4 ff. de inoffic. teſtament. Clement. Paſtoralis. Verùm, quia & ibi Gloſ. in uerſ. Nouerca de re iud.

Sed nullum argumentum hoc mihi magis perſuadere potuit, quàm illud, quod mihi dicebat iuuenis ad omnem virtutem & gloriam natus, Mehorocius Melioratus Burgenſis, Auditor meus, ex l. 1. §. vlt. de petrul. vbi recenſetur omnes perſonæ, quæ ſunt comprehenſæ in edicto Pretoris de in ius vocando, & poſt eas adijcitur Nouerca, Ex quo manifeſtè liquet, Nouercam inter eas perſonas non commemorari. Si enim edictum illud ad Nouercam extenderetur, non erat opus, vt ab alijs perſonis ibidem nominatis Nouerca ſepararetur. Fateor reuerentiam deberi Nouercæ & vxori patroni, vt in l. 1. C. de in ius vocan. & in §. Socrum. inſtit. de nupt. Sed nego eam reuerentiam deberi, quæ perſonis debentur nominatis in edicto, vel Iuriſconſultorum interpretatione comprehenſis: Dum enim nullam de Nouerca mentionem

A fecere, argumentum nobis præſtant, eam edicto minimè contineri. Quæ enim difficultas erat, ſi ea fuiſſet eorum mens vt comprehenderetur, id exprimere? ita mecum diſcurrebat iuuenis nobiliſſimus: & hæc ſententia etiam nunc mihi maximè probatur, ex not. per Gloſ. in d. l. Generaliter. de in ius vocan.

CAPVT LXXXIX.

De vaſallo, an poſſit in ius vocare dominum ſine venia.

Vaſallum non poſſe in ius vocare dominum ſine venia, multi, nec obſcuri nominis autores tradiderunt: Specul. titu. de feud. §. Quoniam. numero trigeſimotertio, verſic. Decimoſeptimo quæritur. Iaſon poſt Ale-

B xandet in l. Generaliter de in ius vocan. & ibidem Zaſius numero ſecundo, Mynſingerus §. Pœnales. numero quadrageſimo, inſtitut. de actio. Hartmanus Hartmanni libro ſecundo, obſer. pract. titu. de feudis §. 45. vbi refert in Camera Imperiali ſecundum hanc opinionem iudicatum. Fundamentum eſt, quia vaſallus æquiparatur liberto: Etenit. in loco, à liberto ad vaſallum: ſed libertus in ius vocare non poteſt patronum ſine venia l. 4. l. 8. de in ius vocan.

Sed contrariam ſententiam habuerunt Gloſſ. in cap. primo, ver. ſalua reuerentia, de milite vaſallo qui contumax eſt. Angel. in dicto §. Pœnales numero octauo, & ibidem Faber. numero ſecundo Iaſon numero ſeptuageſimoſecundo, Platea numero 157. Zaſius numero vigeſimoſexto, Iacopin tract. de Homagijs numero vigeſimoſexto, vbi hanc eſſe communiorem teſtatur. Burſat. conſilio 99. numero vigeſimo, Euerard. loco à liberto ad vaſall. numero decimoquinto, Alexander in dicta l. Gene-

C raliter de in ius vocan. Clanis §. Feudum q. 25. Myſingensis Centuria 4. obſer. 92. Andr. Geyll. lib. de pignorib. obſeruat. 15. nume. 4. Ficard. in add. ad comm. opin. Villalobos verſ. Vaſallus ſine venia. Fundamentum eſt, quia nullo iure id cautum reperitur: nec iure communi, nec libris feudorum. Alciat. diſtinguit in l. 1. num. 11. C. de in ius vocan. veniæ petitionem eſſe neceſſariam ſi de feudo agatur, aliàs ſecus. Ego puto non eſſe neceſſariam veniæ petitionem.

Primò quia in titulo de in ius vocan. nulla fit mentio vaſalli.

Secundò quia nulla etiam fit mentio in libris feudorum.

Tertiò quia in libris feudorum traditur modus & forma agendi, & nulla fit mentio huiuſmodi veniæ.

Poſtremò quia vt mihi dicebat Perilluſtris adoleſcens D. Chriſtoforus Archinnus Mediolanenſis, Auditor meus, cuius ingenium ſummopere probo, non vide-

D tur eſſe bona æquiparatio liberti & vaſalli: Eſt enim libertus multò magis patrono obſtrictus, à quo libertatem accepit, quæ inæſtimabilis eſt: l. Libertas de reg. iu. quàm vaſallus domino, à quo feudum accepit, vt ei fideliter ſeruiat; Imò & dominus vaſallo reciproca fide tenetur: capitulo primo, § vltimo de forma fidelit. quod de liberto & patrono nullibi ſcriptum reperitur.

Sic ille, vt mihi videtur, acutè & prudenter diſſerebat.

CAPVT

CAPVT XC.

Ad l. Centurio, de vulgari, & pupillari, circa verba illa, cum fructibus inuentis in hæreditate.


Væritur quis sit sensus illorum verborum: *cum fructibus inuentis in hæreditate:* an de fructibus intelligantur, qui erant in hæreditate testatoris, tempore mortis suæ; an verò de fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis filij.

Duæ sunt contrariæ Doctorum sententiæ, Vna, esse intelligendum de fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis filij: Bartolus, hic in vltima oppo. Baldus, in 4. oppo. & in 6. notabili. Aretinus, in prima columna, circa medium, vbi dicit esse communem sententiam. Socinus Senior, numero 22. 24. Ripa, numero 38. Alciatus, numero 43. Socinus Iunior, numero 146. Aquilin. numero 126.

Primò Bartolus mouetur ea ratione, quia substitutus à milite, debet aliquid plus consequi ex priuilegio militum, quàm cæteri substituti: sed cæteri substituti per fideicommissum non capiunt fructus ante moram perceptos. lege. In fideicommissaria. ff. ad Trebell. ergo substitutus iste eiusmodi fructus consequi debet. Respond. Socinus Iunior, argumentum retorqueri posse, quia priuilegia sunt restringenda, non autem amplianda l. Quòd verò. ff. de leg. cap. quæ à iure, de regulis iuris, in sexto. Ergo cùm substitutus militis aliqua priuilegia contra ius commune habeat, vt in d. l. Centurio, consequens est non esse amplianda huiusmodi priuilegia, sed potius restringenda.

Secundò. Mouetur Aretinus ne verba tex. sint superflua contra l. Si quando, de legatis primo, & cap. si Papa, de priuil. in sexto. Essent autem superflua, quia textus dicit, substitutum capere bona patris; sub quibus verbis comprehenduntur etiã fructus. lege. Item veniunt. §. Item non solum, de petitione hæreditatis. Ergo dum loquitur postea de fructibus, debet intelligi de his fructibus, qui non erant in hæreditate patris, sed in hæreditate filij. Respondet Decius. in lege. In testamento, numero sexto. C. de mil. test. fructus huiusmodi peti sub nomine fructuum, licet sint vniti cum hereditate patris, vt in dicta lege. Item veniunt. §. fructus. Non placet Socino Seniori, numero 13. in dicta lege Centurio, quia fructus sunt percepti in vita testatoris, non autem post mortem eius: quamobrem inter bona testatoris connumerantur, nec possunt peti sub nomine fructuum. Sed replicat Socinus Iunior etiam fructus perceptos in vita testatoris peti sub nomine fructuum, nihil adducens; sed poterat allegare text. in lege quinta. C. de his quibus vt indignis.

Tertiò pro hac communi sententia Socinus Senior adducit hoc argumentum: Textus noster loquitur de fructibus inuentis in hæreditate, & dicit pertinere ad substitutum; Ergo à contrario sensu fructus consumpti non pertinebunt ad substitutum; sed istud falsum est in fructibus inuentis in hæreditate testatoris, quia licet ab hærede consumpti sint, tamen tenetur eos restituere l. Marcellus §. Res quę ff. ad Trebell. Ergo noster textus non potest intelligi de fructibus inuentis in hæreditate testatoris. Respondet Socinus Iunior, numero 169. vers. ad tertium argumentum. à contrario sensu ita esse sumendum: fructus inuenti in hæreditate pertinent ad substitutum; Ergo fructus consumpti ab ipso testatore non pertinent ad ipsum substitutum. Et licet istud sit indubitatum, tamen non est absurdum, in argumento à contrario sensu, aliquid indubitatum contineri.

Quartò. Mouetur Ias. Fructus non presumuntur con-

A seruari vltra triennium Glos. in l. vni. C. si aduer. vsucap. Ergo tex. iste non potest intelligi de fructibus, qui erant in hæreditate tempore mortis patris, quia præsumuntur consumpti. Respondet Socinus Iunior, numero 169. præsupponendũ esse, etiam fructus extare. Addit Ripa, numero 40. etiamsi consumpti forent, æstimationem tamen præstandam esse ab hærede, argum. l. Mulier. §. sed enim ff. ad Treb.

Vltimò. Mouetur Socinus Iunior, numero 170. quia qualitas adiecta verbo debet intelligi secundum tempus verbi. lege. In delictis. § si extraneus. ff. de noxalibus. Bartolus, in lege ex facto. ff de vulg. Ergo dum text. loquitur de fructibus, intelligitur secũdum tempus verbi, quod est *capiet*; quo stante, substitutus capiet fructus inuentos tempore mortis filij; cum ante mortem filij, substitutio locum habere non possit. Responderi potest substitutum capere fructus inuentos in hæreditate tempore mortis filij, sicut concludit argumentum, sed non capere illos fructus, quos filius ante mortem percepit & in

B hæreditate reliquit; nam dicimus substitutum capere fructus repertos quidem tempore mortis filij, sed illos fructus, quos pater ante mortem suam perceperat, & in sua hæreditate reliquit; & hoc probatur ex verbis textus quatenus dixit, substitutum capere bona patris dũtaxat; nam certum est hæc esse bona, quæ tempore mortis filij reperiuntur, & erant in hæreditate patris, tempore quo mortuus est, sic igitur idem de fructibus est intelligendum.

Contrariam sententiam secuti fuere Angelus. in d. l. Centurio, colum. 2. Castr. num. 6. Alex. nu. 39. Decius, in d. l. In testamento, num. 16 & ibidem Iason, numero 13. C. de mil test.

Fundamentum est primò, quia fructus quos hæres percipit, qui restituere grauatus est, non pertinent ad substitutum, sed ad hæredem grauatum, interim donec veniat dies restitutionis, lege. Ita tamen. §. 1. & lege, si postulante. §. vltimo, & lege. In fideicommissaria. ff ad

C Trebell. Respond. Ripa, numero 40. & Socinus Iunior, numero 166. deterioris esse conditionis filium grauatum, quia datus est ei substitutus directò. Hinc est, quod nec Trebellianicam detrahit, licet per fideicommissum grauatus regulariter detrahere possit. lege Iubemus. C. ad Trebell. & talis hæres grauatus per fideicommissum, remanet hæres, lege prima, ad Trebell. at iste desinit hæres esse.

Secundò quia, si textus intelligatur de fructibus inuentis in hæreditate tempore mortis filij, substitutus non haberet fructus inuentos in hæreditate testatoris: quia hæreditas adita desinit esse hæreditas, & efficitur patrimonium hæredis, lege. Sed si pluries. §. Filio, de vulg Respond. Socinus Iunior, numero 167. hæreditatem aditam retinere nomen suum, quando alteri est restituenda lege prima ad Trebell. Sed hic est restituenda substituto, ergo.

D Tertium argumentum ex Decio, in l Ex testamento, numero 12. Vbicunque verba possint referri ad testatorem, & ad heredem, in dubio potius referenda sunt ad testatorem, quàm ad hæredem l. Cum in testamento vbi Bartol. hoc notat, de aur. & argen. leg. sed verba textus possunt referri tam ad testatorem, quàm ad filium hæredem; ergo, &c. Resp. Socinus Iunior, numero 168. illam regulam locum habere, quando versamur in verbis testatoris: sed in casu nostro non sunt verba testatoris, sed legis. Contrà replicat Ripa, numero 40. etiam verba legis in dubio referenda esse potiùs ad testatorem, quàm ad hæredem: adducit tex. in lege. Filius fam. §. diui de leg. primo, vbi verbum *creditoribus* positum in illa lege, refertur ad creditores: sed tamen responsio Socini videtur defendi posse; quia tex. in d. § Diui, in ver. Creditoribus intelligendus fuit necessariò secundum subiectam materiam, quod autem verba legis referenda sint potius ad testatorem, quàm ad hæredem, nullus adest textus.

Vltimum

Vltimum argumentum colligitur ex Aretino in secunda columna, hoc esse priuilegium militum in testamentis, vt possint directò substituere hęredibus suis in bonis, quæ ex testamento hæredes sunt consecuti: ita text. in l. quinta, ff. de mil. test. sed fructus, quos filius hæres percepit, & reliquit in hæreditate, non est consecutus ex testamento patris: Ergo, quod non sit consecutus, manifestum est; quia ex testamento patris consecutus est, quidem hæreditatem; at fructus iure suo percepit tãquam hæres. Respond. Socin. iun. nu. 168. satis posse dici, filium fructus percepisse ex testamento patris, saltem mediatè; fuit enim in causa patris testamentum, vt eos perciperet: Et dictio, ex, aliquando significat causam mediatam, l. 1. §. Ex incendio. ff. de incend. rui. Bart. in l. Non dubiũ. C. de legibus.

Ego puto hanc postremam sententiam verissimã esse.

Primò ex verbis text. nostri; nam dicit substitutum capere bona patris solum, sed isti fructus inuenti in hæreditate tempore mortis patris, sunt bona patris: Ergo istos fructus capere intelligitur substitutus.

Secundò text. noster dicit, hunc substitutum non posse capere bona filij, sed patris tantum, sed fructus inuenti in hæreditate tempore mortis filij, quos ipse filius percepit, sunt bona filij, non patris: Ergo. Quod isti fructus sint bona filij, probo, quia filius in textu nostro est hæres pris; hęres aũt post aditam hæreditatem facit fructus suos: tex. in l. Item ueniunt. ff. Fructus. ff. de pet. hęred.

Tertiò moueor, quia substitutus capit bona patris cũ fructibus inuentis in hæreditate ex priuilegio militum; sed militum priuilegium non debet alicui præiudicium inferre, l. Impuberi. ff. de admin. tut. Sed si textus noster intelligeretur de fructibus, quos filius percepit, & in hæreditate reliquit, priuilegium militis inferret alteri præiudicium: Ergo. Probatur, quia substitutus haberet tales fructus in præiudicium hæredum legitimorum filij.

Quartò & Vltimò, quia uerba legis ita sunt interpretanda, vt interpretatio nõ mereatr reprehensionẽ, l. Seruius Aristus. ff. de leg. præstan. sed si textus intelligeretr de fructibus quos filius percepit, & in hrditate reliquit, hæc interpretatio digna esset reprehensione. Ergo: quod illa interpretatio digna sit reprehẽsione, probatr: primò, quia iure permissum nõ est patri hęredem dare filio suo puberi, cũ ipse testari possit, & hęredem sibi instituere: sed stante ista interpretatione pr dedisset hęredem directũ, non fideicommissarium, filio suo puberi: Ergo, scdò sic pater dedisset hęredem filio suo puberi, hęredem solum in fructibus à filio perceptis, & filius alium hęredẽ haberet ab intestato, in cæteris suis bonis; quod videtur absurdum: tertiò & vltimò, quia si I. Cons. voluisset loqui de fructibus inuentis in hęreditate tempore mortis filij, & quod fructus percepti pertinerent ad substitutum, non dixisset capere substitutum bona patris solùm, sed adiecisset exceptionem istam fructuum, id est, fructuum perceptorum à filio, non autem dixisset simpliciter, cum fructibus inuentis in hæreditate: quia fructus inuenti in hęreditate, sunt diuersi à fructibus, quos filius hęres percepit ex rebus hęreditarijs; vt aliàs probaui, adducendo tex. in l. 1. C. de his quibus, vt indignis.

CAPVT XCI.

Iudeus, an possit moram purgare?


CVm Iudei utantur iure ciuili Romanorum, l. Iudei. C. de Iudeis; & iure cõmuni liceat purgare moram, iuxta l. Si insulam. de verb. oblig. cum alijs similibus, rectè mihi uidentur docuisse, qui Iudeis moræ purgationem concedunt: Alciat. Parergon, lib. 2. cap. 11. Crot. & Rip. in d. l. Si insulam. Nec obstat responsio Campegij de dote parte ultima, quęst. ultima, & Feratij in sua caut. 24. id esse intelligendum, quantum ad ordinem iudiciorum; secus autem in ijs quę respiciunt decisionem causæ. Quia tex in d. l. Iudei loquitur generaliter, & indistinctè de omni iure; ergo standum est illi; nisi qui casus excipiuntur alijs legibus, inter quos non est iste. His accedit quod Iudeus potest pręscribere Glos. in cap. Porro 16. q. 3. in l. Si fur. §. 1. uer. Vsucapere de usuris. Ias. in rub. de iustit. & iure, col. 2. Crau. cons. 73. nu. 27.

Crebrior tamen uidetur contraria opinio doct. in d. l. Si insulam: sed certè nullum habet solidum fundamentum. Nam Glos. in cap. 2. de Iudeis in uer. Seueritate qua sola nititur, nihil aliud dicit, nisi iuris rigorem, & seueritatem seruandam esse Iudeis: ex hoc inferunt moræ purgationem eis esset denegandam; quia fundatur in æquitate. Omitto Felini respons. in d. c. 2. & dico Glos. illam esse intelligendam secundum text. in d. c. 2. ubi seueritas in hoc consistit, ut Iudeus nõ possit habere Christianum in mancipium; in ascriptitium autem, habere potest. Sed non potest ad alium transferre locum, uel ad aliud obsequium retinere. Ipse enim sibi imputet, qui ius colonarium, & ius dominij sibi iuris seueritate damnauit. Hęc sunt uerba tex. secundum quę Glos. illa est intelligenda, uti mecum ratiocinando dicebat Nobilissimus iuuenis Auditor meus Ioannes Ceulus Pisanus, cuius ingenij acumen, & morum probitatem sępè admirari soleo: atque ita sentio.

CAPVT XCII.

Sententia delegati iniusta, an transeat in rem iudicatam.


SEntentia contra ius litigatoris lata, habet authoritatem rei iudicatę, si non fuerit appellatione suspensa, l. 1. ff. quæ sentent. sine appell. l. 2. C. quando prouoc. non est necesse: licet in integrum restitutio detur à Principe, l. Diui fratres. de pœn. l. 1. § ult. de quęst. Hostien. & Abb. in cap. 2. de purg. vulg. Dec. in cap. Proposuisti, nu. 14. de probat. Oddus de restit. parte secunda, quæst. 79. artic. 2. Sed quæritur, an idem sit in sententia delegati? Mouet, quod huiusmodi sententiam delegati iniustam, esse nullam dicebat olim D. Otto Cardinalis Portuensis in cap. ult. de pręben. Quia non est seruata forma mandati. l. Diligenter. ff. Mand. cap. Cum dilecta. de rescript. Forma enim mandati est, ut iustitiam faciat. Sic & sententia arbitri est nulla, si lata sit cõtra ius litigatoris, quãdo compromissum factum fuit in eum, ut pronunciaret secundum ius Bart. in l. Diem proferre. §. Stari. de arbitr. quoniam arbitri potestas pendet ex compromisso. l. Non distinguemus. §. Nunc de officio de arbitr. Sed responderi potest idem esse in iudicibus ordinarijs. nam & his mandatum est à lege, ut iustitiam faciant. §. 1. inst. de off. iud. Et ad doctrinã Bart. in d. §. Stari, quę communis est, teste Ripa in l. Qui Romæ. §. Duo fratres, nu. 8. de uerb. oblig. responderi potest, in sententia arbitri rationem esse, quia standum est eius sententiæ, licet iniqua sit, d. §. Stari. Ergo dum exprimitur in compromisso, ut secundum ius pronunciet, non exprimitur id, quod tacitè inerat; sicut in iudice, cui tacitè intelligitur mandatum, ut iustè iudicet, meritò illius expressio nihil operatur. l. 3. de legi. Contraria igitur sententia uerior & communior est ut per Iasonem in d. §. Duo fratres in 2. not. & per Canonist. in cap. ult. de pręben. Et pręter ea quę isti adducunt, hęc sententia probatur; quia à sententia iudicis delegati necesse est appellare. l. 1. ff. à quibus appell. non licet. l. 1. ff. qui & à quibus appell. at si esset nulla, non esset opus appellare; quod argumentum tollit omnem difficultatem. His accedunt Inno. doctrina in cap. Prudentiam de off. deleg. & in cap. Cum ad sedem. de rest. spol. Et quia rescriptum Principis delegatorium, sicut alia rescripta, recipit interpretationem ex iure communi. l. Si quando. C. de inoff. test. l. Rescripta. C. si contra ius. Ergo intelli-

intelligitur vt delegatus debeat iustè iudicare Cæterùm si iniquè iudicauerit, nihilominus sententia vim obtinebit rei iudicatæ, si lata sit contra ius litigatoris; quia sic iure communi est constitutum, vt supra dixi.

CAPVT XCIII.

Promittens parere arbitri sententiæ sub pœna, si petat reductionem ad arbitrium boni viri, & iniustè succumbat, an teneatur soluere pœnam?


Enetur hunc pœnam soluere docet Bartolus, in lege. Qui Romæ. §. Duo fratres, in 1. opp. de verborum obligatione, & ibidem Cuman. Salic. & alij quos citat Iason ibidem, numero 15.

Primò ex dicto. § Duo fratres. Sed leue est argumentum; quia non constat, an ibi fuerit malè iudicatum, ob varias interpretationes Doctorum.

Secundò ex lege. Et ex diuerso. §. primo, de rei vend. Sed respond. Angelus, in lege. Tres fratres ad finem, de pact. loqui de sententia, quæ profertur in eadem instantia: sed hic opus est alia instantia, in qua pœna petatur. Malè, quia repugnat ibi Glos. in ver. errore, & ibi etiam Bartolus. Aliter respond. Aret. in dicto §. Duo fratres, videlicet text. illum, locum non habere in accessorio, quod absque culpa committi non potest, veluti est pœna. Non videtur autem in culpa esse, qui iniustè succubuit.

Tertiò ex lege. Deferente. ff. quibus modis pign. vel hypoth. solui. Sed respon. ex mente Socini Iunior. in d. §. Duo fratres ibi agi de pignore, quod sine obligatione principali consistere non potest. At pœna compromisso adiecta potest consistere sine principali: nam potest arbitri sententia locum habere, licet pœna non soluatur.

Quartò, quia ista exceptio impugnat sententiam contra legē Peremptorias. C. senten. rescin. non posse. Respond. Angelus, & Aretinus, non venire contra sententiam directè; quia in sententia arbitri nihil dicitur de pœna. Cum ergo agatur ad rem diuersam, sententia non nocet. l. Cum quæritur, de except. rei iud.

Contrariam sententiam secutus est Aret. & Angel. in d. §. Duo fratres.

Primò, quia iusta causa excusat à dolo. l. Igitur. §. Potest, de lib. causa. Et ab expensis, lege. Qui solidum. §. Etiam, de leg. secundo. Ergo & à pœna compromissi. l. De rebus cum Glo. de arbit. Resp. Iason, in d. §. Duo fratres, numero 19. illam iustam causam allegari non posse, quia iam de ea cognitum, & pronunciatum est ab arbitro; ergo rei iudicatæ stari oportet. lege prima C. de re iudicata.

Secundò ex lege: Quidam cùm filium, de verborum obligatione. Omissa responsione Iasonis, & aliorum, placet responsio Socini Iunioris, in dicto §. Duo fratres, numero 47. illum textum non dicere, filium agentem de inofficioso testamento victum fuisse iniustè.

Tertiò, quia ista exceptio non impugnat sententiam; ergo admittenda lege Neßenius. §. vlt de re iud. Glos. & Bart. in lege prima. C. de iur. & facti ign. Sed hoc negari potest.

Tertia est opinio Bartoli, In dicto. §. Duo fratres, quā dicit esse communem Iason ibi, numero 16. Aut iudex reductionis confirmauit laudum, causa expressa, quia æquum esset: tunc si agatur ad pœnam, non obstabit exceptio, quòd sententia sit iniusta, aut confirmauit, quia iniustitia laudi non fuit probata; & tunc obstat exceptio iniustitiæ, petenti pœnam: aut nulla causa expressa est in sententia, & tunc præsumitur lata ex defectu probationis; lege Iulianus, de condict. indeb. Bartolus, in lege secunda. §. primo, numero tertio, de vi bono. rapto. & ideo victus probare poterit iniustitiam sententiæ ad euitandam pœnam. Non placet: quia si in sententia exprimatur causa falsa, non valet: Bartolus, in lege prima. C. de erro. calculi. Vantius de Nellis Tit. de null. ex defect. process. numero 129. Nec potest sententia retractari ex nouis probationibus, lege sub specie. C. de re iud. nisi lata sit ex probationibus priuilegiatis, iuxta legē. Admonendi, de iureiur.

Quarta est sententia Baldi, in lege. Eos qui §. Apostolos. C. de appellat. Aut fuit compromissum in arbitrum ex necessitate statuti, & tunc pœna non est commissa: aut voluntariè, & tunc commissam esse: quia succurritur facienti ex necessitate. lege si defensor. §. si necessaria. ff. qui satisd. cogan.

Mihi magis placet eorum opinio qui docent pœnam esse commissam: quia quod est semel cognitum in vno iudicio, inter easdem partes, non potest in alio iudicio retractari. lege. Quod in diem. § primo, de compensation. Sed sic est in proposito; quia fuit cognitum de iustitia, & iniustitia sententiæ, vt patet: Non obstat si dicatur nunc cognosci posse; quia agitur ad pœnam, & sic ad diuersum finem. Nihil refert. Nam qui petit reductionem, ideo petit ne cogatur pœnam soluere; supposito iure communi quo cautum est, ex laudo non dari actionem, nisi fuerit emologatum. lege prima. lege cum antea. C. de arbitr.

CAPVT XCIIII.

Ius patronatus an transeat in fideicommissarium.


Res sunt Doctorum sententiæ hac de re. Prima, transire; ita Romanus, in lege. Si patroni. ff. ad Trebell. Ludouic. Molina de Hispaniat. primog. libro primo, cap. 24. numero 10. Primò, quia ius patronatus transit ad hæredem extraneum Aretin. in cap significauit, numero primo, de testibus. Calcanens consilio 78. numero 8. Roland. consi. 47. numero 6. & numero 36. lib. 1. Quæ autem ad hæredem extraneum transeunt, etiam ad fideicommissarium transeunt, vt nor Glos. in dicta lege. Si patroni. Ripa, in lege Centurio, numero 55. de vulg. Secundò quia ius patronatus transit cum vniuersitate cap. ex literis de iure patronatus.

Altera est opinio huic contraria, non transire. Ripa, in dicta lege. Centurio, numero 56 Arenn. in cap. significauit, numero 6 de testibus Rubeus consilio 156. nu. 17. D. Decianus consilio 117. numero 5. lib. 3. & alij quos adducit Peregrinus de fideicommissis art 6. numero 37. Tiraq. in tract. *Le mort saisit le vif* parte secunda, declar. 11. numero 9. Fundamentum est, quia in fideicommissariam non transeunt ea, quæ nō recipiunt æstimationem pecuniariam: veluti sunt iura sepulchrorum. l. quia proinde ff. ad Trebell.

Tertia est opinio distinguentium. Aut prohibita est à testatore Trebellianicæ detractio: aut non. Primo casu, ius patronatus transit in fideicommissarium; Secundò verò casu remanet apud hæredem grauatum. Guido Papæ decisione 507. numero 2. Adden. ad Alex. consilio 73. libro 7. Lambertinus, de iure patronatus, libro primo parte 2. art. 35. 2. quæst princ. nu. 5. Ratio est, quia quando hæres detrahit Trebellianicam, videtur defunctum repræsentare, & ideo tenetur pro rata actiones subire. l. 2. C. ad Trebell.

Mihi verior videtur negantium sententia; quia ius patronatus transit in hæredem, & hoc est certum: quod autem transeat in fideicommissarium, nullo iure proditum est; Et licet omnia iura transeant in fideicommissarium facta restitutione re vel verbo. l. 1. l. Facta. ad Trebell. tñ non videtur cogendus hæres restituere ius patronatus, cùm sit quid spirituale cap. 3. de iud. & ideo non sit eius naturæ, cuius sunt cętera iura hæreditaria, quæ recipiunt æstima-

mino: altero casu, non nocet Feli. in c. Quoad consulta- A tionem, nu. 31. de re iud. & in c. 1. nu. 6 vt lite non côtest. Lancello. de attent. Tit. de atten. appell. pen. lim. 50. nu. 80. 85. affl. decis. 344. Gayll. lib. 1. obser. 43. nu 6. & obser. 139. num. 9.

Sed hæc distinctio non procedit, quando procurator fuit venis contumax, & nô comparuit, nec defendit dominum; tunc enim licebit domino appellare à die scientiæ. Ita Bart in l. 1. §. vlt. ff quando appell fit Iaf. in l. 1. §. si procurator, nu 14. ff. si quis ius dicen. non obtemp. Vrsillus ad Affl. d. decis. 344. Felin. in d. c. 1. num. 6. vt lite non contest. Lancello. vbi supra, nu. 149. Probatur, in d. l. 1. §. vlt. vbi text. dicit domino absenti appellare licere à sententia ex die quo scit latam fuisse, non autem ex die quo lata fuit; nisi fuerit defensus per procuratorem. Ergo si non fuerit defensus per procuratorem, quia scilicet procurator fuerit côtumax, est perinde, ac si procuratorem non habuisset. Probatur & alijs rationibus, quibus Doctores adducti vtuntur.

Rursus illa distinctio locum habet in procuratore speciali constituto in illa causa: secus autem in procuratore generali, quia illius scientia & negligentia nô nocet domino, quo minus ipse possit appellare Glo in cle. causam in ver. Specialiter, de elect. pet illum text. & ibi not Ancharan. in 6. not. Specular. Tit. de appell. §. qualiter, nu. 11. verf. Quid si procuratori. Idem Ancharan. in consi. 372. in vlt. dub. Scientia verò debet esse certa, non solum latam esse sentêtiam, sed etiam sic latam esse. Glo. in c. Concertationi ver. sciuerit, de appell. in 6. Gratiati ad vestr. de appellat. cap. 3. nu. 52. Gayll. d. obser. 139. n. 7. Probatur, in d Clem causam de elect. ibi, *Porrecto videlicet sibi sub scriptura authentica, vel perlecto illius tenore*. Ex quo inoleuit vsus intimandi sententiæ tenorem, ad verbum per publicum instrumentum. Specul. Tit. de appell. §. qualiter. verf. Cautus etiam sit. Anchar. d. consilio 372. in vlt. dub. Natta côsi. 51. nu. 1. & 162. nu. 33. Capyci. deci. 139. nu. 1. Franc. in c. Bonæ, nu 22. de app. Feli. in d. cap. Quoad consultationem, nu. 32 de re iud. Lancello. de lim. 50. nu. 158. & seq. Vrsill. ad Affl. d. decis. 344. nu. 2.

Sed hæc cautela non est necessaria quando intimatio fit sententiæ, authoritate iudicis: tunc enim intimatus tenetur ei credere, licet non videat tenorem latæ sententiæ; dummodo intimatio contineat latam esse sententiam, & latam esse in eius præiudicium. Natta post Alex. Roman. & alios consi. 348. nu. 3.

CAPVT XCVIII.

Ad Extrauag. Ambitiosæ de rebus Ecclesiæ, non alienandis.



IN primis explodenda mihi videtur corû opinio, qui dixerunt hanc constitutionem non esse in vsu receptam; aut eam allegante onus incumbere probandi, vsu esse receptâ. Nam cum in corpore iuris inclusa sit, & tot alijs SS. Pontificum constitutionibus sit confirmata, videtur omnino seruanda, nec in dubium reuocanda; vti rectè docuerunt Benitendus decis. 13. Borgnin. decis. 43. num. 71. Rodoan. de reb. eccl. non alien. q. 58 sub, nu. 25. Contra notata per eundem Rodoan. q. 36. num 20. & Bursat. consi. 55. nu. 20. Nisi fortè horum opinio defendi possit; quantum ad pœnam excommunicationis in ea constitutione adiectam, secundum not. per Sarmientum de redditib. ecclesiast. par. 1. cap. 2. nu. 20.

Secundò notandum est, circa res solitas locari, & in emphyteusim dari, vt valeat concessio in emphyteusim, & locatio, requiri vt cedat in euidentem vtilitatem ecclesiæ; Et ita Rota Rom. sæpe iudicauit, vt videri potest ex Hondedeo consi. 51. nu. 61. lib. 1. & consi. 32. num. 19. libro secundo.

Tertiò notandum, hanc constitutionem, quatenus infirmat alienationes absque consensu S. Pontificis, intelligendam esse, præterquam in casibus à iure expressis, vt notat Nauarr. in comm. de alienat. rer. eccl. num. 2. verf. quartò quod permittitur alienatio. Itaque non habet locum in alienatione facta ex iusta causa, & seruata forma iuris canonici Bero. consi. 83 nu. 23 lib. 1. & 91. num. 18. eod. lib. Alex. de Neuo côsi. 30. nu. 2. 3. 4. Et hoc est, quod dixerunt Domini de Rota decis. 225. par. 3. lib. 2. in nouissimè diuers. *Paulinam occidi à iure communi*, quod erat prius.

His accedit quod post Card. & alios nouissimè tradit Camillus Borellus controuersia. 91. nu. 5. Paulinam constitutionem locum nô habere in alienatione domus ecclesiæ, secundùm tex. in c. fine exceptione, & in c. Non liceat Papæ. 12. q. 2. quia scilicet, dicta antiqua iura non intelliguntur esse correcta per nouam illam constitutionem, vt ibi per eum, adducentem Rebuffum, Rodoanum & Benedictum Canosilum in rep. d extrauag. Ambitiosæ B fall. 40. 41. Alia quædam ad d extrauag. notauit Carocius tract. de locato Tit. de bonis eccl. non alien. quem vide.

CAPVT XCIX.

An legitima filiorum includatur in legato vsusfructus omnium bonorum mortuis filijs, & hæreditate deuenien- te ad substitutos pupillares.



LEgitimam filijs debitam non contineri, sed excipiêdam esse de legato vsusfructus omnium bonorum, inter omnes constat; quia sic expresse constitutum est, in §. Prohibemus, in Authent. de Trienre & semisse. Ac proinde ita rectè docuerunt Bart in l. Vxori meæ, de vsu fruc. leg. Alex. Corne. Deci. Ruin. Boer. & alij à Caualcano relati, de vsufru. mulieri relicto, nu. 95. Socin. Iun. in C consi. 109. in 1. dub. lib. 1. Gozadin. consi. 47. nu. 12. Illustrissimus Mantica, de coniect. lib. 9. Tit. 6. nu. 21. Surdus de alimen. Tit. 2. q. 15. nu. 178. Peregrin. de fideicom. art. 12. nu. 29. & nu. 48. Viuius decis. 367. nu. 5. Thesaur. decis. 184. nu. 9. Crass. §. Legitima q. 38.

Cæterum nô tam plana res est, quando filij sunt mortui, quibus substitutus est datus. Etenim & hoc in casu legitimam excipiendam esse, respondit Bart. consi. 56. nu. 5. lib. 1. Alex. consi. 29. lib. 4. Ruin. consi. 52. nu. 7. & 8. lib. 2. Peregrinus consi. 70 nu. 18. Contrarium autem censuere Zanc in rep. l. Hæredes mei. § Cum ita, nu. 477 ad Treb. Peregrin. de fideic. art. 12. sub numero 29. & sub, num. 48. in fine.

Atque ego aliàs interrogatus, ita respondi; quia substitutus filij non potest deducere hanc legitimam: nam ex persona sua non habet ius deducendi, cùm illi legitima non debeatur. Ex persona autem filij eam deducere nequit, quia per pupillarem substitutionê potuit pater sub- D stitutum grauare in ipsa legitima filij, sicut potuisset ipse filius testando eum grauare, si testari potuisset: Et ideo cessat ratio d. §. Prohibemus. Et legitima filij continetur in legato vsusfructus Ruin. consi. 52. num. 8. lib. 2. & 118. nu. 22. lib. 3. Rip. in l. Centurio, num. 108. de vulg. Castr. consi. 416. Ista domina lib. 1. & 236. lib. 2 D. Cesal consi. 494. nu. 58. Parisi. consi. 41. nu. 44. 81. num. 9. 10. 11. lib. 2. Nam fauor filiorum hoc operatur, vt licet legitima contineatur in legato omnium bonorum, tamen omnino sit deducenda; & non valeat legatum, quantum ad legitimâ. Sic enim declarat Imperator, in d. §. Prohibemus. Cessante ergo fauore filiorû, vsusfructuarius redintegratur ad legitimam, vt dixi.

Quod legitima contineatur in legato vsusfructus omnium bonorum, probatur, in d. §. Prohibemus, dum Imper. prohibet id fieri, & mâdat filijs legitimam relinqui. Ergo legitima continebatur, licet fauore filij non valeret

legatum,


GOTTSCHE
1971